

Chronique *fiscale*



CLAIRE ACARD
Associé

Ernst & Young, Société d'avocats



JÉROME ARDUIN
Chargé de mission

Ernst & Young, Société d'avocats

Cession de l'usufruit d'actions et fraude à la convention fiscale

Conseil d'État, 29 décembre 2006, n° 283314, Bank of Scotland

Attendue, car annoncée par le commissaire du gouvernement Olléon dans ses conclusions sous la décision Janfin qui avait mis à jour un principe général de fraude à la loi permettant à l'administration, en dehors de la procédure prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, d'écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes¹, la décision du Conseil d'État dans l'affaire Bank of Scotland, rendue le 29 décembre 2006, a suscité de très nombreuses réactions².

En l'espèce, une société américaine avait cédé pour trois ans l'usufruit d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote de sa filiale française à un établissement de crédit britannique, Bank of Scotland. À la suite de la distribution des dividendes par la société française, la banque avait demandé à bénéficier du taux réduit de retenue à la source et du transfert de l'avoir fiscal prévus par la convention fiscale franco-britannique du 22 mai 1968. Le prix payé par la banque était de 267 millions de francs alors que la somme des dividendes à recevoir sur les trois ans était de 270 millions de francs. La somme que la banque avait prévu de recevoir après application de la retenue à la source au taux réduit et du transfert de l'avoir fiscal était de 344 millions de francs.

L'administration fiscale française avait refusé l'application des dispositions conventionnelles au motif que la banque n'était pas le bénéficiaire effectif des dividendes et

que l'opération devait être analysée comme un prêt consenti pour trois ans par la banque à la société américaine, rémunéré par l'avoir fiscal versé par le Trésor français. Contrairement aux juges du tribunal administratif de Paris, la cour administrative d'appel de Paris avait fait droit à la demande de Bank of Scotland³.

Sur pourvoi en cassation formé par l'administration, le Conseil d'État censure la décision de la cour administrative d'appel et, statuant au fond, refuse à la banque le bénéfice des dispositions de la convention fiscale franco-britannique au motif qu'elle n'est pas le bénéficiaire effectif des dividendes.

Cet arrêt, qui s'inscrit dans le courant récent de la jurisprudence du Conseil d'État initié par les décisions Pléiade et Sagal⁴ et poursuivi dans la décision Janfin, illustre la volonté de ce dernier de lutter contre les opérations dites de "treaty shopping".

Toutefois, dans son désir d'adresser un signal aux opérateurs économiques éventuellement tentés par de telles opérations, le Conseil d'État nous paraît avoir malmené le contrôle de la dénaturation qui constitue le moyen de cassation retenu (1). Par ailleurs, tout en appliquant le principe de fraude à la loi dans le cadre de la notion de bénéficiaire effectif, le Conseil d'État ne nous semble pas suffisamment caractérisé en quoi l'opération avait un but exclusivement fiscal (2).

1. CE Sect., 27 septembre 2006, n° 260050, Sté Janfin : RJF 12/06, n°1583, conclusions Olléon, BDCF 12/06, n° 156 ; nos commentaires, Banque & Droit, n°110, novembre-décembre 2006.

2. Voir notamment, Eric Ginter, "Du bon usage des conventions fiscales internationales", Option Finance n°915, 15 janvier 2007 ; Antoine Colonna d'Istria, "Crédit d'impôt et abus de droit", Option Finance n°917, 29 janvier 2007 ; Vincent Agulhon, "Abus des conventions fiscales : les contribuables sont-ils seuls coupables ?", Option Finance n°919, 12 février 2007 ; Eric Meier, Régis Torlet, "Le Conseil d'Etat juge un cas de fraude à

une convention internationale", Option Finance n°922, 5 mars 2007.

3. CAA Paris, 23 mai 2005, n°01PA04068, Bank of Scotland : RJF 5/06, n°569.

4. CE, 18 février 2004, n° 247729, Société Pléiade : RJF 5/04, n°510, conclusions Collin, BDCF 5/04, n°65 ; commentaires Claire Acard, Banque & Droit, n°95, mai-juin 2004 ; CE, 18 mai 2005, n°267087, SA Sagal : RJF, 8-9/05, n°910, conclusions Collin, BDCF, 8-9/05, n°110 ; commentaires Claire Acard, Banque & Droit, n°102, juillet-août 2005 ;

1. Le contrôle de cassation pour dénaturation des faits

Dans sa décision attaquée, la cour administrative d'appel de Paris avait retenu que l'administration n'établissait pas que, sous les apparences d'une cession d'usufruit, la convention s'analysait en un prêt d'argent à la société américaine anticipant la perception des dividendes attendus.

