

QUEL EST L'AVENIR de L'ABUS de DROIT ?

(à propos de l'affaire des coquillards)

Par OLIVIER FOUQUET

Président de Section (h) au Conseil d'Etat

09.13 v2

La modification envisagée par le sénat de l'un des critères de l'abus de droit figurant à l'article L 64 paraît si contraire à la sécurité juridique (le groupe de travail sur la sécurité juridique que j'ai présidé en 2008 l'avait expressément écartée – voir le rapport sur le site de la Documentation française ; voir également les observations de notre collègue Jérôme Turot à Dr. fisc. 37/13 comm.394) qu'on peut légitimement s'interroger sur le bénéfice qui en serait véritablement retiré. Si la modification est adoptée, il sera intéressant de voir l'analyse qu'en fera le Conseil constitutionnel au regard du principe de sécurité juridique.

[Le rapport Fouquet : Accroître la sécurité juridique en matière fiscale 2008](#)

Conseil d'État, 9ème et 10ème sous-sections réunies, 17/07/2013, 360706, n

1) Le législateur avait en 2011 et 2012 sifflé, pour l'avenir, la fin de partie aux coquillards pour leurs montages de coquilles. [Par sa décision CE 17 juillet 2013 n°360706 min. c/ Sarl Choiseul Holding](#), rendue aux excellentes conclusions du rapporteur public **Frédéric Aladjidi**, le Conseil d'Etat vient de leur signifier, pour le passé et de façon nécessairement rétroactive, la même fin de partie.

La solution est intéressante à la fois sur le terrain de l'interprétation du régime mère-fille et sur celui de l'abus de droit. L'administration et les juridictions avaient, en effet, hésité sur la façon d'analyser juridiquement les montages des coquillards.

Le montage litigieux

Le montage en cause dans cette affaire était des plus simples. Les actionnaires d'une société A, devenue le plus souvent patrimoniale, souhaitent la liquider, mais sans être imposés sur le boni de liquidation. Ils liquident tous les actifs immobiliers et mobiliers de la société A. Cette société qui n'a plus comme actif que du « cash » et en général plus aucun passif est devenue ce que l'on appelle une « coquille ». Une société B, contrôlée par le « coquillard », propose aux associés de la société A de leur racheter leurs actions aux prix de l'actif net diminué d'une légère commission (de l'ordre de 2 à 3%). Les associés cèdent leurs actions en n'acquittant l'impôt que sur leur plus-value (régime bénéficiant à l'époque d'une fiscalité beaucoup moins lourde que celle applicable au boni de liquidation). La société B du coquillard devenue la société mère de la société A se fait distribuer par celle-ci la totalité du

cash. Cette distribution bénéficie d'une exonération d'impôt entre les mains de la société B bénéficiaire, en application du régime mère-fille prévu par l'article 145 du CGI, sous réserve d'une quote-part de frais de 5%. Puis à la clôture de son bilan, la société B qui a inscrit les titres possédés dans la société A dans un compte de titres de placement, passe une provision pour dépréciation à 99% de sa participation dans la société A (qui n'a plus d'actif après la distribution massive), déductible de l'impôt puisqu'elle correspond à une moins-value à court terme. Enfin, le coquillard fait absorber la société A par une autre société qu'il contrôle.

Au final, en supposant que l'actif de la société A était de 100, la société B a racheté celle-ci pour 98. Elle a reçu 100 de distribution dont 95% non imposable. Elle a déduit de l'assiette de son impôt une provision de 99 (100 X 99%), en réalisant une économie d'impôt sur les sociétés de 33.

On constate que dans ce montage, le coquillard retire l'essentiel de son bénéfice dans l'opération de la déduction par la société B de la provision pour dépréciation (33) dont il faut déduire l'imposition de la distribution (5), et non de la commission versée à la société B par les vendeurs de la société A (2 seulement) qui est l'avantage économique apparent invoqué par le coquillard pour justifier que son opération ne poursuit pas un but exclusivement fiscal.

