

N° 320313

M. et Mme Bourdon

Séance du 10 janvier 2011

Lecture du 27 janvier 2011

Conclusions de Madame Claire Legras

1- M. Bourdon et M. Mir étaient co-associés et co-gérants d'une société de services informatiques, la SARL Asstec, créée en 1982. Au cours de l'année 1998, ils ont mis en œuvre une opération financière dont il convient de bien restituer les étapes et l'objet, puisque l'administration l'a qualifiée d'abus de droit et en a tiré les conséquences au plan de l'imposition des deux intéressés à l'impôt sur le revenu.

M. Bourdon et M. Mir ont créé le 3 août 1998 une holding financière, la SARL Sirpac Informatique, dont ils étaient également associés à parité. Le 18 août, ils ont procédé à l'augmentation du capital d'Asstec par incorporation de sommes prélevées sur les réserves de la société, portant ainsi le nombre de parts à 2250 et ils ont cédé cinq parts à des membres de leur famille et une à la société Sirpac. Ils ont en même temps transformé Asstec en SA. Le 2 septembre suivant, ils ont enfin cédé à la société Sirpac, pour un prix de 4,5MF, leurs actions dans la société Asstec.

Cette acquisition a été financée par la holding de deux manières : d'une part, par une remontée des dividendes de la société Asstec, d'autre part, par un recours à l'emprunt. Ce processus a en réalité comporté quatre étapes.

Le jour même de la cession, la société Asstec a procédé à un versement exceptionnel de dividendes à hauteur de 2 MF à ses actionnaires, entièrement affecté à la SARL Sirpac – il semble que les détenteurs des six parts restantes aient été oubliés. Cette somme a été reversée le 19 septembre à M. Mir et M. Bourdon à hauteur de 1,8 MF, ainsi répartis : 1,5MF pour M. Bourdon et 0,3MF pour M. Mir, la SARL Sirpac conservant au passage 200 000F provenant de la distribution de dividendes.

Il restait donc à financer 2,7MF pour régler à MM. Mir et Bourdon le prix de la cession d'Asstec à Sirpac. Pour cela, cette dernière société a emprunté, le 23 novembre 1998, auprès de la BICS la somme de 2,5MF, dont elle versé presque immédiatement 1,5MF à M. Mir, gardant au passage 1MF provenant de l'emprunt.

Il restait alors à financer 1,2MF pour régler le prix de la cession aux deux vendeurs. Le 10 septembre 1999, Sirpac a versé 300 000 F à chacun d'eux.

Le 9 novembre 1999, une seconde distribution de dividendes à hauteur de 600 000F a été consentie par Asstec à Sirpac. Aussitôt après, M. Mir a reçu les 150 000F et M. Bourdon les 450 000 F qui leur manquaient encore.

Nous remarquons ici qu'il n'est donc pas évident de déterminer exactement la part respective des deux sources de financement dans le règlement par Sirpac à MM. Mir et Bourdon du prix de la cession de leurs parts dans Asstec. D'après les éléments présents au dossier de la cour, que nous avons retracés, il semble que l'opération ait été financée à peu près à égalité par la remontée de dividendes et par l'emprunt.

A la suite d'une vérification de la comptabilité de la SARL Sirpac Informatique, l'administration a considéré que la création de cette société et la cession à son profit des actions d'Asstec de MM. Mir et Bourdon avait été constitutive d'un abus de droit au sens de l'article L. 64 du LPF. Selon l'administration, l'opération a en effet permis la redistribution indirecte des bénéfices d'Asstec aux deux intéressés, *via* la société Sirpac, dont l'intervention dans ce processus n'était, selon elle, motivée que par l'intention de procéder à une économie fiscale, égale à la différence entre l'impôt sur le revenu supplémentaire que les deux contribuables auraient dû acquitter, dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, si les dividendes d'Asstec avaient été inclus dans leur revenu imposable et l'impôt sur la plus-value de cession, au taux de 16% qu'ils ont acquitté sur la somme qui leur a été versée par Sirpac.