Plus précisément, la cour avait notamment relevé que l'administration ne démontrait ni le caractère anormal du prix d'acquisition des titres ou de la répartition des risques entre les cocontractants, ni que les relations entre les deux cocontractants étaient celles entre un prêteur et un emprunteur, ni le but exclusivement fiscal de la convention.

Selon les conclusions du commissaire du gouvernement François Séners, l'administration avait formulé à l'encontre de cette décision deux moyens de cassation, tous deux invoquant une dénaturation des faits.

L'administration reprochait notamment aux magistrats parisiens d'avoir dénaturé la portée de la convention litigieuse en jugeant que l'administration ne démontrait pas que la répartition des risques entre le cédant et le cessionnaire serait anormale dans le cadre d'une transaction commerciale internationale de ce type. En effet, pour l'administration, il ne s'agissait pas de démontrer le caractère anormal de la répartition des risques mais de démontrer l'absence de risque pour la banque, et par suite la nécessaire qualification en contrat de prêt. Ainsi, selon l'expression de François Séners, *“le moyen de dénaturation se prolonge par un moyen d'erreur de qualification juridique des faits s'agissant du refus de qualifier la convention de contrat de prêt”*.

Comme l'y invitait son commissaire du gouvernement, le Conseil d'État accueille le moyen de cassation invoqué par l'administration : *“la cour a dénaturé la portée du contrat [...] en estimant que l'administration ne démontrait pas que la répartition des risques entre le cédant et le cessionnaire serait anormale dans le cadre d'une transaction internationale de ce type, alors qu'il ressortait manifestement du montage [...] qu'il dissimulait artificiellement la réalité d'un emprunt contracté par la société américaine auprès de la banque britannique, moyennant délégation de sa filiale française pour rembourser à sa place le prêteur, par compensation avec les dividendes prioritaires dont elle garantissait le paiement”*. Il est cependant possible de s'étonner de cette cassation.

En effet, ainsi que le soulignait le commissaire du gouvernement Loloum dans ses conclusions sous l'arrêt Beaume⁵, le contrôle de dénaturation des faits doit rester exceptionnel, en raison du risque d'immixtion du juge de cassation dans l'analyse et l'appréciation des faits, et doit ainsi obéir aux règles suivantes :

- en premier lieu, celui qui se pourvoit en cassation sur le terrain de la dénaturation doit préciser *“en quoi il estime qu'au-delà de la rectitude présumée de l'appréciation portée par les juges du fond sur les faits de l'espèce, il y a une grossière erreur d'interprétation ou une lecture tendancieuse des faits ou des pièces du dossier”* ;

- deuxièmement, la censure de la dénaturation doit être réservée *“à la seule opération intellectuelle à laquelle se livre le juge du fond indépendamment de l'application d'un concept normatif édicté par la loi”*, afin de la distinguer de l'erreur de droit et de la qualification juridique des faits ;

- troisièmement, *“les faits en cause [doivent] être clairs et précis car, dès lors qu'il existe un doute ou un flou, le bénéficiaire du doute devrait bénéficier aux juges du fond”* ;

- enfin, *“le caractère gravement erroné ou tendancieux de la lecture faite par les juges du fond doit être manifeste et ressortir avec évidence de la première consultation des pièces du dossier”*.

Au cas d'espèce, nous ne sommes pas persuadés que la lecture des faits par les magistrats de la cour administrative d'appel de Paris, et plus particulièrement leur lecture de la convention litigieuse, était, de manière manifeste et évidente, gravement erronée ou tendancieuse.

Il est ainsi permis de penser que l'accueil par le Conseil d'État du moyen de cassation invoqué par l'administration souligne la volonté de ses magistrats d'adresser, dans la foulée de l'arrêt Janfin, un message sur les risques de remise en cause des opérations qui auraient pour objectif de profiter des avantages conférés par certaines conventions fiscales, plus couramment appelées opérations de *“treaty shopping”*. Ce message est d'ailleurs renforcé par le recours à la notion de fraude à la loi pour but exclusivement fiscal.

