

# CHRONIQUE

## DROIT FISCAL



**CLAIRE ACARD**  
Associé  
Ernst & Young,  
cabinet  
d'avocats

### ■ FRAUDE À LA LOI ET PROCÉDURE DE RÉPRESSION DES ABUS DE DROIT DEPUIS SA MODIFICATION PAR L'ARTICLE 35 DE LA LOI DE FINANCE RECTIFICATIVE POUR 2008

CE SA Henri Goldfarb, 7 septembre 2009, n° 305596 ; CE Axa, 7 septembre 2009, n° 305586 ; CJCE Glaxo Wellcome GmbH & Co, n° C-182/08, 17 juillet 2009

Il y a deux ans, nous avons commenté les arrêts des cours administratives d'appel de Paris, Axa n° 04PA03397 du 15 mars 2007, et de Douai, SA Henri Goldfarb n° 04DA00980 du 13 mars 2007, relatifs à des opérations d'allers et retours sur titres en vue de bénéficier de l'avoir fiscal. La cour administrative d'appel de Douai avait, l'on s'en souvient, retenu l'application de la fraude à la loi, tandis que la cour administrative d'appel de Paris avait adopté une position contraire. Le Conseil d'État s'est finalement prononcé, de manière relativement claire, en faveur du contribuable en refusant la qualification de fraude à la loi à des opérations d'allers-retours sur titres autour du détachement du coupon dans deux arrêts en date du 7 septembre 2009<sup>1</sup>.

La portée de ces arrêts est d'autant plus importante que la procédure de répression des abus de droit a été profondément modifiée par l'article 35 de la loi de finance rectificative pour 2008, et intègre désormais la définition de la fraude à la loi telle que formulée dans l'arrêt Janfin<sup>2</sup> sur laquelle sont donc fondés les arrêts Axa et Henri Goldfarb ci-après commentés.

Après un nécessaire retour sur les faits des différentes espèces, nous nous intéresserons à la portée que l'on peut conférer à ces arrêts ainsi qu'aux interrogations qu'ils sont susceptibles de susciter, notamment en matière de crédits d'impôts conventionnels. Enfin, l'on pourra utilement articuler ces récentes décisions avec le principe communautaire de libre circulation des capitaux, mis en avant par une décision récente de la CJCE<sup>3</sup> dont les circonstances sont proches de celles sur lesquelles la Haute assemblée s'est prononcée dans le cadre des arrêts Axa et Henri Goldfarb.

### RAPPEL DES FAITS

Comme on le sait, les arrêts Axa et Henri Goldfarb concernent des opérations d'allers et retours sur titres autour de la période de détachement du dividende afin de bénéficier du régime de l'avoir fiscal attaché à ces derniers. La problématique – le caractère potentiellement abusif de l'imputation de l'avoir fiscal alors que les opérations en elles-mêmes ne dégagent aucun profit économique – est commune aux deux arrêts, mais les circonstances ne sont pas similaires, d'où l'intérêt de les rappeler distinctement.

L'on peut toutefois d'ores et déjà noter que les opérations incriminées dans l'affaire Axa (vente à réméré, prêt de titres) sont plus proches des techniques actuelles de marché que celles analysées dans l'affaire Henri Goldfarb (allers-retours sur titres entre sociétés d'un même groupe), et que seul l'arrêt n° 3 05 586 rendu dans l'affaire Axa (Banque d'Orsay), dont le contenu est plus détaillé, a été publié au recueil Lebon

### L'arrêt SA Henri Goldfarb

Dans cette affaire, les faits de l'espèce étaient particulièrement caricaturaux.

Il s'agissait d'opérations d'achat revente de titres qui avaient été réalisées au sein du même groupe « informel » de sociétés (i.e., en l'absence de groupe fiscal), entre sociétés « sœurs » : ces achats portaient sur des actions ayant permis à la société de recevoir des dividendes assortis d'un avoir fiscal que celle-ci avait imputé sur l'intégralité de l'impôt sur les sociétés dont elle était redevable. Les acquisitions avaient été financées en partie par la trésorerie de la société acquéreuse obtenue par la vente de la totalité de ses actifs et pour le reste par un financement également intragroupe. En outre, les sociétés cédées n'ayant plus aucune activité et ne possédant que des actifs « liquides », toute distribution entraînait *de facto* une perte de valeur qui s'est traduite, lors de la revente, par la

1. CE Axa 7 septembre 2009, n° 305586 publié au recueil Lebon ; CE SA Henri Goldfarb 7 septembre 2009, n° 305596 inédit au recueil Lebon.

2. CE Janfin n° 260050, 27 septembre 2006.

3. CJCE Glaxo Wellcome GmbH & Co n° C-182/08, 17 juillet 2009.

réalisation d'une moins value égale au montant des dividendes perçus.

Dans cette affaire, l'on rappellera que la cour d'appel de Douai avait retenu l'application de la fraude à la loi au motif que ces opérations litigieuses avaient été dictées par un but exclusivement fiscal et que la société requérante devait être considérée comme ayant abusivement bénéficié des dispositions de l'article 158 bis du CGI, peu important que les opérations n'aient été ni dissimulées, ni réalisées en méconnaissance d'aucune règle applicable en matière de cession de titres et de distributions de capitaux mobiliers.

### L'arrêt Axa

La société anonyme Banque d'Orsay, filiale intégrée du groupe Axa, s'était, quant à elle, livrée en 1992 et 1993 à respectivement 18 et 32 opérations d'emprunts de titres et 15 et 117 achats à réméré de titres de sociétés qu'elle n'a détenus que pendant de brèves périodes au cours desquelles intervenait le paiement des dividendes. Toutes ces opérations d'emprunts et d'achats à réméré de titres ont permis à la banque de devenir ainsi attributaire des dividendes et de l'avoir fiscal qui y était attaché lors du détachement du coupon en vertu de l'article 158 bis du Code général des impôts.

L'administration avait remis en cause l'imputation desdits avoir fiscaux sur le fondement de la fraude à la loi (et désormais par ricochet de la procédure de répression de l'abus de droit) car elle considérait, au regard notamment de la courte durée de détention des titres, que les opérations étaient guidées par l'unique volonté d'appréhender l'avoir fiscal sous-jacent. Dès lors, selon l'administration, les opérations d'emprunts de titres et d'achats à réméré de titres étaient constitutives d'une fraude à la loi en raison du but exclusivement fiscal qu'elles poursuivaient.

Sur le fond, la Haute assemblée avait donc à trancher la question de savoir si des opérations sur titres (achat-revente, achat à réméré, emprunt de titres) autour du détachement du coupon, dans le seul but de bénéficier de l'avoir fiscal, pouvaient être critiquées sur le fondement de la fraude à la loi et par là même, à mettre fin à la divergence des solutions rendues par la cour administrative d'appel de Douai et la cour administrative d'appel de Paris.