M. Bourdon et M. Mir ont donc chacun fait l'objet d'un redressement d'impôt sur le revenu assorti de pénalités de 80%. Ils ont contesté ce redressement devant le tribunal administratif compétent. Par un jugement du 23 novembre 2006, le tribunal administratif de Nantes a rejeté la demande des époux Bourdon, jugeant que l'administration apportait la preuve de l'existence d'un abus de droit. La cour administrative d'appel de Nantes a rejeté pour l'essentiel leur appel par l'arrêt attaqué, en date du 23 juin 2008, mais elle a réformé le jugement de première instance pour réduire le montant de l'imposition due par les époux Bourdon, car l'administration avait pris en compte la totalité des sommes qui leur avaient été versées par Sirpac, sans tenir compte de la circonstance qu'une partie de ces sommes provenaient non des dividendes versés à Sirpac par Asstec, mais de l'emprunt bancaire. La cour a jugé implicitement que la moitié des sommes versées à M. Bourdon provenaient des dividendes et l'autre moitié de l'emprunt et en a déduit que la distribution indirecte de RCM, en vue de laquelle, selon elle, l'abus de droit avait été entrepris, ne devait s'appliquer qu'à la rétrocession des dividendes – raisonnement qui nous paraît tout-à-fait juste. La motivation de l'arrêt sur ce point est très lapidaire, trahissant sans doute la difficulté où se trouvait la cour à identifier, pour 1998 et pour 1999, quelle part des sommes versées à M. Bourdon provenait de la distribution de dividendes et quelle part provenait de l'emprunt bancaire.

Cependant, le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a considéré, par un jugement du 25 octobre 2007 devenu définitif, que l'abus de droit n'était pas constitué, faute que l'administration apporte la preuve que la holding Sirpac avait été constituée dans un but exclusivement fiscal. Cette divergence de solutions s'agissant de litiges strictement analogues, les juges du fond paraissant avoir statué au vu des mêmes éléments, n'est à l'évidence pas satisfaisante.

2- Avant d'en venir à l'examen des moyens du pourvoi, il convient d'apporter deux précisions.

Tout d'abord, pour rappeler la définition que donne votre jurisprudence la plus récente¹ de la notion d'abus de droit au sens de l'article L. 64 du LPF, qui recoupe celle de la fraude à la loi retenue en dehors du champ de cet article : lorsque l'administration use de la faculté que lui confèrent les dispositions de l'article L 64 du LPF dans des conditions telles que la charge de la preuve lui incombe, elle est fondée à écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, dès lors qu'elle établit que ces actes ont un caractère fictif, ou, que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées, eu égard à sa situation ou à ses activités réelles. En présence d'un acte n'ayant pas un caractère fictif, deux critères caractérisent donc l'abus de droit : un critère objectif, la recherche du bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, et un critère subjectif, le but non pas majoritairement, mais exclusivement fiscal de l'acte litigieux.

Ensuite, pour relever que l'intérêt de la présente affaire est de vous amener à vous prononcer pour la première fois sur la validité fiscale d'une opération d'acquisition de société avec effet de levier, communément désignée par l'acronyme LBO – pour *Leverage Buy Out*.

Introduit en France dans les années 1980, le LBO est une technique particulière d'acquisition des actions d'une société cible par une société holding spécialement constituée à cet effet, et financée pour l'essentiel par des emprunts bancaires. Grâce aux dividendes versés par la société cible, la société holding rembourse les emprunts souscrits pour financer l'acquisition des titres de la société cible. Et l'effet de levier financier ainsi obtenu du fait du recours à l'endettement de la société holding procédant au rachat de la société cible peut aussi être

