

Le recours au régime mère-fille peut se révéler abusif

(CE 17 juillet 2013 n° 356523, 9^e et 10^e s.-s., min. c/ SAS Garnier Choiseul Holding ; n° 360706, min. c/ SARL Garnier Choiseul Holding ; n° 352989, min. c/ SARL Garnier Choiseul Holding ; RJF 11/13 n° 1064, chronique E. Bokdam-Tognetti p. 883, conclusions F. Aladjidi BDCF 11/13 n° 119 ; observations O. Fouquet Rev. administrative 5/13 n° 395 p. 506)

Résumé

1^o Il résulte de l'ensemble des travaux préparatoires du régime fiscal des sociétés mères, en particulier des travaux préparatoires de l'article 27 de la loi du 31 juillet 1920 portant fixation du budget général de l'exercice 1920, de l'article 53 de la loi du 31 décembre 1936 portant réforme fiscale, de l'article 45 de la loi 52-401 du 14 avril 1952 portant loi de finances pour 1952, des articles 20 et 21 de la loi 65-566 du 12 juillet 1965 modifiant l'imposition des entreprises et des revenus de capitaux mobiliers et de l'article 9 de la loi de finances pour 2001, ainsi que de la circonstance que le bénéfice de ce régime fiscal a toujours été subordonné à une condition de détention des titres depuis l'origine ou de durée minimale de détention, et, depuis 1936, à une condition de seuil de participation minimale dans le capital des sociétés émettrices, que le législateur, en cherchant à supprimer ou à limiter la succession d'impositions susceptibles de frapper les produits que les sociétés mères perçoivent de leurs participations dans des sociétés filles et ceux qu'elles redistribuent à leurs propres actionnaires, a eu comme objectif de favoriser l'implication de sociétés mères dans le développement économique de sociétés filles pour les besoins de la structuration et du renforcement de l'économie française.

2^o Le fait d'acquérir des sociétés ayant cessé leur activité initiale et liquidé leurs actifs dans le but d'en récupérer les liquidités par le versement de dividendes exonérés d'impôt sur les sociétés en application du régime de faveur des sociétés mères, sans prendre aucune mesure de nature à leur permettre de reprendre et développer leur ancienne activité ou d'en trouver une nouvelle, va à l'encontre de cet objectif.

3^o En l'espèce, si la société remplissait les conditions légales pour bénéficier du régime des sociétés mères prévu par les articles 145 et 216 du CGI alors applicables, si elle a pris l'engagement de conserver les titres pendant deux ans et si les opérations litigieuses n'ont pas été rendues possibles par l'interposition



Action

Olivier DAUCHEZ
GIDE-LOYRETTE-NOUËL

Le motif retenu par le Conseil d'Etat pour qualifier d'abus de droit par fraude à la loi une opération caricaturale de « coquillard » est porteur d'incertitudes préoccupantes pour les groupes.

La conclusion de l'exercice d'archéologie juridique auquel se livre la Haute Juridiction crée une incertitude considérable dans l'utilisation du régime mère-fille que l'administration cherchera sans doute à exploiter avant que la jurisprudence ne soit stabilisée. Nous avons de la peine à penser que l'intention du législateur est demeurée la même depuis 1920. En outre, ces objectifs historiques auraient pu disparaître lors de la transposition de la Directive 90/435 sur le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères. En affirmant que le législateur a eu pour objectif « de favoriser l'implication des sociétés mères dans le développement économique de sociétés filles pour les besoins de la structuration et du renforcement de l'économie française », le Conseil d'Etat jette un doute sérieux sur le champ du régime mère-fille : pourra-t-il encore s'appliquer à des filiales inactives, même si leur actif n'est pas liquidé ? La filiale devra-t-elle exercer une activité minimale : et si oui, à quel niveau ? Dans quelle catégorie faudra-t-il classer les filiales exclusivement investies en produit de taux à court terme ? Comment les filiales inactives pourront-elles être liquidées ?