2. La sanction de l'opération par le biais de la fraude à la loi

Il convient de rappeler que l'administration avait recherché la requalification de la convention de cession d'usufruit d'actions en contrat de prêt afin de remettre en cause la qualité de bénéficiaire effectif des dividendes de la banque anglaise.

Pourtant, alors que la cassation pour dénaturation des faits de la décision des faits de la décision d'appel se prolongeait nécessairement, pour reprendre l'expression du commissaire du gouvernement François Séners, d'une requalification de la convention litigieuse en contrat de prêt, le Conseil d'État va au-delà la simple requalification et s'aventure sur le terrain de la fraude à la loi.

Comme le relève Olivier Fouquet⁶, il n'est pas certain que la requalification de la convention litigieuse en contrat de prêt suffisait à démontrer que le bénéficiaire effectif des dividendes versés était la société américaine et non la banque anglaise. En effet, dès lors que la filiale française avait matériellement versé les dividendes à la banque anglaise, l'opération pouvait s'analyser en un contrat de prêt assorti d'une garantie constituée par le transfert de l'usufruit des actions de la filiale française et le bénéficiaire effectif était alors bien la banque anglaise.

Au contraire, le Conseil d'État, tout en ne rejetant pas l'analyse selon laquelle la convention dissimulait en réalité un contrat de prêt, cherche à déclarer la convention comme étant inopposable à l'administration :

5. CE, 13 décembre 1993, n°117130, Beaume : Droit Fiscal 1994, n°13, n°644, conclusions Loloum

6. Olivier Fouquet, note sous l'arrêt, Droit Fiscal n°4, 25 janvier 2007, n°87

- un résident anglais peut se prévaloir des dispositions de l'article 9 de la convention franco-britannique du 22 mai 1968 uniquement s'il est le bénéficiaire effectif des dividendes ;
- or, *“la cession [litigieuse] constitue un montage réalisé dans l'unique but d'obtenir le bénéfice du remboursement de l'avoir fiscal attaché aux distributions de la société française”* et peut donc être écartée par l'administration ;
- donc, le bénéficiaire effectif des dividendes était bien la société américaine et non la banque britannique qui ne pouvait pas, en conséquence, se prévaloir des dispositions conventionnelles afin de bénéficier du taux réduit de retenue à la source et du remboursement de l'avoir fiscal.

Conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement François Séners, le Conseil d'État recourt ainsi au principe de lutte contre la fraude à loi énoncé dans l'arrêt Janfin⁷ qui offre à l'administration la possibilité de considérer comme ne lui étant pas opposables *“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 d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles”*.

Et si le Conseil d'État se borne à fonder sa décision sur la notion de bénéficiaire effectif visée à l'article 9 de la convention fiscale franco-britannique, qui avait été seule invoquée par l'administration pour refuser à Bank of Scotland le bénéfice des dispositions conventionnelles, cela s'explique par le fait que ses magistrats ne pouvaient pas invoquer directement le principe de lutte contre la fraude à la loi. En effet, comme l'avait rappelé le commissaire du gouvernement dans ses conclusions sous l'arrêt Janfin, le juge ne peut pas en matière fiscale procéder d'office à une substitution de base légale⁸.

En recourant ainsi indirectement au principe de fraude à la loi, cet arrêt répond, au moins partiellement, à l'interrogation née à la suite de l'arrêt Janfin quant à la possibilité de fraude aux conventions fiscales.

En effet, cette décision illustre la possibilité pour l'administration et le juge de recourir à la notion de fraude à la loi pour s'opposer à l'application des avantages prévus par une disposition conventionnelle, au moins lorsque celle-ci réserve ces avantages au bénéficiaire effectif. Ainsi, comme le souligne le commissaire du gouvernement François Séners, *“cette affaire révèle que la notion de bénéficiaire effectif n'est pas réductible aux cas de transferts de bénéfices appréhendés et que, par nature, elle englobe les hypothèses de fraude à la loi. [...] Dès lors qu'elle tend à écarter les effets fiscalement avantageux d'une apparence trompeuse, la notion de bénéficiaire effectif conduit aussi bien à neutraliser les situations où les sommes appréhendées sont reversées sous une forme ou sous une autre, que les situations où un montage abusif a permis à X de se substituer à Y pour bénéficier, au détriment de l'État d'imposition, de l'avantage conventionnel”*.