2) [Par son arrêt du 29/07/2011 n°09PA01219, Sté des Ets Bellaby](#) (DF 47/11 c. 603, concl. et note ; RJF 2/12 n°152), la CAA de Paris avait jugé que **l'administration ne pouvait pas remettre en cause, au titre de l'abus de droit, le régime mère-fille dans le cas d'opérations successives d'acquisition** par une société d'une autre société ayant rendu liquides ses actifs, puis de distribution sous forme de dividendes de l'actif liquide de la filiale et enfin de constitution d'une provision pour dépréciation des titres de la filiale (déductible du résultat).

Pour la cour, la distribution massive n'était rien de plus que la distribution d'un boni de liquidation dont on sait qu'il est éligible au régime mère-fille. Mais l'arrêt avait réservé expressément la question de la qualification des titres de la filiale (valeurs mobilières de placement, solution retenue par le contribuable, justifiant une moins-value à court terme ou titres de participation justifiant seulement une moins-value à long terme) et celle de la validité de la constitution d'une provision.

Cette réserve de l'arrêt de la CAA pouvait paraître correspondre à une analyse raisonnable de la réalité de l'opération. L'abus de droit, s'il est établi, conduit à écarter l'apparence des actes passés par le contribuable pour leur substituer l'opération réelle. La réalité, pour la CAA, était celle d'une transmission universelle de patrimoine réalisé économiquement dans un premier temps, avant de l'être juridiquement plus tard. La remontée de l'actif liquide de la filiale sous le régime mère-fille ne pouvait pas être regardée comme abusive, car elle était conforme à

l'objet de la loi. Elle pouvait, en effet, être assimilée à la distribution d'un boni de liquidation. En revanche, la constitution simultanée d'une provision déductible du résultat pour dépréciation des titres de la filiale, du seul fait de la distribution sous le régime mère-fille, était probablement abusive, si l'administration établissait que le contribuable poursuivait un but exclusivement fiscal.

Cette analyse pouvait sembler d'autant plus raisonnable que la directive mère-fille autorise les Etats membres à interdire la déduction de la dépréciation des titres résultant de la distribution. D'ailleurs, désormais, le dispositif de l'article 11 de la LF n°2010-1657 du 29/12/2011, complété par [l'article 16 de la deuxième loi de finances rectificative pour 2012 cliquer](#) droit. fisc. 36/13 comm. 398) interdit désormais le cumul de l'exonération des dividendes reçus d'une filiale (régime mère-fille) et de la déduction, au titre de l'exercice d'échange ou de cession des titres (absorption de la filiale distributrice par une société tierce, fusion), d'une perte résultant de la dépréciation des titres de la filiale compte tenu des distributions intervenues auparavant. Cette approche du législateur ne confortait-elle pas la solution de la CAA ? On aurait pu déduire de la loi que le législateur a regardé comme abusif non la distribution sous le régime mère-fille, mais la constatation d'une moins-value à court terme née de la dépréciation des titres de la filiale du fait de la distribution de la quasi-totalité de son actif rendu liquide. Cela est si vrai que dans les redressements auxquels ont donné lieu ces opérations, l'administration, si elle a repris, comme dans l'affaire Choiseul Holding, l'exonération de la distribution, a également, dans d'autres affaires, choisi alternativement de reprendre la provision pour dépréciation.

3) Le Conseil d'Etat pouvait-il confirmer en cassation la solution de la CAA ? En droit, ce n'était pas totalement impossible. En effet le raisonnement de la CAA sur le régime mère-fille pouvait paraître orthodoxe au regard de l'esprit de la loi, dans la mesure où l'article 9 de la loi de finances pour 2001 avait supprimé presque toutes les restrictions antérieures à l'application du régime mère-fille. On pouvait, par analogie, se référer à la jurisprudence sur le détachement de coupons CE 7/09/2009 n°305586, SA Axa : RJF 12/09 n°1138, concl. L. Olléon BDCF 12/09 n°142, obs. O. Fouquet DF 39/09 act. 287 dans la mesure où il s'agit d'un régime visant à éliminer la double imposition. Dans les deux cas, le contribuable n'aurait pas méconnu l'esprit de la loi qui a eu pour objectif d'éliminer la double imposition.