Il nous paraît prudent pour les sociétés mères de se préoccuper de leurs filiales qui ont cessé toute activité, notamment en faisant un effort tout particulier pour :

- documenter leurs réflexions sur les modalités de leur implication dans le développement économique de leurs filiales ;
- identifier la nature de l'activité économique de ces filiales ou

– caractériser l'avantage non fiscal attaché à la détention de ces filiales, la Haute Juridiction ayant jugé qu'un gain de trésorerie d'environ 4,3 % de l'avantage fiscal résultant de l'application du régime des sociétés mères est insuffisant à écarter la critique d'exclusivisme fiscal ; le gain financier étant considéré « *négligeable et sans commune mesure avec l'avantage fiscal retiré de ces opérations* » qui apparaît ici comme principal...

On pourra par contre considérer que les objectifs poursuivis par le législateur sont différents lorsque les mêmes articles 145 et 216 s'appliquent dans un contexte communautaire, la question des objectifs devant alors être appréciée par référence à la directive 2011/96/UE et à ses versions antérieures.

d'une ou de sociétés spécialement créées à cette fin, elle n'a pris aucune mesure de nature à favoriser le développement des sociétés qu'elle venait d'acquérir et ne s'est pas comportée à leur égard comme une société mère, mais a au contraire favorisé leur disparition.

Les opérations litigieuses ont, en revanche, grâce à la déduction immédiate d'une provision correspondant à la dépréciation des titres et à l'exonération d'impôt dont bénéficiaient, à l'exception d'une quote-part, les dividendes reçus des sociétés filles en application du régime des sociétés mères, permis à la société de dégager un important déficit fiscal imputable sur ses autres bénéfices.

Commentaire

1) Pendant longtemps, la notion d'abus de droit en matière fiscale reposait sur une définition insuffisamment précise. Constituait un abus de droit les actes fictifs (« abus de droit par simulation »), conformément à la définition légale qu'en donnait l'article 1649 quinquies B du CGI devenu L 64 du LPF, et les actes « *qui n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluider ou d'atténuer l'impôt* » (« abus de droit par fraude à la loi »). Cette seconde catégorie d'abus de droit avait été créée de manière prétorienne par le Conseil d'Etat par une décision du 10 juin 1981 (CE 10 juin 1981 n° 19079 plén. : RJF 9/81 n° 787). Tout au long des années qui suivirent, le juge décidait, au cas par cas, sans vraiment expliquer son raisonnement, les opérations qui tombaient ou non sous le coup de l'abus de droit dans la seconde branche de sa définition. Tout au plus avait-il été précisé que le fait d'utiliser un dispositif d'incitation fiscale n'était pas incompatible avec le fait de commettre un abus de droit (CE 3 février 1984

n° 38230 plén., Bilger Gillet : RJF 4/84 n° 499, conclusions M.-A. Latournerie Dr. 26/84 c. 1278), alors même qu'utiliser un dispositif d'incitation fiscale, c'est presque toujours chercher à minimiser la charge fiscale d'une opération. Entre optimisation fiscale autorisée et abus de droit interdit, la frontière était confuse.

Les choses ont significativement changé après l'intervention des décisions Min. c/ Société Janfin (CE 27 septembre 2006 n° 260050 sect. : RJF 12/06 n° 1583, avec chronique Yohann Benard p. 1083, conclusions L. Olléon BDCF 12/06 n° 156, observations N. Chahid Nourai BGFE 6/06 p. 30, étude O. Fouquet Dr. fisc. 47/06 étude n° 65 p. 1999) et Min. c/ Persicot (CE 28 février 2007 n° 284565, observations N. Chahid-Nourai BGFE 3/07 p. 6, étude O. Fouquet Dr. fisc. 47/06 étude n° 65 p. 1999). Par la décision Min. c/ Société Janfin, le Conseil d'Etat a jugé que les opérations ne pouvant être appréhendées sur le terrain de l'article L 64 du LPF dans sa rédaction alors applicable, pour des raisons tenant, notamment, à son champ d'application, pouvaient l'être sur celui du principe général de répression de la fraude à la loi. À cette occasion, le Conseil d'Etat a donné une définition de la fraude à la loi, au sens du principe général, plus précise que celle de l'abus de droit au sens du LPF. Puis, par la décision Min. c/ Persicot, le Conseil d'Etat a aligné la définition de l'abus de droit par fraude à la loi au sens du LPF sur celle de la fraude à la loi au sens du principe général. Outre les actes fictifs, constituent désormais un abus de droit au sens du LPF, ou une fraude à la loi fiscale au sens du principe général, les actes qui « *recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluider ou atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées, eu égard à la situation ou à ses activités réelles* ». L'article 35 de la loi 2008-1443 du 30 décembre 2008 portant loi de finances rectificative pour 2008 a repris à l'article L 64 du LPF la nouvelle définition jurisprudentielle de l'abus de droit, tout en étendant son champ d'application.