Devant le Conseil d'État, l'argumentaire défendu par l'administration dans l'affaire Axa se situait à un double niveau :

- d'une part, la banque (d'Orsay) n'avait acquis la qualité d'actionnaire que dans le seul objectif de bénéficier du crédit d'impôt ;
- d'autre part, l'opération permettait une utilisation complète de l'avoir fiscal au niveau de la banque alors que, compte tenu de la situation fiscale des sociétés en présence, contreparties aux opérations, ces dernières (vendeuses de titres, prêteuses de titres) n'auraient pas pu l'utiliser entièrement en l'absence de tout remboursement. En effet, comme le relève le Conseil d'État, « la grande majorité des sociétés prêteuses ou cédantes se trouvaient en situation déficitaire

ou avaient réalisé des bénéfices insuffisants pour leur permettre une imputation intégrale de l'avoir fiscal dont elles auraient été titulaires en cas de conservation des titres et dont elles ne pouvaient obtenir la restitution en vertu de l'article 209 bis du CGI ».

En pratique, on notera qu'en ce qui concerne les ventes à réméré, les titres étaient recédés par la banque pour un prix minoré, non seulement du montant du dividende, mais également d'une indemnité pour crédit d'impôt aboutissant ainsi à un partage de l'avoir fiscal entre les deux entités, et dégageaient dès lors pour la banque une moins-value supérieure au montant du dividende reçu.

En ce qui concerne les opérations d'emprunts de titres, l'on peut supposer qu'il ressortait des engagements contractuels liant les contreparties « prêteuses » à la Banque d'Orsay que celle-ci s'engageait à reverser aux premières un montant égal aux dividendes perçus, majoré d'une fraction de l'avoir fiscal correspondant, de telle sorte que là encore les opérations de prêts-emprunts de titres se traduisaient par un partage de l'avoir fiscal entre la Banque d'Orsay et les contreparties.

## QUELLE PORTÉE CONFÉRER AUX ARRÊTS AXA ET HENRI GOLDFARB ?

L'intérêt des arrêts Axa et Henri Goldfarb réside à l'évidence dans l'explicitation de la double preuve requise de l'administration fiscale (résultant désormais de la nouvelle formulation de l'abus de droit) afin de caractériser une fraude à la loi :

- celle du but exclusivement fiscal de l'opération ;
- celle de la recherche du bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs.

### Un but exclusivement fiscal

Au cas d'espèce des affaires Axa et Henri Goldfarb, le but exclusivement fiscal des opérations, premier critère constitutif de la fraude à la loi, ne soulevait pas de difficulté particulière.

En effet, les opérations d'aller et retours sur titres, d'achats à réméré ou de prêts-emprunts ne relevaient à l'évidence ni de la simple gestion financière, ni même d'une d'optimisation de la trésorerie dans des conditions de marché : comme indiqué précédemment, les actionnaires temporaires ne bénéficiaient pas réellement des dividendes perçus puisqu'ils étaient d'une manière ou d'une autre restitués au vendeur ou au prêteur des titres. Le but ultime de l'opération était donc de bénéficier du seul transfert de l'avoir fiscal en tant que moyen de paiement de l'impôt sur les sociétés.

Le Conseil d'État confirme sans ambiguïté cette analyse en jugeant que ces opérations « ont été inspirées par la volonté d'acquiescer les moyens de payer les charges fiscales que la société ou le groupe auquel elle appartenait aurait dû normalement acquitter eu égard à sa situation et à ses activités réelles »

### La recherche du bénéfice d'une interprétation littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs

Si le but exclusivement fiscal n'était pas difficile à caractériser, l'existence de la poursuite d'un objectif contraire à l'intention des auteurs des textes, second versant de la fraude à la loi, constituait une étape plus délicate pour l'administration.

Procédant à l'analyse de l'objectif du texte en cause (à savoir l'article 158 bis du CGI) dans les opérations incriminées, sur la base des travaux parlementaires afférents à la loi du 12 juillet 1965, le Conseil d'État relève que l'avoir fiscal, destiné à éviter la double imposition économique des dividendes, est avant tout un moyen de paiement de l'impôt dû par l'actionnaire au titre de ses résultats d'ensemble d'une année donnée. Peu importe ainsi qu'en l'espèce, les dividendes n'aient fait l'objet d'aucune imposition réelle compte tenu de la moins-value d'égale montant réalisée sur les titres lors de leur revente, ou bien de la rétrocession du dividende perçu au profit du prêteur de titres.

La Haute assemblée constate ensuite que lorsqu'une société possède effectivement la qualité d'actionnaire, les dividendes qu'elle perçoit ouvrent droit à l'avoir fiscal.

Le fait que l'achat et la revente des titres ou le prêt-emprunt aient été réalisés dans un temps extrêmement limité rendant ainsi impossible l'exercice réel de la qualité d'actionnaire ne devait pas entrer en ligne de compte, dès lors que ni le texte de loi lui-même, ni les travaux parlementaires ne subordonnaient le bénéfice de l'avoir fiscal à une quelconque durée minimale de détention des titres. Peu importait également, selon la Haute assemblée, que l'opération ait abouti à un partage de l'avoir fiscal entre les deux entités.

Le critère de contrariété entre les objectifs du législateur et l'application littérale des textes faisant défaut en l'espèce, et les opérations ne présentant pas de caractère artificiel, le Conseil d'État n'a pu que constater que le concept de la fraude à la loi ne pouvait être appliqué dans les affaires en cause.

Comme l'a précisé Philippe Martin lors du colloque organisé par le CEFEP le 15 octobre 2009, le Conseil d'État a, ce faisant, fait prévaloir une vision favorable de l'intention du législateur en ligne avec la conception extrêmement généreuse de l'avoir fiscal retenue par le Conseil constitutionnel

### Quels enseignements peut-on tirer des arrêts Axa et Henri Goldfarb ?

Comme indiqué précédemment, dans les arrêts Axa et Henri Goldfarb, le Conseil d'État semble avoir fondé sa décision sur le fait que les sociétés avaient la qualité d'actionnaire au moment de la distribution des dividendes auxquels était attaché l'avoir fiscal dont l'imputation était contestée par l'administration, seule condition posée par le législateur au bénéfice de l'avoir fiscal.

C'est en effet à l'effectivité de cette qualité d'actionnaire résultant du transfert de propriété des titres au profit de la société requérante que semble s'attacher la Haute assem-

blée lorsqu'elle note que les opérations incriminées (achats à réméré ou emprunts de titres) emportaient un véritable transfert de propriété et des risques afférents aux titres.

Cela étant dit, dans la mesure où la réalité des opérations d'achats à réméré ou d'emprunts de titres n'étaient pas contestée, l'on peut s'interroger sur les raisons qui ont poussé le Conseil d'État à s'intéresser à la question de savoir si les sociétés Axa et Henri Goldfarb étaient susceptibles d'encourir un risque quelconque à raison des titres acquis ou empruntés.

