



CLAIRE ACARD
Associé

Ernst & Young, Société d'avocats

CAA Paris du 15 mars 2007, n° 04PA03397, plénière

La société anonyme Banque d'Orsay, filiale intégrée du groupe AXA, s'était livrée en 1992 et 1993 à de nombreuses opérations d'emprunts et d'achats à réméré de titres autour du détachement du coupon et avait de ce fait obtenu des avoirs fiscaux pour des montants importants. L'administration avait remis en cause l'imputation desdits avoirs fiscaux sur le fondement de l'article L. 64 du LPF 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 les avoirs fiscaux. Autrement dit, les opérations d'emprunts et d'achats à réméré de titres étaient constitutives d'abus de droit en raison du but exclusivement fiscal qu'elles poursuivaient.

Dans son jugement du 22 juin 2004, le tribunal administratif de Paris rejetait la demande de la Banque d'Orsay tendant à la décharge des compléments d'impôt sur les sociétés mis à sa charge, et confirmait la position retenue par l'administration.

La société AXA, venant aux droits de sa filiale, avait fait appel du jugement. Dans son mémoire, elle soutenait l'absence de preuve de l'existence d'un abus de droit. Le comité consultatif des abus de droit n'ayant pas été saisi, la démonstration de l'abus de droit restait en effet à la charge de l'administration. Il était également soulevé que le transfert de l'avoir se situait hors du champ de l'abus de droit.

En réponse à cette argumentation, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie abandonnait le terrain de l'abus de droit pour se placer, par substitution de base légale, sur le fondement de la fraude à la loi. La stratégie adoptée par l'administration fiscale n'est pas sans rappeler la solution dégagée dans l'arrêt Janfin¹ qui, tout en excluant l'utilisation comme moyen de paiement des avoirs fiscaux issus des opérations d'achat-revente de titres du champ de l'abus de droit, n'avait pourtant pas permis, en l'absence de requête en ce sens par l'administration, de déterminer si une fraude à la loi fiscale était en l'espèce caractérisée. La question du transfert de l'avoir fiscal restait en suspens.

La solution apportée par la cour administrative d'appel de Paris en sa formation plénière nous apporte un élément de réponse : *"alors même que leur but est purement fiscal les opérations en litige ne peuvent être qualifiées de fraude à la loi"*.

Après avoir vérifié que les conditions de la substitution de base légale étaient remplies (I), la cour a procédé à l'examen des deux critères de la fraude à la loi. Bien que les opérations litigieuses aient été effectuées dans un but exclusivement fiscal (II), elles ne sont pas contraires aux objectifs poursuivis par les auteurs de la loi instituant l'avoir fiscal (III).

I. La substitution de base légale

La possibilité de substituer au fondement de l'abus de droit, celui de la fraude à la loi n'est sûrement pas l'apport principal de la présente décision, mais un bref rappel de la procédure employée n'est pas sans intérêt.

L'administration fiscale ne pouvant renoncer à percevoir l'impôt², la jurisprudence lui a reconnu la faculté de demander, à tout moment de la procédure, qu'un nouveau fondement légal soit substitué à celui qui a été initialement utilisé pour l'établissement de l'imposition.

La requête du ministre tendant à substituer *"au motif tiré des dispositions de l'article L. 64 du LPF, celui selon lequel il appartient à l'administration, lorsque se révèle une fraude commise en vue d'obtenir l'application de dispositions de droit public, d'y faire échec, même dans le cas où cette fraude revêt la forme d'un acte de droit privé"* se comprend d'autant mieux, que deux mois auparavant, le juge de l'impôt lui avait coupé l'herbe sous le pied en déchargeant la société Janfin de toute imposition du fait d'une absence de demande en ce sens.