Les décisions Min. c/ Société Janfin et Min. c/ Persicot ont été présentées par certains auteurs, à notre avis à juste titre, comme un progrès pour la sécurité juridique. Le droit n'étant pas une science exacte, et le juge n'étant conduit à se prononcer que plusieurs années plus tard, le praticien se retrouve très souvent dans la situation de devoir apprécier par lui-même et par anticipation si l'opération qu'il

envisage est susceptible ou non de tomber sous le coup de la répression des abus de droit. Or ce praticien n'est pas toujours de mauvaise foi, loin s'en faut. *Il dispose désormais d'une grille d'analyse.* S'il envisage d'utiliser un dispositif d'incitation fiscale, ce qui est l'un des terrains privilégiés du risque en matière d'abus de droit, il sait que son opération encourra la critique si deux critères sont réunis : un but exclusivement fiscal (critère intentionnel ou subjectif) et la méconnaissance des intentions du législateur (critère objectif). Il peut rechercher cette intention par la lecture des travaux préparatoires.

2) La nature ayant horreur du vide, et le juge horreur des choses simples qui le privent de son utilité, de nouveaux problèmes n'ont pas manqué d'apparaître à la suite de ces précisions. En particulier, *il n'est pas toujours simple de connaître l'intention du législateur* : il y a d'abord tous les cas où la disposition fiscale utilisée par le contribuable n'a pas ou presque pas de travaux préparatoires (conventions fiscales internationales, dispositions issues d'ordonnances, dispositions issues de décrets antérieurs à 1958, amendements adoptés en toute fin de débat sur les lois de finances...); il y a ensuite et surtout les cas où cette intention n'est pas claire, soit parce que le dispositif a évolué au cours du temps de telle sorte que ses auteurs successifs ont pu poursuivre des objectifs différents, soit parce que l'opération litigieuse résulte de la combinaison de plusieurs textes procédant d'intentions distinctes, soit parce que les débats parlementaires sont très pauvres, soit encore parce qu'ils sont contradictoires. Un même objectif peut par ailleurs se traduire par des dispositifs fort différents : pour nous en tenir à des objectifs aussi fondamentaux que l'égalité ou la compétitivité, on voit bien que leur traduction fiscale prend des formes très différentes selon les convictions de la majorité parlementaire. Il faut enfin compter avec les subtilités de l'herméneutique, ce qui n'est pas toujours facile pour les esprits cartésiens qui ont souvent du mal à accepter qu'un même texte ou un même propos puisse, de manière tout à fait sincère, recevoir une interprétation très différente aussi bien par son auteur que par son récepteur.

Finalement, en précisant sa grille d'analyse, le juge a pris ni plus ni moins le risque de tuer l'abus de droit, en tout cas de rendre sa répression beaucoup plus difficile qu'elle ne l'était auparavant. Passant d'une situation assez confortable, dans laquelle il décidait, secrètement et souverainement, les cas dans lesquels les contribuables avaient manifestement cherché à abuser de la générosité de la loi fiscale, il a fait l'effort de se doter d'un raisonnement, y

compris et d'abord pour lui-même, qu'il a rendu public. Ce faisant, il a réduit, à notre avis, le nombre d'hypothèses susceptibles de tomber sous le coup de la répression des abus de droit et dégagé un critère dont le maniement peut parfois se révéler délicat.