Il nous semble que l'explication de cet apparent paradoxe (i.e. fonder le droit à l'avoir fiscal sur la seule qualité d'actionnaire du détenteur des titres, tout en s'intéressant à l'existence d'un risque encouru par ce dernier) réside dans l'importance accordée par le juge de l'impôt à l'existence d'un montage artificiel pour qualifier une opération d'abus ou de fraude à la loi, même si la notion de montage artificiel n'apparaît explicitement ni dans la définition de la fraude à la loi telle qu'issue de l'arrêt Janfin, ni dans celle désormais inscrite à l'article L. 64 du LPF.

On pourrait ainsi tenter d'interpréter la position de la Haute juridiction administrative : la seule circonstance qu'une opération présente un but exclusivement fiscal ne suffit pas à elle seule à caractériser l'existence d'une fraude à la loi ou d'un abus de droit lorsque l'opération n'est pas contraire à l'esprit du texte, sous réserve toutefois que l'opération en cause ne présente pas un caractère artificiel, dès lors en effet que le législateur n'a pas pu vouloir autoriser ou encourager des opérations qui ne doivent leur non contrariété formelle aux objectifs qu'il poursuit qu'à l'artificialité de leur conception et mise en œuvre.

Dans l'arrêt Axa, le Conseil d'État affirme ainsi que l'administration n'était pas fondée à invoquer le caractère artificiel de ces opérations. La Haute assemblée précise en effet qu'en ce qui concerne le réméré, la banque encourait « le risque d'une absence de rachat au dénouement du contrat » et que les opérations d'emprunt de titres « ne prémunissaient pas l'emprunteur des risques encourus pendant la durée de détention des titres » du fait du transfert de propriété de ces derniers.

Il en va de même dans l'arrêt SA Henri Goldfarb. Les cessions de titres ne pouvaient être considérées comme artificielles dans la mesure où leur transfert avait bien été effectué et le prix payé en retour : l'opération emportait effectivement le transfert du risque d'actionnaire au nouveau détenteur, fut-ce pour une période de courte durée.

Par cette référence au risque, le Conseil d'État, comme l'explique Olivier Fouquet dans un article intitulé « Fraude à la loi : explicitation du critère "subjectif" », a souhaité indiquer que les contrats de vente à réméré ou de prêt correspondaient à « des opérations réelles opérant un transfert de propriété des titres et non à des montages artificiels qui auraient pu par exemple résulter de contre-lettres garantissant la banque contre tous risques »<sup>4</sup>.

<sup>4</sup>. Droit fiscal 24 septembre 2009, n° 39, « Fraude à la loi : explicitation du critère "subjectif" ».

Cela étant dit, dans certaines des situations que le Conseil d'État a eu à analyser, l'existence d'un risque supporté par le contribuable pouvait prêter à discussion.

Dans l'affaire SA Henri Goldfarb, le fait que les opérations soient réalisées entre sociétés d'un même groupe rendait le risque d'actionnaire supporté pas la société Henri Goldfarb hypothétique en pratique.

Même chose en ce qui concerne les opérations de prêts de titres dans l'arrêt Axa : le risque d'actionnaire, tel qu'il est présenté, pouvait sembler assez théorique.

Le rapporteur public dans ses conclusions rappelle que le prêt de titres est régi par les dispositions de l'article 1893 du Code civil. L'emprunteur propriétaire des titres pendant la durée du prêt, est tenu de « rendre les choses prêtées en même quantité et qualité au terme convenu ».

Or, l'emprunteur de titres qui conserve par devers lui les titres qu'il a empruntés pendant toute la durée de prêt ne court en réalité aucun risque. Car, si le prêt de titre est le contrat par lequel un prêteur transfère temporairement une quantité donnée d'un titre donné à un emprunteur, contre l'engagement par ce dernier de restituer ces titres et opère de ce fait un transfert de propriété au profit de l'emprunteur, la seule obligation de l'emprunteur est d'être en capacité d'en restituer la même quantité au prêteur au terme du contrat. Dès lors que l'emprunteur a l'obligation de rendre la même quantité de titres au prêteur (mais non la valeur initiale des titres prêtés), l'emprunteur ne supporte aucun risque s'il conserve les titres empruntés. Cela signifie également que le propriétaire initial des titres continue de supporter le risque du marché lié à ces titres quand bien même ceux-ci feraient temporairement l'objet d'un prêt.

Autrement dit, l'emprunteur ne supporte un risque que dans l'hypothèse où, pendant la durée du contrat, il déciderait soit de prêter à son tour les titres à un second emprunteur (et supporte le risque d'une éventuelle défaillance de ce dernier qui l'empêcherait de disposer des titres qu'il doit lui-même restituer au prêteur initial), soit de céder les titres empruntés (et prend le risque de devoir les racheter plus cher pour honorer son obligation de restitution vis-à-vis du prêteur initial).

Dans ce contexte, pourquoi le Conseil d'État n'a-t-il pas dès lors choisi d'opérer une distinction entre ces différentes situations ?

Dans l'article précité, Olivier Fouquet nous livre peut-être la réponse : l'existence d'un risque caractéristique de la qualité d'actionnaire doit s'apprécier lors de la mise en place des opérations incriminées et non *a posteriori*.

Dans cette perspective, l'existence de garanties, contre lettres ou mécanismes contractuels similaires permettant au porteur temporaire des titres de se prémunir contre tout risque de non-paiement de dividendes ou de dépréciation de valeur de ceux-ci pourrait éventuellement conduire le juge à constater l'existence d'un montage artificiel et, partant, d'une fraude à la loi.

Au contraire, dans les affaires Axa et Henri Goldfarb, aucune garantie d'aucune sorte n'est mise en place à l'origine des opérations incriminées. Il existe potentiellement un risque, certes minime, mais réel, susceptible de jouer en défaveur du porteur temporaire des titres.

En ce qui concerne les opérations d'achats à réméré, la société acheteuse s'expose à l'évidence à une baisse de la valeur des titres, qui aurait pour conséquence que la société vendeuse n'exerce pas sa faculté de résiliation. De même, en matière de prêts-emprunts de titres, il est tout simplement impossible de conclure à l'existence ou à l'absence de risque à l'origine de l'opération. Celle-ci dépend avant tout de la décision prise par l'emprunteur de conserver ou de disposer des titres empruntés et cette décision est précisément la preuve que ce porteur temporaire de titres possède le droit fondamental de l'actionnaire de disposer librement de son actif.

## LE CONTEXTE CONVENTIONNEL

À vrai dire, le Conseil d'État n'a pas pris de grands risques en faisant prévaloir la thèse soutenue par les contribuables dans les arrêts Henri Goldfarb et Axa. De fait, le mécanisme de l'avoir fiscal ayant été supprimé à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005 par l'article 93 de la loi de finances rectificative pour 2004, n° 2003-1311 du 30 décembre 2003, la solution rendue n'a, *stricto sensu*, d'intérêt qu'historique pour les praticiens ou pratique pour les contribuables engagés dans les contentieux du même type.