¹ CE, 28 février 2007, *ministre c/ Persicot*, RJF 5/07 n° 599, concl. L. Vallée BDCF 5/07 n° 61 ; CE, 28 février 2007, *ministre c/ Croset*, RJF 5/07 n° 599, concl. L. Vallée BDCF 5/07 n° 61 ; CE, 5 mars 2007, *Pharmacie de Chalonges*, RJF 5/07 n° 600, concl. P. Collin BDCF 5/07 n° 62 ; CE, 10 juillet 2007, *Tomasina*, RJF 11/07 n° 1297, concl. P. Collin BDCF 11/07 n° 131 ; CE 20 juillet 2007, *Macchi*, RJF 11/07 n° 1296, concl. L. Olléon BDCF 11/07 n° 130.

complété par un gain fiscal lié à l'imputation des intérêts supportés au titre de la dette d'acquisition. Il existe plusieurs moyens pour réaliser cette imputation, dont nous ne donnerons qu'un aperçu très schématique.

Le premier est de faire réaliser des profits à la société holding sur lesquels pourront s'imputer ces pertes. Cela suppose l'exercice par cette dernière d'une activité économique qui s'ajoute à son activité de holding financier². La deuxième possibilité consiste à recourir au mécanisme de l'intégration fiscale qui permet à la société déficitaire de compenser ses résultats avec les profits réalisés par la société rachetée sous réserve que la première détienne au moins 95 % du capital de la seconde. Mais cette voie est fermée en vertu de ce que l'on appelle communément « l'amendement Charasse »³ lorsque le holding et la cible sont contrôlés par un même actionnaire, c'est-à-dire lorsque l'acquisition n'a pas eu comme effet un changement de contrôle. Enfin, lorsque le holding détient entre 5 et 95% des parts de la société achetée, les dividendes que celle-ci lui verse sont en principe exonérés d'impôt sur les sociétés dès lors que la holding a opté pour le régime des mères et des filiales conformément aux articles 145 et 216 du CGI, sauf une quote-part de frais et charges de 5%.

Le dossier ne dit pas si et comment a été organisé l'effet de levier fiscal au cas présent. Mais d'après les éléments qu'il comporte, l'intérêt de l'opération litigieuse nous paraît certain et en aucun cas exclusivement fiscal. Le requérant et son associé ont mis en œuvre une forme particulière de LBO appelée *Owner's Buy Out* ou OBO, qui leur a permis de rendre entièrement liquides leurs parts dans la société Asstec tout en gardant le contrôle de celle-ci. L'intérêt financier de l'opération est donc majeur, indépendamment de toute optimisation fiscale éventuelle, puisque les associés fondateurs d'Asstec disposent à son terme d'une somme conséquente. Par ailleurs, ainsi que M. Bourdon l'a fait valoir très clairement tant devant les juges du fond que devant vous, cette opération leur a permis d'emprunter une somme importante sans que la banque ne prenne de garanties sur eux : ils indiquent en effet que le prêt accordé par la BICS à la société Sirpac est nanti par les titres de la société Asstec que celle-ci détient. L'avantage pour les associés est donc évident par rapport à une situation qui aurait consisté pour eux à emprunter directement la même somme, puisque la banque aurait eu un recours sur l'intégralité de leur patrimoine, ou à faire emprunter la société Asstec, puisque les associés n'auraient pas pu faire usage de ces sommes. Par ailleurs, le fait qu'un établissement de crédit ait accordé un prêt relativement important à la holding Sirpac manifeste qu'il a regardé l'opération litigieuse comme pertinente au plan économique, sans que soit exigée de cette société holding une activité propre qui en fasse une holding de gestion plutôt qu'une holding purement financière. La banque ne pouvait en effet être remboursée que par les profits futurs réalisés par la holding Sirpac.

² Quand elle existe, elle est le plus souvent tournée vers la cible et ses filiales éventuelles et se concrétise par des prestations de services de nature comptable, administrative ou financière, qui devront être réelles et présenter un intérêt pour la société cible, sous peine d'entrer dans le périmètre de l'acte anormal de gestion.