3) *Les premières décisions qui ont fait application des nouveaux critères de l'abus de droit ont semblé confirmer cette intuition.* Dans une affaire jugée le 7 septembre 2009 (CE 7 septembre 2009 n° 305586, Min. c/ Société Axa : RJF 12/09 n° 1138, conclusions L. Olléon BDCF 12/09 n° 142, observations O. Fouquet Dr. fic. 39/09 act. 287), était en cause une pratique de place semble-t-il assez répandue consistant pour des sociétés en situation d'utiliser des avoirs fiscaux (concrètement des sociétés ayant réalisé suffisamment de bénéfiques) à emprunter ou acheter à réméré des titres auprès de sociétés n'étant pas en situation d'en bénéficier, juste le temps de détacher le coupon représentatif de l'avoir fiscal. L'avantage fiscal résultant de ce mécanisme était évidemment partagé entre prêteurs/vendeurs à réméré et emprunteurs/acheteurs. Dans une autre affaire jugée le même jour (CE 7 septembre 2009 n° 305596, Société Henri Goldfarb : RJF 12/09 n° 1139, conclusions L. Olléon BDCF 12/09 n° 142, note E. Meier et R. Torlet Dr. fisc. 39/09 c. 484, observations O. Fouquet préc.), était en cause une opération dite de coquillard : une société cible, dite « coquille », qui avait cessé son activité et liquidé ses actifs, avait été rachetée à la valeur de ses liquidités moyennant une légère décote. L'opération était fiscalement intéressante pour les propriétaires de la coquille, puisqu'au lieu d'être imposés sur un boni de liquidation à l'impôt sur le revenu au taux progressif, ils pensaient pouvoir l'être sur une plus-value de cession au taux proportionnel. Cela compensait donc largement la décote. Après avoir récupéré les liquidités figurant à l'actif de la coquille sous la forme de dividendes, le cessionnaire, dit « coquillard », avait pour sa part revendu les titres pour une somme quasi nulle puisqu'ils ne valaient plus rien (société vidée de sa substance) et dégagé ce faisant une moins-value d'un montant quasi équivalent aux dividendes perçus. L'opération ne coûte, ni ne rapporte rien puisque les dividendes viennent compenser le prix d'achat de la coquille. Mais elle permet au coquillard d'empocher l'avoir fiscal attaché aux dividendes, qu'il impute sur l'impôt sur les sociétés dû à raison de ses autres bénéfiques.

Ces opérations, qui avaient consisté à minorer le paiement de l'impôt en faisant commerce de l'avoir fiscal, n'entraient pas dans le champ d'application de l'article L 64 du LPF dans sa

rédaction alors applicable, mais étaient susceptibles d'entrer dans celui du principe général de répression de la fraude à la loi (décision Min. c/ Société Janfin précitée). Le Conseil d'Etat a toutefois jugé que, si l'intérêt des opérations était exclusivement fiscal, ces dernières n'étaient pas contraires aux intentions du législateur, qui a créé l'avoir fiscal dans l'objectif d'éviter la double imposition des dividendes. Il n'est d'ailleurs pas certain que, sous l'empire de l'ancienne législation, le Conseil d'Etat aurait statué dans le même sens.

4) Par la décision ici commentée, le Conseil d'Etat s'est prononcé *sur un autre type d'opérations dites de coquillards, reposant cette fois sur l'utilisation du régime mère-filles*. La suppression du mécanisme de l'avoir fiscal a conduit les sociétés spécialisées dans le désinvestissement à recourir à ce dispositif.

Au départ, la formule est la même : une coquille est rachetée au prix de ses actifs liquides moyennant une décote. Une fois entrée dans le patrimoine du coquillard, la coquille verse au coquillard des dividendes correspondant à ses liquidités. En application du régime fiscal des sociétés mères, ces dividendes sont exonérés d'IS à l'exception d'une quote-part de frais et charges de 5 %. Le régime mère-filles suppose un engagement de conservation des titres d'une durée de deux ans. Ceux-ci ne sont donc pas revendus immédiatement. En revanche, dès que le versement des dividendes est intervenu, le coquillard constate une provision pour dépréciation des titres, immédiatement déductible de ses autres bénéfices par application des dispositions du a ter du I de l'article 219 du CGI alors applicables, qui plaçaient ces plus et moins-values sous le régime des plus-values de court terme et non sous celui des plus-values de long terme. Comme dans le cas précédent, l'intérêt financier de l'opération est nul ou très faible : le coquillard récupère certes les liquidités présentes dans la coquille ; mais il a dû au préalable déboursier une somme quasiment équivalente pour acquérir les titres. En revanche, comme pour l'avoir fiscal, l'opération est fiscalement très profitable puisque le coquillard peut imputer sur ses autres bénéfices la provision correspondant à la dépréciation des titres, et/ou dégager un déficit fiscal reportable, tandis que les dividendes échappent à l'impôt en application du régime mère-filles.