Cela étant, dans la mesure où les sociétés françaises continuent de bénéficier de crédits d'impôts conventionnels à raison des revenus de capitaux mobiliers qu'elles perçoivent en provenance de débiteurs résidents d'États ayant signé avec la France une convention destinée à éliminer les doubles impositions, il n'est pas inutile de s'interroger sur la possibilité de transposer la solution rendue dans les arrêts Axa et Henri Goldfarb à des opérations d'allers et retours sur titres étrangers.

### Un précédent connu : l'arrêt Bank of Scotland

L'arrêt Bank of Scotland en date du 29 septembre 2006, n° 283314 est à l'évidence un précédent à ne pas négliger, puisque le Conseil d'État s'est, à cette occasion, intéressé à la délicate question de l'articulation de la fraude à la loi avec les clauses de bénéficiaire effectif introduites dans certaines conventions internationales, question jusque-là inédite dans la jurisprudence de la Haute assemblée.

L'arrêt Bank of Scotland concernait, l'on s'en souvient, la cession temporaire, par une société américaine à une banque britannique, de l'usufruit d'actions nouvelles sans droit de vote émises par sa filiale française. L'opération avait permis à la société américaine d'obtenir le versement immédiat par la banque d'une somme presque égale au montant cumulé des dividendes à venir pendant trois ans, certes diminué de la retenue à la source au taux conventionnel de 15 %, mais augmenté du transfert de l'avoir fiscal payé en cash par le Trésor public français, transfert prévu par la convention fiscale franco-britannique à l'inverse de la convention franco-américaine.

Le Conseil d'État a jugé, à cette occasion, que l'opération était un montage dissimulant, sous l'apparence d'une cession temporaire d'usufruit, un contrat de prêt entre la banque et la société américaine. Il s'est principalement fondé, à cet effet, sur les clauses du contrat qui visaient

à garantir la banque contre les risques juridiques et les aléas économiques et financiers susceptibles d'affecter la distribution des dividendes par la société française.

Dès lors que le contrat était ainsi l'expression d'une fraude à la loi, la cession temporaire d'usufruit ainsi écartée comme inopposable et le bénéficiaire effectif des dividendes étant, pour le juge, la société américaine, l'opération s'analysait comme un abus de la convention fiscale franco-britannique ayant pour finalité de faire bénéficier la société américaine d'un avantage prévu par cette convention (le transfert de l'avoir fiscal) auquel elle ne pouvait prétendre en vertu de la convention entre la France et les États-Unis.

Avec le recul, il apparaît toutefois surprenant que le considérant de principe de la décision Sté Janfin, à savoir que l'administration peut « écarter 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 motif autre que celui d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles », n'apparaisse pas distinctement dans l'arrêt Bank of Scotland.

Toutefois, selon Yohann Bénard, Maître des requêtes au Conseil d'État, il « semble possible d'estimer que le Conseil d'État a vérifié en l'espèce que les deux conditions de la fraude à la loi étaient réunies »<sup>5</sup>.

S'agissant en premier lieu du critère du but exclusivement fiscal, le Conseil d'État a expressément jugé que cette condition était remplie, relevant que le contrat de cession d'usufruit constituait « un montage réalisé dans l'unique but d'obtenir le bénéfice du remboursement de l'impôt attaché aux distributions de la société française ».

Quant à la question de savoir s'il y avait en l'espèce recherche du bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, Yohann Bénard relève également que le Conseil d'État n'a certes pas procédé à l'analyse de manière explicite. Toutefois, selon l'auteur, dès lors que la décision juge que la banque britannique n'est pas le bénéficiaire effectif des dividendes, il faut implicitement, mais nécessairement, en déduire « que le contrat passé entre la société américaine et la banque britannique recherchait le bénéfice d'une application de la convention franco-britannique contraire à sa portée réelle et donc aussi, a fortiori, aux objectifs poursuivis par ses auteurs ».

### La nécessité d'une interprétation stricte des conventions

Nonobstant les similitudes qu'il peut y avoir entre les arrêts AXA et Henri Goldfarb d'une part et l'arrêt Bank of Scotland de l'autre, il subsiste toutefois une différence essentielle entre les trois espèces. Dans ce dernier arrêt, c'est parce que la Haute assemblée constate qu'il y a un montage artificiel, qu'elle procède à la requalification du contrat constitutif d'une fraude à la loi. À l'inverse, dans les affaires AXA et Henri Goldfarb, les opérations d'allers-retours sur titres, de ventes à réméré et

de prêts-emprunts de titres ne pouvaient, on l'a vu, être regardées comme artificielles du fait de l'existence d'un risque d'actionnaire, et de ce fait ne tombaient pas sous le coup de la fraude à la loi.

La question de savoir si et comment transposer les arrêts Axa et Henri Goldfarb dans un contexte international reste dès lors entière et renvoie à la nécessité de procéder à une interprétation littérale des conventions lorsque les dispositions qu'elles prévoient sont claires.

En matière de crédits d'impôt de source étrangère, deux précédents illustrent cette méthode d'interprétation stricte :

- l'arrêt Caisse Régionale de Crédit Agricole Mutuel Normand en date du 24 mai 2000 (n°209699 et 209891) ;
- l'arrêt Natexis en date du 26 juillet 2006 (n°284930).

■ Dans l'arrêt Caisse de Crédit Agricole Mutuel Normand, était en cause l'imputation par la CRCAM de Normandie de crédits d'impôt de source italienne correspondant à la retenue à la source ayant obéré les intérêts des obligations italiennes qu'elle détenait en portefeuille.

À titre liminaire, il n'est pas inutile de rappeler que la problématique relative au montant de crédit d'impôt imputable sur le revenu français au titre de ces intérêts d'obligations italiennes était le fruit des divergences des systèmes d'imposition de ces intérêts en France.

En effet, selon le régime fiscal français en vigueur à l'époque des faits, le propriétaire des titres à la date du versement du coupon était le seul redevable de l'impôt sur ces revenus. En revanche, l'État italien considérait que les intérêts des titres obligataires étaient perçus en proportion de la période de détention et imposés *pro rata temporis*. Corrélativement, le crédit d'impôt correspondant à la retenue à la source exigible était octroyé par la législation italienne aux porteurs de parts résidents d'Italie, en proportion de leur période respective de détention. La charge fiscale liée à la retenue à la source acquittée par le dernier détenteur des titres était alors en partie compensée par une réduction du prix d'acquisition des titres à hauteur du montant du crédit d'impôt correspondant à la retenue à la source attachée aux intérêts acquis par les autres détenteurs précédents.

