

L'ABUS DE DROIT ET LE RISQUE

Par

Olivier FOUQUET

Président de Section au Conseil d'Etat

1) Le risque est-il la meilleure antidote à l'abus de droit ?

Dans deux décisions du 7 septembre 2009 n°308586, min. c/ Axa et n°305596, Sté Henri Goldfarb (RJF 12/09 n°1138 et 1139, concl. L. Olléon BDCF 12/09 n°142, obs. O. Fouquet Dr. fisc. 39/09 act 287 p.1), qui ont eu un certain retentissement, le Conseil d'Etat avait jugé que n'étaient pas constitutives d'un montage entaché d'abus de droit les opérations consistant pour une société déficitaire percevant des dividendes à transférer les titres, avant détachement du coupon, par prêt de titres ou vente à réméré des titres, à une autre société qui peut imputer sur son impôt l'avoir fiscal attaché au dividende.

La Haute juridiction a relevé que l'avoir fiscal était attaché à la qualité d'actionnaire et qu'en l'espèce la société qui encaissait les coupons, supportait bien les risques de l'actionnaire dans la mesure où les opérations d'emprunt de titres ne prémunissent pas l'emprunteur des risques encourus pendant la période de détention des titres et que les achats à réméré comportent le risque d'une absence de rachat au dénouement du contrat.

Certains commentateurs s'étaient demandés si l'évocation de l'existence d'un risque couru par l'actionnaire était bien nécessaire et si le Conseil d'Etat n'aurait pas pu se borner à constater que le bénéficiaire de l'avoir fiscal avait bien la qualité d'actionnaire au sens de la loi à la date de détachement du coupon.

Mais le Conseil d'Etat avait déduit, de l'existence d'un risque couru par l'actionnaire, l'absence de caractère « artificiel » des opérations d'emprunt de titres ou d'achat à réméré. Autrement dit, il y avait dans ces deux décisions un *a contrario* implicite : si l'emprunteur ou l'acheteur à réméré des titres avait été couvert contre le risque d'actionnaire par une contre-lettre de garantie des prêteurs ou des vendeurs à réméré, l'opération aurait eu un caractère artificiel privant l'emprunteur ou l'acheteur à réméré de la sincère propriété des titres et faisant dès lors obstacle à ce qu'ils prétendent au bénéfice de l'avoir fiscal.

2) La décision du 12 mars 2010 n°306368, Sté Charcuterie du Pacifique (RJF 6/10 n°620, concl. E. Geffray BDCF 6/10 n°68, obs. R. Beauvais BGFE 3/10) vient confirmer la portée de l'interprétation *a contrario* des deux décisions du 7 septembre 2009 susmentionnées.

En Polynésie française, à l'époque, les investisseurs dans l'hôtellerie bénéficiaient d'un crédit d'impôt égal à 60% de leur investissement. La société CDP a souscrit pour 100 millions de francs CFP à une augmentation du capital d'une société TTBR II, destinée à lui permettre de réaliser un hôtel. La société a eu droit à un crédit d'impôt de 60 millions de francs CFP. Mais, en examinant l'opération, l'administration fiscale s'est aperçue que la société CDP avait conclu dès l'origine auprès de la SA TTBR, mère de la société TTBR II, un emprunt de 70 millions de francs CFP remboursable sous forme de remise à cette société mère par la société CDP, dès la délivrance du certificat de conformité de l'hôtel, de la totalité des actions de la société TTBR II qu'elle avait souscrites.

Autrement dit, la société CDP qui avait souscrit à hauteur de 100 millions de francs CFP au capital de la société TTBR II, n'en avait libéré que 30% par apport de fonds propres, et avait emprunté 70 millions de francs CFP qu'elle était assurée de pouvoir rembourser par la seule remise au prêteur, en fin d'opération, de la totalité de ses titres, c'est-à-dire des titres d'une valeur nominale de 100 millions de francs CFP cédés pour une valeur de 70 millions (le montant de l'emprunt). Au total, la société CDP investissait réellement 30 millions, percevait 60 millions de crédit d'impôt (calculé au taux de 60% sur 100 millions), et restituait au prêteur pour un prix de 70 millions (le remboursement de l'emprunt) la totalité des titres qu'elle avait souscrit pour un montant de 100 millions. In fine, la société CDP conservait les 60 millions de crédit d'impôt pour un apport de fonds propres de 30 millions (d'où un avantage égal à $60 - 30 = 30$ millions), tandis que le prêteur qui avait prêté 70 millions, récupérait 100 millions (d'où un avantage égal à $100 - 70 = 30$ millions). Le montage financier aboutissait donc à partager en fait par moitié le crédit d'impôt de 60 millions entre la société CDP et le prêteur qui, en tant que promoteur, n'avait pas droit à ce crédit.