³ Codifié à l'article 223 B, 7e alinéa, du CGI.

On touche ici au cœur du litige : le ministre, et la cour après lui, se sont en effet fondés, pour caractériser l'abus de droit, sur le fait que la société Sirpac était dépourvue de toute substance économique allant au-delà de la détention d'une participation dans Asstec. Par principe, en quelque sorte, un holding de rachat du type de ceux qui interviennent toujours dans les opérations de LBO est l'instrument d'un montage purement fiscal ; en effet, tous ces holdings se bornent généralement à acquérir des titres et à porter une dette d'acquisition. Cette position nous semble relever d'une appréciation sommaire de la portée de ces opérations : exiger qu'une holding purement financière qui se borne à détenir les parts d'une société cible développe une activité propre reviendrait donc à faire tomber dans l'escarcelle de l'abus de droit tous ces montages dont l'intérêt économique est certain et explique l'essor de cette technique pour l'acquisition ou la transmission d'entreprises. Les opérations de LBO vont en général de pair avec la mise en place d'une gestion rigoureuse et d'une stratégie de développement de l'entreprise cible. Bien souvent, les investisseurs qui réalisent une opération de LBO ne souhaitent aucunement donner une substance économique propre à la holding qu'ils créent au-delà du contrôle d'une société cible dans laquelle ils ont souhaité prendre des risques du fait du potentiel qu'ils lui ont reconnu ; il n'est pas question pour eux de développer en parallèle une autre activité *via* cette holding. Le LBO ne conduit pas, le plus souvent, à la structuration d'un groupe.

Suivre la cour sur ce point nous paraît donc impossible. Notons que la doctrine ne va pas aussi loin.

Ajoutons enfin que le gain fiscal généré pour les associés par l'opération contestée est beaucoup plus limité que ne l'a indiqué l'administration. En effet, MM. Mir et Bourdon pouvaient bénéficier, s'ils avaient choisi la voie d'une distribution directe des bénéfices de la société Asstec à leur profit, du mécanisme de l'avoir fiscal prévu par l'article 158 *bis* du CGI pour éviter la double imposition économique des bénéfices, à raison de l'impôt sur les sociétés frappant la société bénéficiaire et à raison de l'impôt payé par le bénéficiaire du dividende. Dans sa version en vigueur en 1998, cet article prévoyait « *I. Les personnes qui perçoivent des dividendes distribués par des sociétés françaises disposent à ce titre d'un revenu constitué : a) par les sommes qu'elles reçoivent de la société ; b) par un avoir fiscal représenté par un crédit ouvert sur le Trésor. Ce crédit d'impôt est égal à la moitié des sommes effectivement versées par la société. Il ne peut être utilisé que dans la mesure où le revenu est compris dans la base de l'impôt sur le revenu dû par le bénéficiaire. Il est reçu en paiement de l'impôt (...)* ». Les calculs auxquels nous nous sommes livrés montrent que les sommes en cause auraient été imposées à un taux un peu inférieur à 30%, certes supérieur

au taux de taxation des plus-values de cession, mais bien inférieur à celui de plus de 50% dont l'administration a fait application pour déterminer le montant du redressement⁴.

3- Le pourvoi nous paraît articuler un moyen qui justifie l'annulation partielle de l'arrêt que vous demande M. Bourdon.

Les juges d'appel ont estimé que l'administration avait démontré que la création de la holding financière visait à rechercher le bénéfice d'une application littérale des textes, notamment ceux prévoyant la taxation au taux de 16% des plus-values de cession et que l'opération dans son ensemble n'avait pu être inspirée par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que les intéressés auraient dû normalement supporter eu égard à leur situation et à leurs activités réelles – on est ici dans la seconde branche de l'abus de droit, la société Sirpac ayant bien une existence légale, l'identité de ses dirigeants étant connue et l'administration n'ayant pas contesté la régularité de la distribution de bénéfices d'Asstec au profit de Sirpac.