Concernant le montant de crédit d'impôt imputable sur le revenu français au titre des intérêts d'obligations étrangères, deux approches s'opposaient devant le Conseil d'État :

- la première, défendue par l'Administration, considérait que le crédit d'impôt français ne devait être accordé qu'à hauteur des doubles impositions effectives ;
- la seconde, défendue par le contribuable, était fondée sur une analyse littérale des conventions et réclamait l'octroi d'un crédit d'impôt correspondant à l'intégralité de la retenue à la source, que celle-ci ait constitué ou non un coût effectif.

De fait, en raison de la décote dont elle avait bénéficié sur le prix d'acquisition des titres, la CRCAM de Normandie ne supportait effectivement de coût fiscal en Italie qu'à hauteur des intérêts acquis au cours de la période de détention. Néanmoins, la Caisse avait consi-

5. « Fraude à la loi et Treaty Shopping : que penser de la décision Bank of Scotland ? », *Revue de Jurisprudence Fiscale* n° 4 04/2007

déré que la circonstance que la retenue à la source payée soit mécaniquement compensée par la décote obtenue sur le prix d'acquisition des titres ne devait pas constituer un obstacle à l'application des dispositions de la convention franco-italienne qui prévoyait l'octroi d'un crédit d'impôt conventionnel à raison de la retenue à la source payée en Italie. Dans sa rédaction applicable à l'époque des faits, la convention fiscale franco-italienne prévoyait en effet que la double imposition devait être évitée comme suit : « L'État du domicile imputera sur l'impôt afférent à ces [...] intérêts l'impôt effectivement perçu dans l'autre État, sur les mêmes revenus ».

Or, l'administration fiscale française considérait que les crédits d'impôt ne devaient être accordés que dans le but de compenser des doubles impositions effectives. Le crédit d'impôt correspondant à la retenue à la source due sur les intérêts de source italienne ne devait donc, selon l'administration fiscale française, être accordé qu'à hauteur des intérêts acquis au cours de la période de détention des titres. Ce, alors même que la retenue à la source formellement prélevée à l'étranger était calculée sur le montant du coupon brut et que ce coupon était intégralement soumis à l'impôt en France, en application de la règle de l'échu.

Le Conseil d'État, par une application littérale de ces stipulations, a quant à lui, confirmé le droit de la Caisse d'imputer sur l'impôt sur les sociétés dû en France un crédit d'impôt strictement égal au montant de la retenue à la source perçue au profit du Trésor public Italien, sans retenir la circonstance que le prix d'acquisition, coupon attaché, des obligations, avait tenu compte de la décote, de telle sorte que la CRCAM de Normandie n'avait en réalité pas supporté économiquement le poids de la retenue à la source italienne.

Au total, il ressort de cet arrêt que, conformément aux dispositions de la convention franco-italienne, la société requérante pouvait imputer sur l'impôt sur les sociétés dû en France la retenue à la source à laquelle elle avait été assujettie en Italie sans que le crédit imputable puisse, en l'absence de toute disposition en ce sens, être diminué en considération de l'avantage financier que représentait la décote du prix d'acquisition des titres résultant des pratiques financières et fiscales en vigueur en Italie, ni en considération de la durée de détention des titres.

■ L'arrêt *Natexis* en date du 26 juillet 2006 s'inscrit, quant à lui, dans un contexte fort différent, à savoir celui d'un contentieux portant sur la légalité d'une instruction administrative qui, commentant la convention fiscale franco-brésilienne, rapportait la doctrine administrative antérieure, en subordonnant l'octroi d'un crédit d'impôt français à une imposition effective dans l'État de source, et substituait ainsi un mécanisme de *matching* crédit au mécanisme de *tax sparing* préexistant. Après avoir procédé à une interprétation stricte de la convention franco-brésilienne, le Conseil d'État a jugé que les dispositions de l'instruction étaient conformes à celles-ci et que le crédit d'impôt prévu ne pouvait s'imputer sur l'impôt dû en France que dans l'hypothèse où les intérêts de source brésilienne perçus avaient effectivement supporté l'impôt au Brésil.

Le commissaire du gouvernement, Pierre Collin, avait d'ailleurs rappelé dans ses conclusions que d'une manière générale, l'interprétation littérale, parce qu'elle découle du principe d'interprétation stricte qui guide l'interprétation tant de la loi fiscale que des conventions, doit prévaloir sur les autres méthodes d'interprétation. Il ajoutait qu'en l'espèce, il lui semblait possible de s'en tenir à la lettre de l'article 22 – prévoyant l'octroi de crédits d'impôt – qui lui paraissait suffisamment claire pour éclairer le sens de la stipulation.

Lorsque les dispositions de la convention ne sont pas claires, le Conseil d'État peut bien évidemment être amené à utiliser d'autres méthodes d'interprétation, dont celles énoncées par la Convention de Vienne sur le droit des traités en date du 23 mai 1969 (que la France n'a toutefois pas ratifié) qui, en son article 33, stipule « qu'un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet de son but ». Puis, si le sens demeure ambigu ou obscur, il est possible de recourir aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu.

### La notion de bénéficiaire effectif

Pour en revenir à la question qui nous occupe (à savoir la possibilité de procéder à l'imputation de crédits d'impôt conventionnels résultant de la réalisation d'opérations sur titres étrangers effectuées autour du détachement du coupon), s'il devait y avoir interprétation sur le terrain conventionnel, celle-ci consisterait à n'en pas douter en un exercice fort délicat, dans la mesure où le Conseil d'État fait une application littérale des conventions fiscales, il serait donc difficile dans un tel contexte de rechercher l'intention des auteurs du texte dont l'application est contestée.

Cela étant, l'objectif premier du mécanisme d'imputation prévu par les conventions internationales est bien d'éliminer les doubles impositions, de telle sorte qu'il est raisonnable de penser que l'objectif fixé aux crédits d'impôt conventionnels n'est pas si différent de celui qui a présidé à l'instauration de l'impôt fiscal en 1965.

Plus précisément, si le débat devait se porter sur le terrain conventionnel, il conviendrait alors de se référer à l'article 23 de la convention modèle OCDE « Méthodes pour éliminer les doubles impositions », qui prévoit que « lorsqu'un résident d'un État contractant reçoit des éléments de revenu qui, conformément aux dispositions de l'article 10 et 11, sont imposables dans l'autre État contractant, le premier État accorde, sur l'impôt qu'il perçoit sur les revenus de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt payé dans cet autre État. Cette déduction ne peut toutefois excéder la fraction de l'impôt, calculé avant déduction, correspondant à ces éléments de revenus reçus dans cet autre État ».

Or les articles 10 et 11 de la convention modèle prévoient, on le sait, que les dividendes et intérêts peuvent être imposés dans l'État contractant dont la société qui paye les dividendes ou les intérêts est un résident, mais que si le bénéficiaire effectif des dividendes ou des intérêts est un résident de l'autre État contractant, l'impôt ainsi établi ne peut excéder un pourcentage donné des dividendes ou intérêts mis en paiement.