Le Conseil d'État avait en effet considéré que *"l'administration ne peut faire usage des pouvoirs qu'elle tient des dispositions précédentes (article L. 64 du LPF), lorsqu'elle entend contester, comme moyen de paiement de l'impôt dû, l'utilisation de l'avoir fiscal, laquelle ne déguise ni la réalisation, ni le transfert de bénéfices ou de revenus"*³. Il avait cependant laissé entrouverte la voie de la fraude à la loi afin que l'administration puisse *"écarter les actes qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n'ont*

1. CE 27 septembre 2006, n° 260050, Sté Janfin: JCP E 2006, n° 50, p. 2170.
2. Notamment, CE 7 décembre 1981 n° 16576: RJF 3/82 n° 123.

3. CE 27 septembre 2006, n° 260050, Sté Janfin: JCP E 2006, n° 50, p. 2170.

*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*⁴.

Dès lors, la stratégie adoptée par le ministre se comprend aisément. La substitution de base légale n'étant pas un moyen dont le juge peut se saisir d'office⁵, en l'absence d'une requête tendant à se placer sur le fondement de la fraude à la loi, la Banque d'Orsay n'aurait pu qu'être déchargée de toute imposition.

On peut ajouter à cela que la circonstance que la substitution de base légale soit proposée pour la première fois en appel ne présente pas de difficulté, puisque le Conseil d'État l'admet depuis 1964⁶.

Aussi, seul l'examen relatif au respect des règles de procédure correspondant au nouveau fondement légal sollicité par le ministre retiendra plus amplement notre attention. En effet, il est de jurisprudence constante que lorsque l'administration invoque une nouvelle base légale afin de maintenir une imposition, la procédure d'imposition correspondant à la nouvelle base légale doit avoir été effectivement suivie⁷. En d'autres termes, le passage de l'abus de droit vers la fraude à la loi implique que la procédure relative à cette dernière ait été intégralement respectée. Cela ne soulève aucune difficulté particulière puisque la procédure attachée à la fraude à la loi est celle de droit commun.

Nous noterons au passage que la réciproque n'est pas vraie puisqu'en raison des dispositions procédurales propres à la répression de l'abus de droit, la substitution de base légale conduirait nécessairement à priver le contribuable des garanties prévues par la loi.

Quoi qu'il en soit, on comprend dès lors un peu mieux pourquoi la cour d'appel de Paris se livre à un examen attentif des garanties procédurales attachées au nouveau fondement légal. Or, le nouveau fondement n'implique aucune garantie particulière puisqu'il y a lieu de suivre la procédure de droit commun. De sorte que, après avoir constaté que la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires "n'était pas compétente pour apprécier si les opérations litigieuses pouvaient être qualifiées de fraude à la loi", aucun obstacle ne subsistait à l'examen du bien-fondé de la demande de substitution de base légale.

II. Le but exclusivement fiscal

Depuis l'arrêt Janfin⁸, on retient que la fraude à la loi est constituée par la réunion de deux éléments cumulatifs correspondants d'une part, à une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs et d'autre part, au but exclusivement fiscal des opérations en litige.

Compte tenu de la définition de la fraude à la loi, il aurait pu paraître surprenant de se livrer à l'examen du but exclusivement fiscal avant de s'intéresser à l'intention des auteurs du texte en cause. En réalité, la méthodologie

employée par la cour se justifie parfaitement. L'*addendum* consistant à rechercher les objectifs poursuivis par les auteurs d'un texte a été conçu comme une soupape de sécurité. Il permet d'éviter une application trop systématique de la fraude à la loi à des opérations dont le but exclusivement fiscal est établi⁹.

C'est donc en toute logique que la cour se livre, dans un premier temps, à une véritable expertise des opérations d'emprunts et d'achats à réméré réalisées par la Banque d'Orsay.