Dans le cas de dispositions conventionnelles ne réserv-

ant pas expressément leurs avantages au seul bénéficiaire effectif, l'application du principe de lutte contre la fraude à la loi serait tout autant possible. En effet, à la lumière de la jurisprudence Diebold Courtage du Conseil d'État⁹, la notion de bénéficiaire effectif semble intrinsèque aux dispositions conventionnelles et la fraude à la loi pourrait alors être invoquée. Par ailleurs, il n'est pas certain que le principe d'interprétation littérale des textes clairs¹⁰, applicable aux conventions fiscales, fasse obstacle à l'application par le juge du principe général de fraude à la loi, qui nécessite la recherche de l'intention de l'auteur de la loi, dans l'hypothèse où l'acte contourné est une convention fiscale.

En recourant ainsi au principe de fraude à la loi, même dans le cadre de la notion de bénéficiaire effectif, cet arrêt devait nécessairement caractériser les éléments constitutifs de cette fraude, notamment le but exclusivement fiscal.

Or, le Conseil d'État se borne à énoncer que la cession litigieuse, *“eu égard aux stipulations [offrant à la banque cessionnaire une garantie de paiement] constituait un montage réalisé dans l'unique but d'obtenir le bénéfice du remboursement de l'avoir fiscal attaché aux distributions de la société française”*.

En l'espèce, contrairement aux opérations d'aller-retour sur des titres afin de bénéficier des crédits d'impôts attachés aux dividendes qui étaient visés dans l'affaire Janfin, l'opération litigieuse était avant tout une opération de financement, comme le retient d'ailleurs le Conseil d'État qui l'analyse comme un prêt.

En effet, au-delà de l'intérêt de choisir comme contrepartie une banque britannique pouvant bénéficier des dispositions avantageuses de la convention fiscale franco-britannique, la société américaine avait avant tout un objectif de financement en recevant immédiatement la somme que lui aurait versée sa filiale sur trois ans. Si le choix du cocontractant pouvait être ainsi regardé comme destiné à optimiser les conditions du financement, il est tout à fait courant que les opérations de financement transfrontalières prennent en compte les impacts fiscaux portant sur les flux envisagés.

En définitive, au-delà de l'avertissement envoyé aux entreprises qui seraient tentées par des opérations de *“treaty shopping”*, il est regrettable que le Conseil d'État n'ait pas profité de cette décision pour préciser les critères permettant de distinguer les opérations susceptibles de constituer un *“montage abusif”* des autres.

Ainsi, le montage abusif résulte-t-il, en l'espèce, du fait que l'opération permettait à la société américaine de *“rembourser ses dettes par un mécanisme allégeant sa charge au détriment du Trésor public français”* comme le relève le commissaire du gouvernement ?

Ou plus généralement, le Conseil d'État sanctionne-t-il, sans tenir compte de leur besoin et de leurs objectifs, les errements des parties qui ont préféré à la simplicité du prêt, la complexité d'une cession d'usufruit d'actions, accompagnée d'une garantie accordée au cessionnaire quant au montant des sommes à recevoir ? ■

7. CE Sect., 27 septembre 2006, n° 260050, Sté Janfin, précité

8. CE, Sect., 21 mars 1975, n°85496 : RJF 5/75 n° 226 avec la chronique de Bruno Martin Laprade, p. 166.

9. CE, 13 octobre 1999, n° 191191, SA Diebold Courtage : RJF 12/1999, n°1492 ; chronique Emmanuelle Mignon, p. 931 ; conclusions

Bachelier, BDCF 12/99.

10. CE 24 mai 2000, n° 209699-209891, CRCAM Normand : RJF 7-8/00 n°974, concl. Laurent Touvet, BDCF 7-8/00 ; CE, 25 février 2004, n° 250328, Sté Hallminster Ltd : RJF 5/04 n°463, concl. Laurent Vallée, BDCF 5/04 n° 59.