Compte tenu des renvois effectués par l'article 23 de la convention aux articles 10 et 11 précités, l'octroi d'un crédit d'impôt apparaît subordonné à la condition que le contribuable qui en recherche le bénéfice soit le bénéficiaire effectif des revenus auxquels ce crédit d'impôt est attaché.

À cet égard, il est d'ailleurs intéressant de noter que le Conseil d'État va au-delà de la lettre de la convention applicable et accepte de rechercher le bénéficiaire réel ou effectif de revenus de source française même en l'absence d'une clause de bénéficiaire effectif<sup>6</sup>. En conséquence, dans le cadre d'opérations sur titres transfrontalières similaires à celles contestées dans les arrêts Axa et Henri Goldfarb, la question de la recherche du bénéfice d'une application littérale des textes (en l'espèce, des conventions) à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs ne revient-elle pas à se demander si le contribuable qui a procédé à l'imputation de crédits d'impôts de source étrangère en vertu d'une application littérale de la convention constitue, ou non, le bénéficiaire effectif des revenus auxquels les crédits d'impôts sont attachés ?

Dans la mesure où la notion de bénéficiaire effectif est l'une des plus ambiguës et débattues en doctrine<sup>7</sup> il devait être possible de se référer aux commentaires OCDE, à condition néanmoins qu'ils soient postérieurs à l'entrée en vigueur de la convention. En effet, comme l'expliquait le commissaire au gouvernement, Gilles Bachelier, dans ses conclusions de l'affaire Andritz (30 décembre 2003, n° 233894), il est « délicat d'admettre pour un texte demeuré identique que ces ajouts [ndlr: les commentaires] apportés postérieurement à la signature d'une Convention soient également pris en considération. Même si, dans son principe cela n'est pas tout à fait inconcevable, il faudrait à tout le moins que cet ajout [...] ne conduise pas à une extension du champ d'application de l'article tel qu'il a été entendu initialement lors de son adoption, extension qui serait en réalité décidée par les seules administrations fiscales des États »

Les commentaires OCDE sont, sur le sujet, malheureusement assez discrets et peinent à définir clairement la notion de bénéficiaire effectif. On lit ainsi dans les commentaires de l'article 10 de la convention modèle OCDE qu'il serait également « contraire à l'objet et au but de la Convention que l'État de la source accorde une réduction ou une exonération d'impôt à un résident d'un État contractant qui agit, autrement que dans le cadre d'une relation d'agent ou autre mandataire, comme un simple relais pour le compte d'une autre personne qui bénéficie réellement du revenu en cause »<sup>8</sup>.

Mais force est de constater qu'une telle définition néga-

tive a une portée pratique plus que limitée, notamment en matière d'opérations sur titres transfrontalières.

Le Comité des affaires fiscales de l'OCDE reconnaît d'ailleurs lui-même la difficulté de prouver qu'une société relais n'est pas le bénéficiaire effectif et ajoute que le fait que la seule fonction d'une société soit de détenir des actifs ou des droits n'est pas en soi suffisant pour le qualifier d'intermédiaire<sup>9</sup>.

Les développements de Klaus Vogel consacrés à la définition de la notion de bénéficiaire effectif dans son ouvrage intitulé « On Double Taxation Conventions », 3rd edition, 1997, apparaissent par contraste particulièrement éclairants.

Dans son ouvrage de référence, Klaus Vogel soutient certes que la vieille dispute entre la forme et la substance doit être tranchée en faveur de la substance.

Cela étant dit, la « substance » du droit à recevoir certains revenus recouvre, selon l'auteur, un double aspect. Le premier est le droit de décider si oui ou non un revenu peut être réalisé (i.e., si le capital ou d'autres actifs peuvent être utilisés ou disponible pour ce faire). Le second est le droit de disposer du revenu. La propriété est purement formelle si le propriétaire est lié, au regard de ces deux aspects (réalisation et disposition du revenu), que ce soit par la loi ou de fait.

Et Klaus Vogel d'ajouter que le recours au traité est justifié – i.e non inapproprié – si celui qui y est autorisé juridiquement est libre d'exercer au moins l'un des deux attributs ci-dessus mentionnés. Au terme de ce raisonnement, le bénéficiaire effectif est donc défini comme celui « qui est libre de décider (1) si, oui ou non, le capital ou autres actifs peuvent être utilisés par des tiers (2), comment ces revenus peuvent être utilisés (3), voire les deux à la fois ».

Klaus Vogel ajoute enfin que la propriété que possède le bénéficiaire effectif : (i) ne se réduit pas à la simple propriété juridique (telle qu'elle résulterait de l'inscription sur un registre, par exemple), mais (ii) correspond au moins pour partie au droit pour le bénéficiaire effectif de disposer de cette propriété comme de la sienne propre.

Force est toutefois de constater que, malgré les éclaircissements apportés par la doctrine en général et par Klaus Vogel en particulier, les juridictions étrangères, tout en paraissant appliquer des critères proches de ceux dégagés par l'auteur, demeurent hésitantes, et aboutissent à des conclusions contrastées<sup>10</sup>. En conclusion, les commentaires de l'OCDE, la doctrine internationale ainsi que les jurisprudences étrangères semblent converger vers une définition commune du bénéficiaire effectif, qui tend à le définir comme celui qui peut disposer des actifs générateurs des revenus concernés et des revenus de ces titres.

Si l'on se fonde sur cette définition, il semble possible

6. Arrêt Diebold Courtage 13 octobre 1999, n° 191191.

7. En ce sens, voir l'article de P. Dibout « Les clauses de bénéficiaire effectif: l'approche française » publiée par Dalloz « Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Le Gall » p. 49; l'article de S. Autry, S. Gelin et D. Sorel « Les clauses de bénéficiaire effectif ont-elles un effet utile? » publié à la RJF 2008 n° 12; K. Vogel V.IBFD, 21, RET 141-143, 1981, « On Double Taxation Conventions », 3rd ed. Kluwer p. 580; article de C. Acard publié dans Banque et Droit 05-06/2003 n° 89; B. Gouthière « Les impôts dans les affaires internationales » p. 871, étude « Le contrôle des opérations internationales »; Committee of Fiscal Affairs of the OECD, « Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies in International Tax Avoidance and Evasion, Four Related Studies », 1987; séminaires de l'IFA, Londres 1998, Eilat 1999,

8. Commentaires sur l'article 10 du Modèle de convention OCDE, paragraphe II-2-12.1

9. « Committee of Fiscal Affairs of the OECD, Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies in International Tax avoidance and Evasion, Four Related Studies », 1987.