Pour parvenir à cette conclusion, la cour s'est fondée sur un faisceau d'indices qui nous paraît doublement problématique, les motifs qu'elle a retenus traduisant un parti pris qui l'a conduite à disqualifier par principe toutes les explications du contribuable.

Elle a tout d'abord relevé que si M. Bourdon faisait valoir que la création de la holding permettait notamment, outre l'avantage fiscal immédiat dont il ne contestait pas la réalité, une gestion plus aisée, ménageait la possibilité de se prémunir d'un basculement de majorité en cas d'entrée dans le capital de la SA Asstec et permettait de dégager une capacité d'emprunt qui n'aurait pas été celle des associés pris personnellement, il se bornait sur ces points à énoncer des considérations générales et théoriques. Les requérants invoquent ici une dénaturation de leurs écritures. A bon droit selon nous, dans la mesure où leur argumentation d'appel était solide et charpentée : ils avaient clairement exposé les justifications économiques de leur montage et notamment fait valoir que la holding financière avait bénéficié d'un prêt bancaire de 2,5MF nanti par les titres de la société Asstec figurant à son actif, quand ils n'auraient pu eux-mêmes s'endetter à hauteur de la même somme sans subir un risque important sur leurs propres deniers. Ils avaient par ailleurs expliqué les avantages, certes en partie futurs, qu'ils escomptaient de la création de cette holding de participation. Vous pouvez donc faire droit à ce premier moyen, mais nous pensons qu'il est plus intéressant de retenir un moyen de censure du raisonnement d'ensemble de la cour.

⁴ En effet le taux marginal extrême du barème de l'impôt sur le revenu inscrit à l'article 197 du LPF était à l'époque de 54%.

Ce raisonnement, en effet, nous paraît très problématique. Les juges d'appel ont ensuite indiqué que le ministre soutenait, sans être sérieusement contredit, que la holding ne disposait pas des moyens matériels nécessaires à la réalisation des prestations qu'elle avait facturées à Asstec et qu'elle n'avait pas engagé les dépenses de fonctionnement correspondantes. Ils ont ensuite emboîté le pas à l'administration en caractérisant l'absence de substance économique de la holding, qu'ils ont regardée comme l'élément déterminant au soutien de la thèse d'un montage à caractère exclusivement fiscal : pour cela, ils ont relevé qu'il était constant que les seules opérations de la société Sirpac consistaient, outre l'enregistrement des produits tirés de sa participation dans la SA Asstec, en la perception d'un revenu de 19 000F mensuels en rémunération des prestations administratives facturées à cette société, sous le couvert d'une convention d'assistance administrative, et ont disqualifié les arguments du requérant. Celui-ci avait indiqué que Mme Bourdon, précédemment salariée d'Asstec, était désormais salariée de Sirpac, mais la cour y a vu la recherche d'une pure « *apparence* » ; la cour a jugé que l'existence d'une convention de trésorerie entre la holding et sa filiale n'était d'aucun poids dans la mesure où elle n'avait reçu aucun commencement d'exécution, de même que le fait que Sirpac ait pris en 2001, après le début des opérations de contrôle, une participation dans une société baptisée Asstec 2.

Le pourvoi conteste ces motifs sous l'angle de l'insuffisance de motivation, de la dénaturation et de l'erreur de droit. Plus précisément, M. Bourdon choisit trois angles d'attaque.