Toutefois, confronté à un tel montage où l'essentiel du bénéfice retiré par le coquillard résultait d'une perte de recettes pour le Trésor, il était quand même difficile pour le Conseil d'Etat de ne pas le sanctionner. Trop c'est trop. L'abus de droit était certain. L'ensemble du montage n'était-il pas contaminé ?

Dans un cas aussi particulier que celui dont elle est saisie, la Haute juridiction a sauvé la position de l'administration par de l'archéologie juridique. Il était à notre avis difficile de déduire de l'article 145, relatif au régime mère-fille, dans le dernier

état de sa rédaction, simplissime, que ce régime impliquait nécessairement l'exercice par la mère d'un pouvoir durable ou d'une influence durable sur la gestion de la filiale.

Pour le vérifier, le Conseil d'Etat est remonté aux sources, c'est-à-dire jusqu'à l'article de la loi du 31 juillet 1920 qui a institué le régime mère-fille.

Les travaux préparatoires de cette loi sont sans ambiguïté. L'objectif de l'article 27 de la loi du 31 juillet 1920 portant fixation du budget général de l'exercice 1920 était « *l'expansion économique du pays* » par l'encouragement de sociétés mères omnium qui « *créent des filiales dont elles gardent les titres dans leur portefeuille* » et qui « *rendent possibles des ententes entre sociétés pour favoriser leur développement commun* » (*Rapporteur général Dumont devant la Chambre des députés*), une telle « *création de réseaux de sociétés filiales (...) actuellement entravée par suite de notre régime fiscal* » devant exclure « *les titres que des sociétés peuvent acheter sur le marché en emploi de leurs fonds disponibles ou dans un simple but de spéculation* » (*Rapport de Paul Doumer au Sénat*).

Les travaux préparatoires de la *loi n°65-566 du 12 juillet 1965* qui crée l'avoir fiscal, vont également en ce sens. La loi modifie, en effet, le régime des « *sociétés mères* » avec une volonté affichée, notamment, de « *faire disparaître les obstacles qui s'opposent à la rénovation des structures industrielles et commerciales* » (*exposé des motifs*) et parmi les objectifs, celui de « *favoriser les regroupements d'entreprises pour accroître la taille moyenne des entreprises françaises et développer la compétitivité de notre économie en réformant le régime des plus-values, des fusions, des liquidations et le régime fiscal des groupes* » (cf. **rapporteur général Vallon devant l'AN** qui compare déjà la France à l'Allemagne pour ce qui est de la taille des entreprises)

Or dans le cas d'espèce, le rachat d'une société ayant liquidé tous ses actifs, suivi de la distribution massive des liquidités, laisse-t-il subsister encore, postérieurement à la distribution, un pouvoir réel sur la gestion de la filiale dès lors que celle-ci est devenue une coquille vide ? Dans le même esprit, la durée de détention d'au moins deux ans est-elle respectée lorsque la détention porte sur les titres d'une coquille vide, c'est-à-dire dépourvue de substance économique (CE 18 mai 2005 n°267087, *min. c/ Sté Sagal*, RJF 8-9/2005 n°910, obs. O. Fouquet *Rev. adm.* 9/05 p. 482 et RJF 5/06 p. 383) ?

Ce travail d'archéologie juridique supposait quand même d'admettre que l'esprit d'origine de la loi du 31 juillet 1920 avait subsisté jusque dans la rédaction de l'article 145 issu de l'article 9 de la loi de finances pour 2001 qui avait supprimé une bonne partie des contraintes antérieures.

Le Conseil d'Etat a franchi le pas en jugeant qu'il résultait des travaux préparatoires des textes successifs 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 ». Dès lors, « 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 ».

Une fois jugé que le montage n'était pas conforme aux objectifs poursuivis par les auteurs du texte, il ne faisait t aucun doute, comme nous l'avons vu que le but poursuivi était exclusivement fiscal et que l'abus de droit était constitué.

