

N° 470038 - M. A D...
N° 470039 – M. P D...

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies

Séance du 20 novembre 2023
Lecture du 12 décembre 2023

CONCLUSIONS

Mme Céline GUIBE, Rapporteuse publique

M. C... estimait, malicieusement, que l'abus de droit est le châtiment des surdoués de la fiscalité¹. Faut-il ranger, dans la catégorie des sous-doués à l'encontre desquels cette arme n'a pas vocation à être utilisée, le contribuable ayant échafaudé un montage artificiel lui permettant d'échapper à l'impôt, sans, toutefois, être suffisamment habile pour identifier l'existence d'une autre voie, licite, qui lui aurait permis d'obtenir le même résultat ?

Cette question vous est posée à l'occasion d'un litige portant sur la mise en place d'un montage « aussi complexe qu'inutile » selon les mots mêmes des requérants, qui leur a permis d'appréhender, en franchise d'impôt, les importantes liquidités d'une société qui n'avait plus d'activité opérationnelle.

A la mort de leur père en décembre 2006, MM. Aymeric et Pierre-André D... ont hérité, chacun pour moitié, des titres de la société Fidem, qui détenait, outre des biens immobiliers, des participations dans trois sociétés actives dans le secteur du jardin, des aménagements extérieurs et de l'art de vivre. Ces titres ont été déclarés pour une valeur de 4,85 M€ et les deux frères ont acquitté les droits de succession au taux de 40%, soit 1,9 M€.

Au cours des années suivantes, la société Fidem a cédé ses participations, de sorte qu'elle s'est trouvée, à la fin de l'année 2009 à la tête d'une importante trésorerie. A la même époque, le 31 mars 2009, les deux frères ont apporté leurs titres à la société de droit luxembourgeois Holdem, créée pour l'occasion, et dont ils détenaient le capital pour moitié chacun. Les titres apportés ont été valorisés à hauteur de 7 M €. Compte tenu de leur prix de revient fiscal élevé, l'opération n'a dégagé, pour les intéressés, qu'une faible plus-value d'apport placée en report d'imposition.

Au cours des années 2009 à 2011, la société Fidem a opéré d'importantes distributions au profit de son unique actionnaire luxembourgeoise, à hauteur, environ, de 3,5 M€ en 2009, 414.000 € en 2010 et 224.000 € en 2011. Elle a ensuite procédé à une réduction de son capital

¹ M. C..., Les grands principes de la fiscalité des entreprises : Litec, 4e éd. 1999, p. 22.

à hauteur des deux tiers, via une réduction de la valeur nominale des titres, opération qui a dégagé la somme de 1,9 M € versée à la société Holdem. Ces distributions n'ont donné lieu à aucune imposition en France, la société Fidem estimant remplir les conditions de l'exonération prévue par l'article 119 *ter* du CGI en faveur des distributions intra-européennes.

La société Holdem a, au cours des années 2011 et 2013, consenti à ses deux actionnaires, des prêts à hauteur de 1,2 M€ chacun. Et elle a procédé, en 2012, à une réduction de 10% de son capital, par annulation d'actions, pour un montant de 712.000 €, puis, en 2015, à une réduction de 80% de son capital, toujours par annulation d'actions, pour un montant de 5,7 M €. A la fin de ces opérations, chacun des frères avait appréhendé, en tout, une somme de 3,2 M €.

L'administration fiscale a procédé au contrôle du dossier fiscal des intéressés au titre des années 2009 à 2011, à l'issue duquel elle a estimé que la création de la société Holdem répondait à un but exclusivement fiscal, à savoir, permettre aux deux frères de disposer, en franchise d'impôt, des distributions opérées par la société française Fidem. Faisant application des dispositions de l'article L. 64 du LPF, elle a, en conséquence, écarté les effets de l'interposition artificielle de la société luxembourgeoise pour imposer les sommes correspondantes directement entre les mains des deux frères, dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers.