S'appuyant certainement sur le précédent Société Henri Goldfarb précité, la cour administrative d'appel de Paris (CAA Paris 29 juillet 2011 n° 09PA01219 : RJF 2/12 n° 152, conclusions Blanc et note M. Buchet Dr. fisc. 47/11 c. 603, *Abus de droit et régime mère-filles*,

Arnaud de Bissy *La gestion du régime « mère-fille » : quel est le risque d'abus ?* Dr. fisc. 50/12 c. 558) avait jugé que ce type d'opérations ne constituait pas une utilisation abusive du régime des sociétés mères, dont l'objectif est, comme pour l'avoir fiscal, d'éviter la double imposition des dividendes. La cour avait également relevé que l'intérêt financier de l'opération n'était pas nul : en raison de la décote, les liquidités perçues sous la forme de dividendes étaient légèrement supérieures au coût de rachat des titres.

A la différence de la formule de l'avoir fiscal, l'utilisation simultanée du régime mère-filles et de la provision pour dépréciation des titres aboutit à une minoration de l'assiette de l'impôt sur les sociétés et non de son paiement. On se situait donc bien dans le champ d'application de l'article L 64 du LPF alors applicable. Sur pourvoi du ministre, le Conseil d'Etat, prenant le contrepied de la position de la cour, a statué dans le sens de l'administration et jugé que l'opération, en méconnaissant l'objectif du législateur dans la création du régime mère-filles, était constitutive d'un abus de droit. La cour est censurée pour erreur de droit dans l'analyse de l'intention du législateur.

Si, au cas d'espèce, l'intérêt de la solution est *exclusivement rétrospectif*, puisque par l'article 16 de la loi 2012-958 du 16 août 2012 portant loi de finances rectificative pour 2012 le législateur a pris les dispositions nécessaires pour empêcher ce type d'opérations, la décision Min. c/ SARL Garnier Choiseul Holding présente à notre sens *quatre enseignements*.

5) *Le premier enseignement est que l'abus de droit est loin d'être mort.*

Un argument aurait pu en effet justifier une solution différente : les conditions mises à l'application du régime mère-filles ont été progressivement assouplies au cours du temps. Si ce régime est issu de la loi du 31 juillet 1920 portant fixation du budget général de l'exercice 1920, il est subordonné à une condition de seuil minimal de participation dans la fille depuis l'article 53 de la loi du 31 décembre 1936 portant réforme fiscale (à l'époque 50 %). Or ce seuil a été progressivement ramené à 30 % (loi du 19 février 1943), puis 20 % (décret 52-804 du 30 juin 1952 pris sur le fondement de l'article 45 de la loi 52-401 du 14 avril 1952), puis 10 % (loi 65-566 du 12 juillet 1965 modifiant l'imposition des entreprises et des revenus de capitaux mobiliers) et enfin 5 % (loi de finances pour 2001). De cette réduction progressive du seuil minimal de participation, on aurait pu déduire que la volonté initiale du législateur d'encourager des sociétés mères à prendre des participations significatives dans des sociétés

filles pour exercer sur elles une véritable influence et créer des groupes industriels ou commerciaux structurés et importants s'était progressivement transformée en simple volonté de supprimer la double imposition des dividendes.