10. Indofood International Finance Ltd v. JP Morgan Chase Bank NA – Court of Appeal, 2nd March 2006, 8 ITR 653; 2006 STC 1195; Tax Court of Canada's ruling in the Queen v. Prevost Car Inc. (2009 FCA 57); arrêt du 6 avril 1994 de la Cour Suprême néerlandaise – BNP, 1994/217.

d'en conclure qu'un acheteur-revendeur de titres, un acheteur de titres à réméré ou un emprunteur de titres, parce qu'il peut librement disposer des titres dont la propriété lui a été temporairement, transférée, possède effectivement la qualité d'actionnaire au moment du détachement du coupon et doit dès lors pouvoir être considéré comme le bénéficiaire effectif des revenus qu'il perçoit. Partant, il doit être autorisé à procéder à l'imputation conventionnelle des dividendes ou intérêts reçus, conformément aux stipulations de la convention liant la France à l'État de résidence de la société débitrice des revenus.

Par voie de conséquence, les solutions dégagées par les arrêts Axa et Henri Goldfarb du 7 septembre 2009 devraient logiquement pouvoir être transposées aux opérations permettant un transfert de crédits d'impôts conventionnels, lorsque celles-ci ne présentent pas un caractère artificiel.

## LA PROBLÉMATIQUE GLAXO WELLCOME GMBH & CO, CJCE 17 SEPTEMBRE 2009

Les arrêts Axa et Henri Goldfarb se déroulent, on l'a vu, dans un contexte de droit interne. D'où la question soulevée au paragraphe précédent de savoir si et comment la solution retenue par la Haute assemblée dans les deux espèces précitées pourrait être étendue à des situations internationales de partage de crédits d'impôt conventionnels lors du détachement des coupons. Question qui, on l'aura constaté, n'appelle à ce stade pas de conclusion définitive.

L'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes Glaxo Wellcome GmbH & Co (C-182/08) en date du 17 décembre 2009 pourrait toutefois apporter un élément nouveau, si ce n'est décisif au débat, en ce qu'il nous amène à nous interroger sur la compatibilité d'un éventuel refus d'octroi des bénéfices conventionnels à des opérations d'opérations sur titres, avec le principe de libre circulation des capitaux prévu à l'article 56 du traité CE.

L'arrêt rendu le 17 septembre 2009 par la CJCE dans l'affaire Glaxo Wellcome GmbH & Co (C-182/08) contient en effet des indices tout à fait intéressants sur l'articulation du principe de libre circulation des capitaux avec la législation interne d'un État membre interdisant formellement un partage de fait de crédit d'impôt, par le biais d'une disposition anti-abus fondée sur une discrimination liée à la nationalité du porteur des parts.

On rappellera, en effet, que si la législation fiscale allemande en vigueur, à l'époque des faits, impose l'actionnaire qui réside en Allemagne, sur l'ensemble des bénéfices qui lui sont distribués par des sociétés allemandes, cette même législation allemande prévoit que l'actionnaire peut déduire :

- de l'impôt dont il est redevable, le montant de l'impôt que la société distributrice a déjà payé à raison des profits sur lesquels sont prélevés les dividendes distribués ;

- de sa base imposable, la perte de valeur des participations qu'il détient dans cette société corrélative à cette distribution de dividendes.

Toutefois, l'article 50c, paragraphes 1 et 2 de EStG allemande limite la possibilité pour un actionnaire résident d'Allemagne de déduire de ses bénéfices imposables la perte de valeur des participations qu'il détient dans une société résidente de cet État, lorsque celui-ci a acquis ses parts auprès d'un actionnaire qui réside dans un autre État membre, alors qu'elle accorde une telle possibilité à un contribuable qui a acquis ses parts auprès d'un actionnaire résident.

Cette disposition, qui opère une distinction entre les contribuables en fonction de la nationalité ou de la résidence des contreparties avec lesquelles ils opèrent a pour objet, comme le rappelle l'avocat général, Yves Bot, dans ses conclusions, de lutter contre une pratique qui a permis à certains actionnaires établis à l'étranger de bénéficier, d'une manière indue et anticipée, du crédit d'impôt réservé aux actionnaires résidents en Allemagne.

Cette pratique peut schématiquement être résumée comme suit :

- avant que les bénéfices de la société allemande ne soient distribués, l'actionnaire établi à l'étranger (qui ne peut, du fait des dispositions de la convention liant l'État dans lequel il réside à l'Allemagne, bénéficier de l'octroi du crédit d'impôt attaché à la distribution des dividendes) cède la participation qu'il détient dans cette société à un actionnaire résidant en Allemagne qui, en cette qualité, peut bénéficier du transfert de ce crédit d'impôt ;
- cette participation est cédée à un prix supérieur à sa valeur intrinsèque : la différence entre le prix de cession et la valeur de marché des titres cédés, correspondant en effet au crédit d'impôt qui est, en principe, attaché à la distribution des dividendes de la société auquel l'actionnaire étranger ne peut pas prétendre ;
- pour le vendeur, cette majoration du prix de vente lui permet ainsi de réaliser une plus-value de cession, qui n'est pas imposée en Allemagne, à laquelle s'ajoute donc, d'une certaine manière, le remboursement du montant de l'impôt que la société distributrice a déjà payé sur ses bénéfices et auquel, encore une fois, il ne peut prétendre du fait des dispositions de la convention liant son État de résidence à l'Allemagne ;
- lors de la distribution des dividendes par la société allemande, le nouvel actionnaire, résident d'Allemagne, peut, quant à lui, contrairement à ce qui aurait été le cas avec le détenteur initial, bénéficier du crédit d'impôt conformément à la réglementation applicable. Il peut également déduire de ses bénéfices imposables la perte de valeur de ses participations mécaniquement liée à la distribution de dividendes qui vient d'être opérée ;
- une fois la distribution de dividendes effectuée, les participations sont parfois rétrocédées au porteur de part non-résident.

**En résumé :**

- s'agissant de l'actionnaire étranger, la cession de sa participation préalablement à la distribution des bénéfices a donc pour conséquence qu'il obtient au moyen d'un prix de vente « gonflé » non seulement les dividendes auxquels il a droit, mais également une fraction du crédit d'impôt lié à la distribution de ces mêmes dividendes, alors même qu'il n'est pas impossible en Allemagne ;
- le nouvel actionnaire résident d'Allemagne bénéficie quant à lui d'un avantage consistant non seulement dans le bénéfice de l'avoir fiscal, mais également dans celui de pouvoir déduire de sa base imposable la dépréciation des titres consécutive à la distribution des dividendes.

C'est afin de lutter contre cette pratique et d'assurer la cohérence de son régime fiscal que le gouvernement allemand a adopté l'article 50c de l'EstG.

L'article 50c de l'EstG allemand limite, en substance, le droit pour le nouvel actionnaire de déduire de ses bénéfices imposables les pertes afférentes à la perte de valeur des participations qu'il détient dans une société résidente lorsque celui-ci a acquis ses parts auprès d'un actionnaire qui ne réside pas en Allemagne, avant la distribution des dividendes de la société.