Les intéressés ont saisi le Comité de l'abus de droit fiscal, qui a émis un avis favorable à l'administration². Ils ont ensuite porté le litige successivement devant le tribunal administratif de Lyon puis devant la cour administrative d'appel du même lieu. Alors que Pierre-André Deumaugé-Bost voyait ses prétentions rejetées, s'agissant des impositions découlant de ce chef de rectification, Aymeric D... a obtenu une décharge partielle, à raison d'une irrégularité de procédure, s'agissant des années 2009 et 2010.

Les deux frères vous demandent, chacun pour ce qui les concerne, d'annuler les arrêts de la cour de Lyon, en tant qu'ils ont laissé à leur charge tout ou partie des impositions établies sur le fondement de l'article L. 64 du LPF.

Devant les juges du fond, les contribuables soutenaient qu'ils auraient pu, alternativement à l'apport des titres de la société Fidem à la société luxembourgeoise, procéder à leur cession à un tiers, qui n'aurait dégagé qu'une faible plus-value, compte tenu de leur prix de revient élevé, ou qu'ils auraient également pu appréhender la trésorerie de la société française via un rachat de ses titres par la société, suivi de leur annulation, qui n'aurait pas non plus dégagé de revenu taxable puisque l'article 161 du CGI alors applicable prévoyait, dans une telle hypothèse, qu'était seul imposé l'excédent de remboursement des droits rachetés sur le prix d'acquisition de ces droits dans le cas où ce dernier était supérieur à l'apport. La cour a écarté cette argumentation en la jugeant sans incidence sur l'existence et la remise en cause du montage artificiel en litige.

Cette solution d'inopérance concentre les critiques du pourvoi.

² Avis n° 2014-08 et n° 2016-34 du 22 mars 2017.

Les requérants invoquent, principalement, l'erreur de droit.

Contrairement à ce qu'ils soutiennent, la solution n'est pas commandée par votre jurisprudence, bien qu'elle ait déjà eu l'occasion d'effleurer la question.

Vous le savez, l'abus de droit ne peut être reconnu qu'en présence d'un gain fiscal. Selon la formule consacrée par votre décision *SELARL Pharmacie des Chalonges* du 5 mars 2007 (n° 284.457, au rec., RJF 5/07 n° 600), même lorsque le contribuable passe un acte dans l'unique but d'atténuer ses charges fiscales, celui-ci ne peut pas constituer un abus de droit lorsque la charge fiscale de l'intéressé ne se trouve en réalité pas modifiée par cet acte.

Toute la difficulté réside dans le choix des termes de comparaison utilisés pour apprécier l'existence d'un tel gain.

Les configurations dans lesquelles vous avez écarté l'abus de droit correspondent à celles d'opérations ne produisant pas, ou très peu, d'économie d'impôt, soit parce que le montage génère une imposition que son concepteur n'avait pas prévue, soit parce que le contribuable n'aurait, de toute façon, pas été imposé s'il n'avait pas passé les actes en cause.

Le précédent *Pharmacie des Chalonges* concernait une pharmacienne qui avait rectifié la valeur d'apport de son officine à une société libérale quelques jours avant que celle-ci ne cède le fonds, dans le seul but de réduire la plus-value à court terme réalisée par la société. L'opération était vaine, puisqu'une telle réévaluation entraînait également une variation d'actif net de la société imposable à l'IS au taux normal. Il n'y avait donc pas lieu, pour l'administration, d'écarter l'acte passé par le contribuable afin d'établir l'imposition.

Dans l'affaire *R...* (9 décembre 1992 n° 71859, RJF 2/93 n° 207), qui a inspiré cette solution, l'existence d'un abus a été écartée au vu du constat que le montage mis en place par un promoteur immobilier pour échapper au paiement de la TVA, et consistant à interposer, entre l'achat d'un terrain et sa revente à un tiers après l'édification d'une villa, une cession fictive à sa compagne et la constitution d'une SCI, n'avait, en réalité, que faiblement fait varier le montant de la taxe dont il aurait dû s'acquitter s'il n'avait pas réalisé les opérations intercalaires contestées.

Mentionnons également, dans la même veine, la décision du 24 juillet 2019, *Van Hoven* (n° 411382, RJF 11/19 n° 1065), à propos de l'interposition artificielle d'une société luxembourgeoise dans une opération de prêt consentie par une société française à son associée, qui relève, pour écarter l'abus de droit, que les avances n'auraient, si elles avaient été consenties directement à l'associée, pas donné lieu à imposition à l'IR entre les mains de cette dernière.