Le Conseil d'Etat ne s'est toutefois pas laissé impressionner par cet argument. Il a pris acte du fait que, si le seuil minimal de participation a été progressivement réduit, il n'a jamais été abandonné, ce qui constitue une différence majeure avec le régime de l'avoir fiscal. On soulignera qu'en cas d'actionnariat très éclaté, un seuil de détention de 5 % n'est pas du tout incompatible avec l'exercice d'une influence réelle sur la fille. Il en est de même lorsque la participation directe s'ajoute à des participations indirectes. Le Conseil a également noté que le régime des sociétés mères a toujours été subordonné à la détention des titres depuis l'origine ou pendant une durée minimale de deux ans. Il n'a pu enfin que constater une grande constance dans les travaux préparatoires à l'ensemble des textes dont est issu le régime actuel des sociétés mères, desquels il résulte que *ce régime n'a pas seulement pour objectif d'éviter la double imposition des dividendes (l'avoir fiscal le permettait à lui seul), mais d'encourager la création de groupes de sociétés dans lesquels une société mère impulse à ses filles une politique cohérente de croissance et de développement.*

A cet égard, il faut rappeler que le régime des sociétés mères a toujours été plus avantageux que celui de l'avoir fiscal (1) : il n'est donc pas incohérent que le législateur ait nourri à son sujet des objectifs plus ambitieux. L'avoir fiscal entendait développer l'épargne des particuliers, le financement des entreprises, l'investissement productif et la compétitivité de la place de Paris. Le régime mère-filles poursuivait plus que cela : dès l'origine, il a cherché à lutter contre la dispersion des moyens de l'économie française et à encourager la constitution de groupes d'entreprises dont le développement serait facilité par l'existence de synergies ; en abaissant le seuil de détention, le législateur a entendu permettre aux sociétés mères de prendre davantage de participations éligibles au régime fiscal de faveur et favoriser ainsi le développement des nombreuses sociétés filles au sein de groupes cohérents de sociétés. Dans ces conditions,

(1) En particulier, du temps de l'existence de l'avoir fiscal, le régime mère-filles permettait aux actionnaires de la mère de percevoir les dividendes issus de l'activité des filles en conservant l'avoir fiscal attaché à ces dividendes. La vocation du régime mère-filles n'était donc pas tant de supprimer une double imposition (l'avoir fiscal y pourvoyait) qu'une triple (chez la fille, chez la mère, chez l'actionnaire de la mère).

acquérir une société fille pour la vider de ses actifs et mettre un terme définitif à ses activités est directement contraire à cet objectif.

6) *Le deuxième enseignement de la décision Min. c/ SARL Garnier Choiseul Holding porte sur la question de savoir si l'abus de droit résulte nécessairement de l'existence d'un montage.*

Pour juger, en 2005 (CE 18 mai 2005 n° 267087, Min. c/ Sagal : RJF 58-9/05 n° 910 avec chronique Y. B. RJF 12/05 p. 943, étude O. Fouquet RJF 5/06 p. 383, conclusions P. Collin BDCF 2005 n° 110, observations N. Chahid-Nourai BGFE 4/05 p. 21, observations O. Fouquet Rev. adm. 9/05 p. 482), que la répression des abus de droit en matière fiscale était compatible avec le droit communautaire, alors que la liberté d'établissement implique en principe la liberté pour les contribuables de pouvoir s'installer dans n'importe quel pays de l'Union, y compris si le but de cette installation est uniquement fiscal, le Conseil d'Etat a relevé que l'article L 64 du LPF « *consiste spécifiquement à exclure du bénéfice de dispositions fiscales favorables les montages purement artificiels dont le seul objet est de contourner la législation fiscale française* ». Ce faisant, la Haute Assemblée s'est directement inspirée des termes d'un arrêt de la CJCE du 16 juillet 1998 (CJCE 16 juillet 1998 aff. 264/96, Imperial Chemical Industries RJF 11/98 n° 1382, chronique J. Turot RJF 12/98 p. 940, conclusions G. Tesauo BDCF 6/98 n° 137, étude P. Dibout Dr. fisc. 48/98 p. 1475), qui a subordonné la possibilité pour les Etats membres de porter atteinte à la liberté d'établissement à la nécessité d'empêcher les « *montages purement artificiels* ». Cette solution a suscité beaucoup de commentaires et d'interrogations : l'existence d'un « *montage* » *constitue-t-elle une nouvelle condition de l'abus de droit ?*

Le Conseil d'Etat écarte clairement cette interprétation dans l'affaire ici commentée, en rejetant le moyen du coquillard qui avait soutenu, devant les juges du fond, qu'en l'absence d'interposition de sociétés spécialement créées à cet effet, l'opération qu'il avait réalisée ne pouvait être qualifiée d'abus de droit. Le coquillard faisait valoir en particulier que les coquilles n'étaient pas des sociétés créées pour l'occasion, mais préexistaient à l'opération.