Le partage en fait du crédit d'impôt n'aurait sans doute pas suffi, au regard des précédents Axa et Henri Goldfarb où il y avait eu en fait partage de l'avoir fiscal, à caractériser un montage abusif. Mais, le Conseil d'Etat se fonde, comme dans ces précédents, sur l'existence ou non d'un « risque ». Il juge que l'investissement hôtelier de la société CDP correspond à hauteur de 70% à « une opération financière dénuée de tout risque ». La participation de la société CDP au financement de la construction de l'hôtel a donc un caractère « artificiel » à hauteur de 70%. La société CDP n'est regardée comme un investisseur hôtelier qu'à hauteur de 30% de l'investissement : elle n'a donc droit à un crédit d'impôt que de 18 millions ($30 \text{ millions} \times 60\%$) au lieu de 60 millions de francs CFP.

3) On retiendra de cette intéressante décision deux idées. La première est que l'absence de caractère artificiel d'un montage implique que l'opérateur économique se comporte comme tel, avec les risques qu'impliquent les opérations analogues auxquelles d'autres opérateurs économiques se livrent. Si l'opérateur, dans une opération ouvrant droit à un avantage fiscal, est contre-

garanti par son cocontractant, l'opérateur ne poursuit qu'un but exclusivement fiscal en détournant l'esprit de la loi qui a souhaité encourager certaines opérations en tenant compte des risques qu'elles comportent. La seconde idée est qu'une opération peut être entachée d'abus de droit du seul fait des modalités de son financement. La société CDP faisait valoir qu'après tout, l'hôtel avait été effectivement construit conformément à l'objectif fixé par le législateur polynésien. Mais la question était de savoir si la société CDP avait droit ou non au crédit d'impôt. En fait, elle n'avait financé l'opération qu'à hauteur de 30% et supporté le risque de l'investisseur que dans cette proportion : elle ne pouvait donc prétendre au crédit d'impôt que dans cette mesure.

En définitive la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'abus de droit (auquel on doit assimiler la fraude à la loi) ne cesse de gagner en réalisme économique. Le critère du montage « artificiel », caractérisé par les motifs tirés de la jurisprudence Janfin du 27 septembre 2006, devient essentiel. Les commentateurs ont souvent critiqué autrefois la conception trop étroitement juridique que le Conseil d'Etat avait de l'abus de droit. Critiqueront-ils désormais une conception trop économique ? Nul n'est parfait.

Olivier Fouquet aout 2010

L'ABUS DE DROIT ET LE RISQUE

Par

Olivier FOUQUET

Président de Section au Conseil d'Etat

1) Le risque est-il la meilleure antidote à l'abus de droit ?

Dans deux décisions du 7 septembre 2009 n°308586, min. c/ Axa et n°305596, Sté Henri Goldfarb (RJF 12/09 n°1138 et 1139, concl. L. Olléon BDCF 12/09 n°142, obs. O. Fouquet Dr. fisc. 39/09 act 287 p.1), qui ont eu un certain retentissement, le Conseil d'Etat avait jugé que n'étaient pas constitutives d'un montage entaché d'abus de droit les opérations consistant pour une société déficitaire percevant des dividendes à transférer les titres, avant détachement du coupon, par prêt de titres ou vente à réméré des titres, à une autre société qui peut imputer sur son impôt l'avoir fiscal attaché au dividende.

La Haute juridiction a relevé que l'avoir fiscal était attaché à la qualité d'actionnaire et qu'en l'espèce la société qui encaissait les coupons, supportait bien les risques de l'actionnaire dans la mesure où les opérations d'emprunt de titres ne prémunissent pas l'emprunteur des risques encourus pendant la période de détention des titres et que les achats à réméré comportent le risque d'une absence de rachat au dénouement du contrat.

Certains commentateurs s'étaient demandés si l'évocation de l'existence d'un risque couru par l'actionnaire était bien nécessaire et si le Conseil d'Etat n'aurait pas pu se borner à constater que le bénéficiaire de l'avoir fiscal avait bien la qualité d'actionnaire au sens de la loi à la date de détachement du coupon.

Mais le Conseil d'Etat avait déduit, de l'existence d'un risque couru par l'actionnaire, l'absence de caractère « artificiel » des opérations d'emprunt de titres ou d'achat à réméré. Autrement dit, il y avait dans ces deux décisions un *a contrario* implicite : si l'emprunteur ou l'acheteur à réméré des titres avait été couvert contre le risque d'actionnaire par une contre-lettre de garantie des prêteurs ou des vendeurs à réméré, l'opération aurait eu un caractère artificiel privant l'emprunteur ou l'acheteur à réméré de la sincère propriété des titres et faisant dès lors obstacle à ce qu'ils prétendent au bénéfice de l'avoir fiscal.