Dans ces précédents, la comparaison à laquelle il est procédé pour conclure à l'absence de gain fiscal s'opère, d'une part, entre le bilan fiscal résultant des opérations litigieuses et, d'autre part, le bilan fiscal qui aurait été constaté si le contribuable s'était, purement et simplement, abstenu d'effectuer ces opérations.

Est-il cependant possible de proposer un autre terme de comparaison, consistant à imaginer d'autres actes, réguliers, que le contribuable aurait pu passer pour obtenir le même résultat, sur le plan fiscal comme sur le plan économique ?

Les requérants soutiennent que vous vous êtes déjà engagés dans cette voie dans la décision *min. c/ T...* du 10 juillet 2007 (n° 294537, RJF 11/07, n° 1297). Dans cette affaire, le contribuable, qui détenait l'intégralité du capital d'une SA, avait créé une SARL pour absorber cette société anonyme et sa filiale. Alors que la fusion avait été approuvée avec effet rétroactif, le contribuable avait, dans la période intercalaire, cédé une partie des titres de la société anonyme à la SARL nouvellement constituée, dégageant une plus-value imposable à l'IR au taux proportionnel. L'administration avait estimé que cette cession dissimulait une distribution de bénéfices imposables au barème dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers. Pour écarter l'abus de droit, vous avez, à la suite de la cour d'appel, comparé le bilan fiscal de l'opération contestée avec celui qui aurait été constaté dans l'hypothèse d'une soulte en numéraire, dont le versement aurait pu être prévu par le traité de fusion, et qui aurait donné lieu à une imposition selon le régime des plus-values.

Dans ses conclusions, le président Collin indiquait que, dans le cadre du raisonnement hypothétique auquel doit procéder le juge, « rien n'interdit au contribuable de plaider qu'il avait à sa disposition un chemin fiscal autre que celui contesté par l'administration qui conduisait à un résultat fiscal égal ou proche », le contribuable n'étant « pas enfermé dans une alternative entre les actes contestés, d'une part, et l'inaction, d'autre part ». S'appuyant sur l'approche réaliste, et non formaliste que vous reprenez habituellement en matière d'abus de droit, il soulignait qu'il n'y avait, à la date de la cession, pas d'incertitude sur les conditions dans lesquelles la fusion s'opérerait deux mois plus tard.

On trouve bien, dans ce précédent, une démarche consistant à identifier les actes qui auraient été passés par le contribuable s'il ne s'était pas livré à l'opération litigieuse. Mais cet exercice de « fiscalité-fiction »³ n'est pas de même nature que celui que vous proposez de mener les requérants.

Dans l'affaire *T...*, la détermination du bilan fiscal hypothétique, en l'absence de l'opération contestée, impliquait nécessairement de manier à la fois la gomme, mais aussi, modestement, le crayon, pour corriger, en conséquence, la suite des événements puisque la cession litigieuse s'était traduite, sur le plan économique, par la réduction du nombre et de la valeur globale des titres apportés lors de la fusion approuvée postérieurement. Ces titres n'avaient pas vocation à demeurer dans le patrimoine du contribuable et auraient, à défaut, été échangés contre des titres de la société absorbante. Afin d'obtenir des liquidités équivalentes, le contribuable aurait donc dû, nécessairement, soit s'attribuer une soulte, soit procéder à une distribution de bénéfices concomitante à la fusion, le premier chemin étant le plus réaliste, puisqu'il n'y a aucune raison d'opter pour la voie fiscale la plus onéreuse.

³ Selon l'expression de N. Chayvialle dans ses conclusions sur l'arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles n° 17VE02164, cité *infra*.