Le premier nous paraît le plus fécond. Le requérant soutient que la cour n'a pas démontré en quoi la création de Sirpac et la cession des titres, dont il rappelle l'intérêt polymorphe et notamment le fait que le holding portait la dette de rachat, était artificielle et donc correspondait à la recherche d'un but exclusivement fiscal. Cette branche du moyen n'est pas précisément qualifiée, mais elle relève de l'erreur de qualification juridique. C'est en effet un tel contrôle que vous exercez en cassation sur la notion d'abus de droit : voyez vos décisions du **29 décembre 1995, Jomini, p. 467, RJF 2/96 n° 231**, du **21 avril 1997, Avelle, RJF 6/97 n° 598** ou du **29 décembre 2000, Roesch, p. 663, RJF 3/01 n° 310**). Le contrôle ne nous paraît pouvoir qu'être le même sur la notion intermédiaire, sur laquelle s'appuie l'arrêt entrepris comme votre décision **Société Sagal du 18 mai 2005, RJF 8-9/05 n° 910**, de « *montage purement artificiel* ».

Au regard de ce que nous vous avons dit plus tôt de l'intérêt multiforme de l'opération litigieuse, nous pensons que vous devrez faire droit à ce moyen. Il faut bien comprendre en effet que les opérations de LBO, si elles passent par la création d'une holding de rachat qui est le plus souvent, par nature, une « coquille vide », ne peuvent être rapprochées de celle qui avait été mise en œuvre dans l'affaire *société Sagal*. Cette société avait en effet pris des participations dans des holdings luxembourgeois, c'est-à-dire dans des sociétés établies dans

un Etat à la fiscalité plus favorable, dans lequel les dividendes versés ne supportaient aucune imposition et ce à hauteur d'un peu plus de 5% afin de bénéficier du régime mère-fille ; ces holdings étaient des structures *ad hoc* créées dans le seul but de s'interposer entre les placements et les investisseurs et vous avez jugé que ce montage était purement fiscal en soulignant notamment que ces holdings étaient des coquilles vides dont les actifs étaient constitués uniquement de valeurs mobilières et qui ne disposaient d'aucune compétence technique en matière de placements financiers. Mais si nous avons aussi affaire dans la présente affaire à une holding purement financière, celle-ci n'intervient pas dans un montage d'évasion fiscale et n'a pas été créée dans un but exclusivement fiscal puisque les requérants ont mis en évidence les intérêts financiers et économiques de l'opération. Cette différence est attestée par le fait qu'un établissement de crédit a accepté d'engager une somme importante dans l'opération. Ajoutons que, comme le faisait valoir le contribuable en appel, les opérations de LBO sont des opérations de création de valeur et qu'ainsi la revente éventuelle de la société cible est de nature à générer des plus-values dont la taxation compensera pour le Trésor le manque à gagner fiscal initial. Or la jurisprudence considère que le caractère abusif d'un montage doit être apprécié au regard de l'ensemble de ses conséquences fiscales (**CE, 9 décembre 1992, n° 71859, RJF 2/93 n° 207**).

Pour ces mêmes raisons, les décisions que vous avez rendues le **8 octobre dernier, Bazire, Ministre c/ époux Bauchart** et **Ministre c/ consorts Four**, à la **RJF 12/10 n°s 1204, 1205 et 1206**, ne conduisent pas selon nous à reconnaître l'abus de droit dans la présente affaire. Vous avez jugé que le placement en report d'imposition d'une plus-value réalisée par un contribuable lors de l'apport de titres à une société qu'il contrôle et qui a été suivi de leur cession par cette société est constitutif d'un abus de droit s'il s'agit d'un montage ayant pour seule finalité de permettre au contribuable, en interposant une société, de disposer effectivement des liquidités obtenues lors de la cession de ces titres tout en restant détenteur des titres de la société reçus en échange lors de l'apport. Il n'a en revanche pas ce caractère s'il ressort de l'ensemble de l'opération que cette société a, conformément à son objet, effectivement réinvesti le produit de ces cessions dans une activité économique. Dans ces affaires, les contribuables avaient créé des SCI auxquelles ils avaient fait apport de titres qu'ils détenaient dans une première société avant de les faire céder par cette société quelques jours après et de solliciter l'application des dispositions de faveur permettant le report d'imposition des plus-values réalisées. Dès lors que les SCI avaient pris ou cherché à prendre dans les années ayant suivi leur création des participations, elles ne pouvaient être soupçonnées d'avoir servi de simple relais à des fins d'optimisation fiscale ; la solution inverse a prévalu en revanche dans la troisième affaire, faute pour la SCI d'avoir eu aucune autre utilité autre que fiscale.