4) Il reste alors l'intéressante question de savoir comment le Conseil d'Etat raisonnera lorsqu'il sera saisi prochainement de dossiers où le redressement de l'administration est fondé non sur le refus de l'exonération de la distribution, mais sur celui de la déductibilité de la provision pour dépréciation. La principale question est celle de savoir si l'administration pourrait opposer la compensation alors qu'elle a fondé ses redressements sur un motif différent.

Quant au principe de la compensation, la réponse est affirmative puisque c'est l'objet même de la compensation. La compensation a pour objet de compenser les dégrèvements reconnus justifiés par la correction des insuffisances ou omissions d'assiette constatées non seulement au cours de l'instruction de la réclamation, mais également au cours de la procédure juridictionnelle, tant en première instance qu'en appel. La compensation, à la différence de la substitution de base I égale, n'est subordonnée à aucune condition de procédure.

Toutefois pour que l'administration puisse opposer la compensation, il faut que le juge admette que celle-ci, en rejetant le régime mère-fille plutôt que la provision, ne peut pas pour autant être regardée comme ayant délibérément renoncé à reprendre la provision.

Le Conseil d'Etat juge, en effet, en application de l'article L 203 du LPF, que lorsque l'administration a délibérément renoncé à un chef de redressement au cours de la procédure de redressement, elle ne peut plus revenir en arrière par la voie de la compensation. L'insuffisance d'imposition, dans ce cas, n'a pas été révélée par l'instruction de la demande contentieuse.

Les choses sont claires lorsque l'administration s'est délibérément abstenue d'imposer une matière imposable, quels que soient les motifs de cette abstention : TVA due sur la vente d'un fonds de commerce (CE 28/06/1991 n°63066, plén., Blumet et fils : RJF 8-9/11 n°1073, concl. J. Arrighi de Casanova DF42/91 c.2004),

plus-value redressée mais sans mise en recouvrement (CE 5 /01/1994 n°62737, Vajou : RJF 3/94 n°311). En revanche l'administration peut demander la compensation entre une plus-value imposée à tort au nom du contribuable et une plus-value que celui-ci a omis de déclarer (CE 8/10/2010 n°301934, Bazire : RJF 12/10 n°1204).

Les choses sont moins claires lorsque, selon la formule du rapporteur public L. Olléon, l'administration « a choisi le mauvais terrain pour fonder le redressement ». Il s'agit de l'affaire CE 18/05/2009 n°307711, m. c/ Sté SAEM Rheims Développement : RJF 8-9/09 n° 769, concl. L. Olléon BDCF 8-9/09 n°18. La cession d'un terrain entré dans le champ de la TVA, même faite à une collectivité territoriale, est passible de la TVA. Toutefois la doctrine administrative admet par tolérance, et contrairement à la loi, d'exonérer la cession à la condition nécessaire que le vendeur ne déduise pas la TVA qu'il a supportée sur les travaux qu'il a réalisés sur le terrain. En l'espèce, la collectivité acheteuse avait demandé que la vente soit placée sous le régime d'exonération doctrinale, mais le vendeur avait néanmoins déduit la TVA qu'il avait supportée sur les travaux qu'il avait réalisés. Qu'aurait dû faire le service vérificateur ? Il aurait dû écarter l'application de la doctrine puisque la condition qu'elle posait n'était pas remplie, assujettir la vente à la TVA sur le terrain de la loi et réclamer cette TVA au vendeur. Le service a pris le problème à l'envers et a contesté les droits à déduction du vendeur. Or, il ne pouvait pas fonder l'imposition sur une doctrine illégale. Devant le Conseil d'Etat, statuant comme juge d'appel après annulation de l'arrêt de la CAA, le ministre a demandé la compensation entre la déduction de la TVA rejetée à tort et la non-imposition de la vente à la TVA. Le Conseil d'Etat a refusé au motif que « le non-assujettissement de la cession doit être regardé comme résultant d'une volonté délibérée de l'administration exprimée antérieurement à la réclamation ».

La question est de savoir si le cas de figure des coquillards entre dans les prévisions de cette jurisprudence.