Or ce que réclament, ici, les contribuables, ce n'est pas seulement, une fois écarté l'acte contesté, d'en effacer les conséquences mécaniques en retenant, pour ce faire, le scénario le plus vraisemblable. La remise en cause de l'interposition artificielle de la société luxembourgeoise n'a, en effet, par elle-même, aucune incidence sur l'existence des distributions opérées par la société française, mais uniquement sur l'identification de leurs bénéficiaires. Les requérants vous demandent d'aller au-delà pour substituer, *ab initio*, au montage qu'ils ont mis en place un montage juridique différent, correspondant à la liquidation de la société française ou au rachat de ses titres suivi d'une réduction de son capital.

Si cette façon de procéder a pu être envisagée par certains de nos prédécesseurs (concl. A. Iljic sur 12 février 2020, M. et Mme G..., n° 421444 421441, aux tables, RJF 04/20 n° 372), et mise en œuvre par des juges du fond (CAA Versailles, 17 décembre 2019, n° 17VE02164, RJF 5/20 n° 468), vous ne l'avez jamais reprise à votre compte. Nous sommes, pour notre part, fermement convaincue que vous devez vous garder de vous engager dans cette voie.

Pour une raison de texte, tout d'abord. L'article L. 64 du LPF permet en effet à l'administration d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, « *afin d'en restituer le véritable caractère* ». La loi vise les seuls actes passés dans le but de maquiller la réalité et non les actes ayant une consistance économique. Au cas d'espèce, seule l'interposition de la société luxembourgeoise est destinée à brouiller les apparences. En revanche, les distributions opérées par la société française correspondent à un désinvestissement bien réel au profit de ses bénéficiaires effectifs, qui n'a rien d'abusif, et qu'il n'y a donc pas lieu d'écarter.

Sans doute l'article L. 64 du LPF précise-t-il aussi, dans le cas de l'abus par fraude à la loi, que la condition subjective du but exclusivement fiscal doit être appréciée au regard des « *charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles* ». Certains auteurs⁴ ont vu dans ce « *normalement* » l'autorisation d'explorer les voies alternatives crédibles qu'aurait pu emprunter un contribuable raisonnable s'il ne s'était pas livré au montage contesté. Nous n'y décelons pas, pour notre part, la même latitude, l'exercice de reconstitution s'opérant au regard de la situation « *réelle* » du contribuable, ce qui nous semble interdire d'entrer dans une spéculation quant aux chemins qui s'ouvraient à lui, à situation de départ donnée, mais qu'il n'a pas choisi de suivre, pour s'en tenir au seul examen des opérations économiques qu'il a effectivement réalisées et qui ne sont pas remises en cause par l'élimination de l'artifice.

Pour une raison de principe ensuite. Alors que vous avez souvent l'occasion de rappeler à l'administration, en matière d'abus de droit, le principe de non-immixtion dans les choix de gestion opérés par les contribuables (v. réc. 19 juin 2020, K..., n° 418452, aux tables, RJF 10/20 n° 812), il appartient, symétriquement, au contribuable, d'assumer les conséquences des choix qu'il a librement effectués. Nous rejoignons, sur ce point, l'analyse de F. Deboissy⁵ selon laquelle, au justiciable invoquant l'existence d'une voie alternative non frauduleuse, on

⁴ Y. Rutschmann et V. Camatta, Dr. fisc. n° 18, 4 mai 2023, comm. 182, § 16.

⁵ F. Deboissy, Le contribuable peut-il, pour faire obstacle à l'abus de droit, se prévaloir de l'existence d'une voie non abusive permettant de parvenir au même résultat fiscal ? Dr. fisc. n° 23, 4 juin 2020.

ne peut que répondre qu'il était libre d'emprunter celle-ci, opposant au « j'aurais pu », un « vous n'aviez qu'à » ou même « vous auriez dû ».

La troisième raison qui nous détermine est d'ordre pratique. La méthode consistant à explorer les alternatives crédibles au montage risque fort de se révéler une voie sans issue. En effet, il est raisonnable de présumer qu'à résultat équivalent, le contribuable opte spontanément pour le respect de la loi, plutôt que pour la fraude. D'où l'on peut déduire que, s'il choisit la fraude, c'est parce qu'en pesant l'ensemble de leurs avantages et de leurs inconvénients, y compris donc, autres que fiscaux, les deux options ne sont, en réalité, pas équivalentes. Bien entendu, on ne peut exclure entièrement l'hypothèse du contribuable mal avisé, qui n'aurait pas identifié l'existence d'une voie licite, et c'est d'ailleurs ainsi que les requérants présentent les faits de l'espèce. Mais, parce qu'il n'est pas possible de s'assurer que toutes les clés d'analyse leur sont dévoilées par le contribuable, le juge, comme l'administration fiscale, ne seront pas en mesure de distinguer le bon grain de l'ivraie.