La société Sirpac a, elle, indéniablement une utilité économique, celle de porter l'emprunt qui permet le rachat d'Asstec. Cet emprunt est la clé : dès lors qu'une banque a accepté de

l'accorder, la raison d'être économique de la holding de participation n'est selon nous pas contestable, l'opération ne s'étant pas déroulée en « circuit fermé ».

Quant aux autres indices retenus par la cour, ils ne nous paraissent pas non plus conduire à la qualification d'abus de droit. Comme le souligne M. Bourdon, le fait que la convention de trésorerie n'ait pas été exécutée signifie seulement que le besoin ne s'en est pas manifesté. Le recrutement par Sirpac de Mme Bourdon n'est pas douteux par principe, et il n'est pas contesté qu'elle était précédemment salariée d'Asstec. Enfin, la prise d'une participation dans la société Asstec II en 2001, après l'engagement du contrôle, est présentée comme une manœuvre des dirigeants de Sirpac afin de montrer que leur société avait une substance économique minimum, mais, en-dehors de cet indice chronologique, l'administration n'a apporté aucun élément conduisant à regarder cette opération comme dénuée de sens économique. Au contraire, les pièces présentes au dossier des juges du fond montrent que cette société est indépendante de M. Bourdon et Mir et que Sirpac a pu y prendre une participation en 2001 après deux tentatives infructueuses en 2000, antérieures à l'engagement des contrôles.

Indiquons pour finir que vous pourriez encore être tentés de faire droit à un autre aspect de l'argumentation de M. Bourdon selon lequel la cour, en déduisant du seul caractère financier de la société Sirpac la finalité purement fiscale de sa création et de la cession à son profit des titres de la société Asstec a appliqué un régime de présomption de fraude, puisqu'elle a estimé qu'il appartenait au contribuable de combattre cette position de principe. Ce faisant, elle aurait commis une erreur de droit, la charge de la preuve pesant sur l'administration et aucune présomption ne pouvant avoir cours. Mais le terrain de censure précédent nous paraît préférable dans la mesure où l'erreur principale de la cour a été de juger que le but exclusivement fiscal de l'opération était démontré par le fait que la holding était une « coquille vide » dont le seul objet était de détenir une participation.

Nous vous invitons donc à annuler l'arrêt en tant qu'il n'a pas entièrement fait droit aux conclusions de la requête des époux Bourdon. Vous pourrez garder l'affaire pour la régler au fond dans cette mesure : pour les raisons que nous avons exposées précédemment, vous jugerez que l'administration n'apporte pas la preuve de ce que l'opération litigieuse correspondait à la poursuite d'un but purement fiscal. Il vous suffit seulement ici de constater que l'administration ne prouve pas l'inanité des motifs autres que fiscaux mis en avant à tous les stades de la procédure par les requérants, sans qu'il y ait lieu de mettre ces motifs en balance avec les autres arguments de l'administration. Vous déchargerez alors les requérants des cotisations supplémentaires qui étaient en litige devant vous et vous pourrez mettre à la charge de l'Etat la somme globale de 5000€ au titre de leurs frais d'instance, sachant qu'ils ont demandé 3000€ en première instance, en appel et en cassation.

Et, par ces motifs, nous concluons à l'annulation de l'article 4 de l'arrêt attaqué et du jugement du 23 novembre 2006 du tribunal administratif de Nantes, à la décharge des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu, des cotisations sociales et des pénalités restant à la charge des époux Bourdon au titre des années 1998 et 1999 et à ce que soit mise à la charge de l'Etat la somme de 5000€ au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.