2) La décision du 12 mars 2010 n°306368, Sté Charcuterie du Pacifique (RJF 6/10 n°620, concl. E. Geffray BDCF 6/10 n°68, obs. R. Beauvais BGFE 3/10) vient confirmer la portée de l'interprétation *a contrario* des deux décisions du 7 septembre 2009 susmentionnées.

En Polynésie française, à l'époque, les investisseurs dans l'hôtellerie bénéficiaient d'un crédit d'impôt égal à 60% de leur investissement. La société CDP a souscrit pour 100 millions de francs CFP à une augmentation du capital d'une société TTBR II, destinée à lui permettre de réaliser un hôtel. La société a eu droit à un crédit d'impôt de 60 millions de francs CFP. Mais, en examinant l'opération, l'administration fiscale s'est aperçue que la société CDP avait conclu dès l'origine auprès de la SA TTBR, mère de la société TTBR II, un emprunt de 70 millions de francs CFP remboursable sous forme de remise à cette société mère par la société CDP, dès la délivrance du certificat de conformité de l'hôtel, de la totalité des actions de la société TTBR II qu'elle avait souscrites.

Autrement dit, la société CDP qui avait souscrit à hauteur de 100 millions de francs CFP au capital de la société TTBR II, n'en avait libéré que 30% par apport de fonds propres, et avait emprunté 70 millions de francs CFP qu'elle était assurée de pouvoir rembourser par la seule remise au prêteur, en fin d'opération, de la totalité de ses titres, c'est-à-dire des titres d'une valeur nominale de 100 millions de francs CFP cédés pour une valeur de 70 millions (le montant de l'emprunt). Au total, la société CDP investissait réellement 30 millions, percevait 60 millions de crédit d'impôt (calculé au taux de 60% sur 100 millions), et restituait au prêteur pour un prix de 70 millions (le remboursement de l'emprunt) la totalité des titres qu'elle avait souscrit pour un montant de 100 millions. In fine, la société CDP conservait les 60 millions de crédit d'impôt pour un apport de fonds propres de 30 millions (d'où un avantage égal à $60 - 30 = 30$ millions), tandis que le prêteur qui avait prêté 70 millions, récupérait 100 millions (d'où un avantage égal à $100 - 70 = 30$ millions). Le montage financier aboutissait donc à partager en fait par moitié le crédit d'impôt de 60 millions entre la société CDP et le prêteur qui, en tant que promoteur, n'avait pas droit à ce crédit.

Le partage en fait du crédit d'impôt n'aurait sans doute pas suffi, au regard des précédents Axa et Henri Goldfarb où il y avait eu en fait partage de l'avoir fiscal, à caractériser un montage abusif. Mais, le Conseil d'Etat se fonde, comme dans ces précédents, sur l'existence ou non d'un « risque ». Il juge que l'investissement hôtelier de la société CDP correspond à hauteur de 70% à « une opération financière dénuée de tout risque ». La participation de la société CDP au financement de la construction de l'hôtel a donc un caractère « artificiel » à hauteur de 70%. La société CDP n'est regardée comme un investisseur hôtelier qu'à hauteur de 30% de l'investissement : elle n'a donc droit à un crédit d'impôt que de 18 millions ($30 \text{ millions} \times 60\%$) au lieu de 60 millions de francs CFP.

3) On retiendra de cette intéressante décision deux idées. La première est que l'absence de caractère artificiel d'un montage implique que l'opérateur économique se comporte comme tel, avec les risques qu'impliquent les opérations analogues auxquelles d'autres opérateurs économiques se livrent. Si l'opérateur, dans une opération ouvrant droit à un avantage fiscal, est contre-

garanti par son cocontractant, l'opérateur ne poursuit qu'un but exclusivement fiscal en détournant l'esprit de la loi qui a souhaité encourager certaines opérations en tenant compte des risques qu'elles comportent. La seconde idée est qu'une opération peut être entachée d'abus de droit du seul fait des modalités de son financement. La société CDP faisait valoir qu'après tout, l'hôtel avait été effectivement construit conformément à l'objectif fixé par le législateur polynésien. Mais la question était de savoir si la société CDP avait droit ou non au crédit d'impôt. En fait, elle n'avait financé l'opération qu'à hauteur de 30% et supporté le risque de l'investisseur que dans cette proportion : elle ne pouvait donc prétendre au crédit d'impôt que dans cette mesure.

En définitive la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'abus de droit (auquel on doit assimiler la fraude à la loi) ne cesse de gagner en réalisme économique. Le critère du montage « artificiel », caractérisé par les motifs tirés de la jurisprudence Janfin du 27 septembre 2006, devient essentiel. Les commentateurs ont souvent critiqué autrefois la conception trop étroitement juridique que le Conseil d'Etat avait de l'abus de droit. Critiqueront-ils désormais une conception trop économique ? Nul n'est parfait.

Olivier Fouquet aout 2010