En écartant cette argumentation, le Conseil d'Etat apporte une précision d'importance car l'existence ou non d'un montage est fréquemment mise en avant par les contribuables et par les juridictions du fond, en se référant notamment à la jurisprudence de la CJUE, pour qualifier ou non une opération d'abus de droit, alors qu'il ne s'agit que d'un indice mais non d'un

critère de l'abus de droit. *Il peut y avoir abus de droit sans création d'une structure artificielle et sans recours à une combinaison complexe de dispositions fiscales.* Une situation simple ou nullement artificielle, comme au cas présent, peut être constitutive d'un abus de droit. Tout au plus l'existence d'un montage constitue-t-elle un indice fort du « *but exclusivement fiscal* » d'une opération.

7) *Le troisième enseignement porte justement sur la notion de but exclusivement fiscal.*

Il s'agit, comme on l'a rappelé précédemment, du premier critère que doit remplir une opération pour tomber sous le coup de la répression des abus de droit par fraude à la loi. Lorsqu'une juridiction administrative écarte la qualification d'abus de droit, il suffit qu'elle constate qu'un seul des deux critères n'est pas rempli. Lorsqu'en revanche elle estime que l'abus de droit est constitué, elle doit vérifier que les deux critères sont réunis. En l'espèce, la cour administrative d'appel de Paris, par une sur-motivation de son arrêt qui n'était pas nécessaire puisque la cour estimait par ailleurs que l'opération litigieuse n'était pas contraire aux objectifs du législateur, avait jugé que l'opération ne remplissait pas le critère du « *but exclusivement fiscal* » puisqu'elle présentait également un *intérêt financier* du fait de la différence entre le coût d'acquisition des titres et les dividendes perçus. En l'espèce, le gain financier était de 16 110 euros, sur une opération d'acquisition de titres d'un montant de plus d'un million de euros, contre un gain fiscal immédiat de 186 000 euros sous la forme d'une économie d'impôt sur les sociétés auquel s'ajoutait un gain fiscal différé sous la forme d'un déficit reportable.

Le Conseil d'Etat a censuré deux fois cette analyse : la première fois sur le terrain de la cassation, en jugeant que *lorsque l'intérêt financier d'une opération est négligeable et sans commune mesure avec son intérêt fiscal*, le critère du *but exclusivement fiscal* est rempli ; la seconde fois, sur le fond, en jugeant qu'en l'espèce le gain financier était marginal. Si cette solution, qui consiste à apprécier de manière pragmatique la notion de *but exclusivement fiscal* et éviter de tomber dans l'absurde de situations dans lesquelles le critère du *but exclusivement fiscal* ne serait pas rempli du fait de gains financiers minimes ou dérisoires, n'est pas nouvelle (CE 10 novembre 1993 n° 62445, Gianoli : RJF 1/94 n° 68 avec conclusions O. Fouquet p. 11, observations N. Chahid-Nourai BGFE 41/93 p. 21 ; a contrario CE 29 décembre 1995 n° 133251, Jomini RJF 2/96 n° 231 avec conclusions Bachelier p. 94,

observations R. Beauvais BGFE 1/96 p. 12), elle n'avait jamais été affirmée aussi clairement.

Elle est par ailleurs très opportune : d'une part, le raisonnement de la CJUE qui utilise le même vocabulaire que le Conseil d'Etat, est identique (voir récemment CJUE 20 juin 2013 aff. 653/11, Paul Newey : RJF 11/13 n° 1102). D'autre part, la loi de finances pour 2014 comporte une disposition, issue d'un amendement parlementaire adopté en première lecture par l'Assemblée nationale contre l'avis du gouvernement, qui modifie l'article L 64 du LPF pour remplacer la condition de *but exclusivement fiscal* par celle de « *but principalement fiscal* » ou de « *but essentiellement fiscal* ». Les incertitudes résultant d'une telle modification sont considérables (cf. O. Fouquet « La réforme de l'abus de droit : pour quoi faire ? » FR Lefebvre 39/13 p. 23). Le ministre du budget a pu utiliser les décisions ici commentées pour tenter de convaincre les parlementaires de l'absence d'intérêt pratique de la modification envisagée.