Si vous nous suivez, vous écarterez donc ce premier moyen.

Les requérants reprochent ensuite à la cour d'avoir commis une erreur de droit, dénaturé et inexactement qualifié les faits, ou, à tout le moins, insuffisamment motivé son arrêt en s'abstenant, pour apprécier l'existence d'un gain fiscal, d'examiner les opérations réalisées dans leur ensemble, depuis le décès de leur père en 2006 jusqu'au rachat de ses titres par la société Holdem en 2012 et 2015. Un tel examen aurait dû conduire les juges d'appel à restituer aux opérations en cause leur véritable caractère, à savoir non pas celui d'une distribution pérenne de dividendes, mais d'une liquidation de fait de la société Fidem, puis à constater qu'une telle liquidation, ou qu'un rachat de titres équivalent, n'avait pas vocation à conduire à l'imposition d'un boni, compte tenu du prix d'acquisition des titres.

Cette critique reprend, sous une formulation différente, celle du moyen précédent, en ce qu'elle porte sur le choix de la focale, plus ou moins large, qui doit être opéré par l'administration fiscale, et le juge à sa suite, pour apprécier l'existence d'un abus de droit.

Il est exact que, pour apprécier le caractère abusif d'un acte, il convient d'analyser celui-ci dans son contexte, en tenant compte de l'ensemble des opérations réalisées par le contribuable. Mais il n'est pas possible, pour les besoins de cette analyse, de mettre de côté les opérations qui comportent une réelle substance économique, quand bien même le contribuable aurait pu opérer un autre choix de gestion. En l'espèce, il n'est pas possible de requalifier une distribution en liquidation ou en rachat de titres, ces opérations n'emportant pas les mêmes conséquences patrimoniales pour les associés.

Les précédents invoqués par les requérants n'infirmant pas cette analyse. La décision *min. c/ SCI Ram* du 17 novembre 2010 (n° 314291, aux tables, RJF 2/11 n° 206), où était en cause la scission artificielle d'une transaction unique en deux cessions séparées d'un immeuble et d'un bail commercial, censure une cour pour s'être déterminée au regard de l'apparence créée par l'acte de cession de bail, pris isolément, sans prendre en considération l'ensemble des opérations réalisées par le contribuable, qui en révélait la fictivité. N'ont donc été écartés, au terme de l'analyse, que les seuls actes participant de l'opération fictive du contribuable.

Quant à l'affaire K... du 19 juin 2020 (préc.), vous y avez jugé que la justification économique de l'interposition d'une société devait être appréciée en tenant compte de l'ensemble des éléments du montage mis en place par le contribuable. Etait en cause, dans cette affaire, la vérification de la condition subjective de la fraude à la loi tenant à l'existence d'un but exclusivement fiscal, et non l'examen, objectif, de la condition tenant à l'existence d'un gain fiscal découlant du montage mis en place.

Et il n'est pas contesté, en l'espèce, que l'interposition de la société luxembourgeoise est dépourvue de toute justification économique et n'a été constituée que pour permettre aux associés de la société Fidem d'échapper à l'imposition en France des dividendes distribués par cette société. Il convient donc d'écarter également ce second bouquet de moyens.

Le dernier moyen du pourvoi ne vous arrêtera guère. Il est tiré de l'erreur de droit qu'aurait commise la cour, à supposer que l'abus de droit soit confirmé, en n'imposant pas les sommes en cause comme des plus-values de cession de valeurs mobilières. Mais il repose, là encore, sur la prémisse erronée selon laquelle il conviendrait de requalifier les dividendes distribués par la société Fidem comme le produit de rachat de titres, suivi de leur annulation.

PCMNC au rejet des pourvois.