Cette réglementation a donc pour conséquence que, lorsqu'un contribuable résident a acquis des parts dans une société de capitaux résidente auprès d'un porteur de parts non-résident, la dépréciation des parts sociales qu'il détient du fait de la distribution de dividendes n'affecte pas l'assiette de l'impôt de l'acquéreur, alors qu'en cas d'acquisition de telles parts auprès d'un porteur de parts résident d'Allemagne, cette dépréciation diminue la base d'imposition de l'acquéreur.

Techniquement, cette limitation de la prise en compte de la dépréciation des parts sociales du fait de la distribution de dividendes pour la détermination du résultat imposable de la société allemande s'applique à partir de l'année de l'acquisition desdites parts sociales et pendant les neuf années consécutives. Elle ne concerne toutefois que les dépréciations de valeur des parts sociales qui résultent d'une opération de distribution ou de transfert de bénéfices en exécution d'un accord de contrôle, et pour autant que la diminution du résultat imposable en résultant n'excède pas un certain montant, dit « montant bloqué ».

Ce « montant bloqué », qui correspond à la différence entre le prix d'acquisition acquitté par le porteur de parts résident et la valeur nominale des parts, grève ainsi la valeur fiscale des parts sociales acquises auprès d'un non-résident, en annulant en substance les effets de la dépréciation des titres résultant de la distribution de dividendes opérée.

Or, la possibilité pour un contribuable résident d'Allemagne de déduire de ses bénéfices imposables les pertes afférentes à la dépréciation de valeur des parts détenues dans la société distributrice allemande, lorsque la diminution de la valeur des parts résulte de la distribution de dividendes, constitue indéniablement un avantage fiscal.

Dans la présente affaire, la question qu'a eu à trancher la Cour consistait donc à savoir si l'article 50c de l'EstG constituait une restriction à la libre circulation des capitaux au sens de l'article 56 CE.

Et l'on notera avec intérêt que la réponse apportée par la CJCE entre parfaitement en résonance avec le raisonnement suivi par le Conseil d'État dans les arrêts *Bank of Scotland*, d'une part, et *Axa et Henri Goldfarb*, d'autre part.

Sans surprise, la Cour constate que le fait d'accorder ledit avantage (consistant en la possibilité de déduire la perte de valeur des titres) à un contribuable résident, uniquement en cas d'acquisition de parts d'une société résidente auprès d'un porteur de parts résident, rend les parts détenues par les non-résidents moins attrayantes et, par conséquent, est susceptible de dissuader ledit contribuable résident d'acquiescer celles-ci.

En outre, selon la Cour, une telle différence de traitement est également susceptible de dissuader les investisseurs non-résidents d'acquiescer des parts dans les sociétés résidentes d'Allemagne et de constituer ainsi pour lesdites sociétés un obstacle à la collecte de capitaux en provenance des autres États membres.

Certes, une fois la discrimination constatée, la CJCE admet dans un premier temps que la réglementation allemande au cœur du litige peut être justifiée par la nécessité de préserver une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres et par la nécessité de prévenir l'évasion fiscale dès lors qu'elle permet d'éviter que le porteur de parts non-résident ne puisse bénéficier indûment des avantages liés à l'élimination de la double imposition économique tels que prévus par la convention liant l'Allemagne au pays de résidence de celui-ci. Selon la CJCE, en effet, « l'article 73 B du traité CE (devenu article 56 CE) doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation d'un État membre, en vertu de laquelle la dépréciation de parts sociales du fait de la distribution de dividendes n'affecte pas l'assiette de l'impôt d'un contribuable résident, lorsque celui-ci a acquis des parts dans une société de capitaux résidente, auprès d'un porteur de parts non-résident, alors que, en cas d'acquisition de parts auprès d'un porteur de parts résident, une telle dépréciation diminue la base d'imposition de l'acquéreur ».

Toutefois, selon la Cour, la réglementation allemande dépasse en l'espèce ce qui est nécessaire pour prévenir l'évasion fiscale dès lors qu'elle s'applique dans tous les cas où un résident acquiert des parts auprès d'un non-résident et ne vise pas seulement les comportements abusifs ou frauduleux. De fait, la Cour précise qu'une telle réglementation n'est acceptable que si « la législation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour sauvegarder une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres, ainsi que pour prévenir les montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique et créés uniquement dans le but de bénéficier indûment d'un avantage fiscal ». Et la Cour d'ajouter qu'« il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner si la réglementation en cause au principal se limite à ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs ».

En conclusion, l'on ne peut qu'être frappé par la similitude des conclusions auxquelles est arrivée la Cour dans l'arrêt *Glaxo Wellcome* et de celles auxquelles est parvenu

le Conseil d'État dans les arrêts *Bank of Scotland*, d'une part, *Axa* et *Henri Goldfarb*, d'autre part.

Dès lors que le Conseil d'État a jugé dans les arrêts *AXA* et *Henri Goldfarb* que les opérations d'allers et retours sur titres, d'achats à réméré ainsi que de prêts-emprunts de titres autour du détachement du coupon afin de bénéficier de l'avoir fiscal n'étaient pas, en l'absence de montage artificiel, constitutives d'une fraude à la loi, l'on peut donc supposer qu'il ne pourrait que conclure dans le même sens s'il avait à se prononcer sur des opérations sur titres similaires émis par des sociétés résidentes d'un État de l'Union Européenne, auxquelles sont attachés des crédits d'impôts conventionnels destinés à éliminer la double imposition économique auxquels sont encore malheureusement parfois soumis les revenus de capitaux mobiliers, en l'absence d'une véritable harmonisation fiscale européenne.

Cette solution pourrait d'ailleurs être étendue aux États tiers signataires d'une convention fiscale avec la France dès lors que l'article 56.1 du traité CE est d'effet direct dans les relations entre les États membres et les pays

tiers<sup>11</sup> et que la notion de restrictions aux mouvements de capitaux doit s'interpréter de la même manière dans les relations entre États membres et pays tiers que dans celles entre États membres<sup>12</sup>, sauf en matière d'investissements directs<sup>13</sup> et sous réserve toutefois de l'appréciation des justifications (les raisons impérieuses d'intérêt général) susceptibles d'être apportées par les États à une restriction à la libre circulation des capitaux qui peut être différente selon que les mouvements de capitaux sont entre États membres ou entre un État membre et un État tiers, dès lors que le cadre légal diffère (absence de législation communautaire)<sup>14</sup>. ■

---

11. CJCE, 18 décembre 2007, C-101/05, A.

12. CJCE, 18 décembre 2007, C-101/05, A.

13. CJCE, 18 décembre 2007, C-101/05, A. ; voir aussi *FII Group Litigation*, *Hölböck* (C-157/05) et *Commission c. Allemagne* (C-112/05)

14. CJCE, 18 décembre 2007, C-101/05, A.