Dans les deux cas, il s'agit d'une matière distincte (TVA sur la cession et droits à déduction ; régime mère-fille et provision pour dépréciation).

Néanmoins, dans les deux cas, il s'agit de deux matières étroitement et logiquement liées, mais alternatives : c'est soit l'assiette des dividendes, soit celle de la provision, de même que dans le précédent c'était soit l'assujettissement de la cession du terrain à la TVA, soit le rejet des droits à déduction.

Bien que le cas de figure de l'espèce ne soit pas expressément tranché par la jurisprudence, il n'est pas exclu que le Conseil d'Etat considère que l'administration s'est délibérément abstenue d'imposer la distribution au cours de la procédure de redressement. La compensation ne serait pas alors possible.

5) L'administration peut-elle se rattraper sur le terrain de la demande de substitution de base légale ? A priori, il ne peut y avoir substitution de base légale puisque l'imposition est fondée sur le même article L 64 du LPF. Mais il s'agit d'une base légale si particulière qu'une imagination créatrice du juge est toujours possible. Le fonds du problème est qu'on imagine mal le Conseil d'Etat sanctionner le montage lorsque le redressement porte sur le régime mère-fille, et ne pas le sanctionner lorsque le redressement porte sur les provisions pour dépréciation de titres. Là encore il y a des limites au déraisonnable. Mais la question, dans son principe, est considérable, car, en dehors du cas d'espèce, il arrive à l'administration de s'attaquer successivement, au nom de l'abus de droit, à des maillons différents du montage en revenant sur son choix initial. Les pronostics sont ouverts.

6) Pour terminer, une dernière question. Est-il devenu impossible de reprendre une société dont une partie importante de l'actif est constitué de cash et de distribuer celui-ci ? Là encore, il faut rester dans les limites du raisonnable. Si la société reprise continue d'exercer son activité, on voit mal où serait la méconnaissance de l'esprit des auteurs du régime mère-fille. Le Comité de l'abus de droit s'est expressément prononcé en ce sens dans son avis rendu en 2008 dans [l'affaire 2008-18.page 26](#)

7) On constatera néanmoins que le remplacement, envisagé au Parlement, dans l'article L 64 du LPF, comme l'un des deux critères de l'abus de droit, du but exclusivement fiscal par le but « principalement » fiscal pourrait brouiller les cartes.

D'un côté, on relèvera que dans l'affaire Choiseul Holding , le Conseil d'Etat, faisant la balance entre l'avantage fiscal et l'avantage économique très inférieur (commission versée par les actionnaires de la société rachetée) obtenu par le coquillard, en a déduit en l'espèce sans hésitation que le contribuable avait poursuivi un but exclusivement fiscal, même s'il existait par ailleurs un avantage économique : ce qui démontre que le Conseil d'Etat n'a pas une interprétation mécanique du but exclusivement fiscal.

D'un autre côté comment savoir dans une affaire comme celle ayant fait l'objet de l'avis n° 2008-18 du comité de l'abus de droit si une « distribution n'ayant porté que sur une partie des actifs de la société » ne poursuivait pas un but principalement fiscal ? quelle serait la partie des actifs distribuables sans abus de droit ?

A l'heure où chacun s'accorde, y compris les autorités gouvernementales, à souligner l'importance de la sécurité juridique pour encourager l'investissement, particulièrement étranger, on peut s'étonner d'une telle initiative. **D'autant plus que le motif invoqué à l'appui de cette réforme est inexact.** Il est soutenu que la CJUE fonderait ses critères de la fraude à la loi sur l'existence d'un but « essentiellement » fiscal. Mais l'arrêt fondateur de la CJUE sur la fraude à la loi qui concerne toutes les matières, notamment celle des aides communautaires, relève

que la fraude implique que les opérations critiquées soient réalisées « dans le seul but » de bénéficier abusivement des avantages prévus par le droit communautaire : CJCE 14 décembre 1980 aff. 110/99 Emsland-Stärke (Rec. I-11569) : voir O. Fouquet « l'interprétation française et l'interprétation européenne de l'abus de droit », RJF 5/06 p.383, et « Fraude à la loi et abus de droit » (points 18-20), Dr. fisc. 47/2006 étude 65. Si dans l'application de ce principe à la jurisprudence fiscale, il y a eu certaines divergences de formulation entre formations de jugement (voir O. Fouquet « Abus de droit en matière de TVA : Dr. fisc. 24/2005 act.184), le raisonnement effectivement suivi, par rapport aux faits des espèces en cause, ne nous paraît pas s'écarter de l'interprétation originelle et générale de la Cour.