En réalité, le vrai sujet est de savoir ce que jugera le Conseil d'Etat dans des affaires proches de la décision ici commentée, mais dans lesquelles l'avantage financier retiré des opérations, bien qu'inférieur à l'avantage fiscal, était plus substantiel que dans le présent cas d'espèce. La décision *Min. c/ SARL Garnier Choiseul Holding* constitue en effet une tête de série et le Conseil d'Etat statuera prochainement sur d'autres opérations qui ont eu recours au même dispositif, mais dans des circonstances de fait différentes. C'est à ce moment-là que l'on verra plus nettement la manière dont le Conseil d'Etat entend apprécier le critère du *but exclusivement fiscal* de manière pragmatique. La jurisprudence sur les apports-cessions (O. Fouquet : FR Lefebvre 44/10 p. 21) donne une première indication de l'importance relative que doit nécessairement avoir l'intérêt économique par rapport à l'intérêt fiscal.

8) *Le quatrième et dernier enseignement de la décision Min. c/ SARL Garnier Choiseul Holding porte sur la question du risque.*

Lorsqu'il a jugé, par les décisions *Min. c/ Société Axa* et *Société Henri Goldfarb* précitées, que l'utilisation du mécanisme de l'avoir fiscal dans le cadre d'emprunts et achats de titres à réméré d'une part, de désinvestissement d'autre part, n'était pas constitutive d'une fraude à la loi, le Conseil d'Etat, peut-être effrayé par ce qu'il était en train de juger, a cru devoir préciser, dans les deux décisions, que l'administration ne soutenait pas que les opérations étaient dépourvues de « risques ». Comme pour le « montage », cette précision a suscité un certain nombre de commentaires, semblant faire de

l'absence de risque un nouveau critère de l'abus de droit, et corrélativement de son existence, un obstacle à sa constatation. Nous sommes d'avis qu'il n'en est rien.

En réalité, l'introduction d'un critère de risque avait du sens s'agissant de la première affaire (Société Axa). Si l'emprunt ou l'achat à réméré des titres avait été assorti d'un engagement absolu des prêteurs ou des vendeurs de reprendre les titres à leur valeur d'origine, le transfert de propriété de ceux-ci, le temps du détachement du coupon, aurait pu être jugé fictif par le Conseil d'Etat. En l'espèce, la notion de risque avait pour effet de réintroduire celle d'artificialité. En revanche, quelle est la signification du risque dans le second cas de figure (Société Henri Goldfarb) ? Le coquillard qui rachète une coquille en devient incontestablement l'actionnaire avec tous les risques associés (par exemple celui que la valeur des liquidités acquises s'effondre d'un seul coup : la succession des crises financières récentes montre que c'est possible), même si ce risque est concrète-

ment extrêmement limité, puisque le coquillard a eu préalablement tout le temps nécessaire pour évaluer la coquille et qu'il est maître du moment où celle-ci lui verse les dividendes et du moment où il la revend. Dans ces conditions, on ne voit pas ce que l'administration aurait pu dire de plus.

Le Conseil d'Etat lui a fermé définitivement cette porte, d'une part, *en ne faisant aucune référence au critère du risque* dans les affaires ici commentées, d'autre part, *en rejetant*, par une décision CE 25 juillet 2013 n° 348371, Min. c/ SARL Garnier Choiseul Holding, relative elle aussi à une opération de coquillard par utilisation du dispositif de l'avoir fiscal, l'argumentation que l'administration avait cette fois développée sur le risque en se fondant sur le précédent Société Henri Goldfarb. Ce faisant, le Conseil a purgé à juste titre de sa jurisprudence une incertitude née de ce précédent : l'absence de risque peut dans certains cas participer de l'identification d'un abus de droit, elle n'en constitue nullement un critère.