Au demeurant, est-il totalement certain qu'un changement de texte obligerait le juge à infléchir sa jurisprudence qui d'ailleurs admet l'abus de droit de façon plutôt raisonnable que restrictive ? L'abus de droit fiscal n'est que rien de plus que la version fiscale de la fraude à la loi. On rappellera que le texte actuel de l'article L 64 du LPF n'est que la recopie pure et simple des motifs de la jurisprudence Janfin (O. Fouquet « fraude à la loi et abus de droit » : Dr. fisc. 47/06 étude 65). Il ne serait donc pas exclu qu'en cas de modification du texte de l'article L 64, le juge continue de raisonner, au moins pour les impôts communautaires, conformément aux principes qui régissent la fraude à la loi civiliste et communautaire. Le législateur n'en serait pas à son premier coup d'épée dans l'eau : voir l'article L 80 CA du LPF sur les vices non substantiels (CE sect. 8 février 1991 n°61093, Cie William Gillet : RJF 3/91 n°359, concl. O. Fouquet p. 156 ; CE sect. 8 février 1991 n°61025 Association CNAI : RJF 3/91 n°360, concl. J. Arrighi de Casanova Dr. fisc. 1991 comm. 490).

Cette éventualité peut d'autant moins être écartée que le Conseil d'Etat n'exerce pas de contrôle en cassation sur la notion de « principal » qui renvoie à celle d'« d'importance » : en raison de son caractère relatif, il laisse le soin aux juges du fond d'apprécier souverainement les circonstances de pur fait qui caractérisent l'importance.

C'est ainsi que, s'agissant de la notion d'établissement industriel au sens de la fiscalité locale, il laisse aux juges du fond le soin d'apprécier souverainement « l'importance des moyens techniques utilisés par le contribuable » : CE 15 décembre 2010 n° 309678 et n°322963, Sté les Carrières du Boulonnais (2 espèces), RJF 3/11 n°319, concl. N. Escaut BDCF 3/11 n°34. On pourrait dès lors imaginer que deux associés de la même société, résidant l'un à Marseille, l'autre à Bordeaux, soient traités différemment, la première cour administrative d'appel déchargeant le premier du principal et de la sanction de 80%, tandis que la seconde les maintiendrait à la charge du second. Le Conseil d'Etat ne pouvant harmoniser la solution en cassation, les contribuables saisiraient la Cour européenne des droits de l'homme qui aurait quelque mal à avaler la pilule. On voit bien qu'il manque au mot « principal » l'énonciation de critères à fixer par le législateur pour en préciser

suffisamment la portée et qui seraient susceptibles de faire l'objet d'un contrôle en cassation

En conclusion, la modification envisagée de l'un des critères de l'abus de droit figurant à l'article L 64 paraît si contraire à la sécurité juridique (le groupe de travail sur la sécurité juridique que j'ai présidé en 2008 l'avait expressément écartée – voir le rapport sur le site de la Documentation française ; voir également les observations de notre collègue Jérôme Turot à Dr. fisc. 37/13 comm.394) qu'on peut légitimement s'interroger sur le bénéfice qui en serait véritablement retiré. Si la modification est adoptée telle quelle, il sera intéressant de voir l'analyse qu'en fera le Conseil constitutionnel au regard du principe de sécurité juridique, de l'incompétence négative du législateur et de l'égalité devant l'impôt. L'abus de droit à Bordeaux peut-il être différent de l'abus de droit à Marseille ?

Olivier Fouquet septembre 2013