Dans un premier temps, la cour fait référence au nombre d'opérations de ce type réalisées durant les années 1992 et 1993. Puis, dans un second temps, elle met en exergue la très courte durée de détention des titres par la banque. Mais ce qui paraît emporter sa décision, se situe dans le troisième temps de son étude consacrée à la description détaillée de l'opération réalisée avec la société Accor. En effet, tout en décrivant l'opération d'achat-revente, la cour constate que la moins-value résultant de la revente ou du remboursement des titres après détachement du coupon est strictement égale au prix d'achat retranché "d'une part d'une somme strictement équivalente au dividende perçu, d'autre part « une pénalité d'avoir fiscal » [...] représentant la moitié de l'avoir fiscal attaché aux dividendes distribués".

Dans ces conditions, la cour relève que "l'analyse globale des opérations d'emprunt et d'achat à réméré en litige à laquelle a procédé l'administration fait apparaître que l'intérêt financier de ces opérations ne tenait qu'aux acquisitions importantes d'avoirs fiscaux".

Ainsi, "l'administration apporte la preuve lui incombant que lesdites opérations n'ont pu être inspirées par aucun motif autre que celui d'acquiescer les moyens de payer les charges fiscales que la société ou le groupe auquel elle appartenait aurait dû normalement acquiescer eu égard à sa situation et à ses activités réelles".

La motivation ne soulève pas de difficulté tant elle fait écho avec la jurisprudence passée du Conseil d'État¹⁰. Pourtant, la formulation habituelle n'est reprise qu'en partie. La cour ne fait pas référence à des actes "qui n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales", mais à des opérations "qui n'ont pu être inspirées par aucun autre motif que celui d'acquiescer les moyens de payer les charges fiscales".

Nous ne pensons pas qu'il faille attacher une importance particulière à cette légère modification. Nous préférons y voir l'adaptation d'une motivation conçue en matière d'assiette de l'impôt à une problématique de liquidation de l'impôt.

III. Les objectifs poursuivis par le législateur

La recherche d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs est le second versant de la fraude à la loi. La cour administrative d'appel de Paris s'attache donc naturellement à déter-

4. CE 27 septembre 2006, n° 260050, Sté Janfin: JCP E 2006, n° 50, p. 2170.

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

6. CE 23 novembre 1964 n° 49517: Dupont 1965 p. 28.

7. Par exemple, CE 23 mars 1984 n° 36345: RJF 5/84 n° 668.

8. Note précitée.

9. Réunion CEFEP 5 octobre 2006, commentaire de l'arrêt Janfin.

10. CE Plén., 10 juin 1981, n° 19079: DF 1981, n° 48-49, comm. 2187.

miner quels étaient les objectifs poursuivis par les auteurs de la loi du 12 juillet 1965 instituant l'avoir fiscal. Après avoir examiné les travaux préparatoires de ladite loi, elle relève que *“tant le Gouvernement que le Parlement qui en sont les auteurs ont eu comme objectifs de favoriser l'actionnariat des entreprises ainsi que le développement de la place financière de Paris et d'éliminer à cet effet la double imposition qui frappait les dividendes”*.

Dans un premier temps, la cour rappelle que *“le droit à l'avoir fiscal n'est nullement subordonné à une durée de détention des titres avant ou après la mise en paiement des dividendes auxquels il est attaché”*. Par suite, la courte détention des titres, qui caractérise les opérations d'achat à réméré ou d'emprunts de titres, est exempte de toute critique.

Dans un second temps, la cour considère que les opérations d'emprunts ou d'achats à réméré ne sont pas constitutives de fraude à la loi. En effet, tout en étant *“étrangères aux objectifs poursuivis par les auteurs du texte, elles ne s'en sont pas écartées au point de leur être contraires, dès lors qu'elles ont permis que ne soient pas doublement imposés, par le biais d'un avoir fiscal dont ni le principe ni le montant ne sont contestés, les dividendes des titres empruntés ou achetés à réméré par la Banque d'Orsay, conformément aux intentions des auteurs du texte”*.

La solution était espérée et l'on peut se réjouir de la *“sécurité fiscale”* apportée aux nombreux contribuables qui se sont adonnés à cette pratique usuelle, d'autant plus que la motivation adoptée par la cour s'avère particulièrement rigoureuse.

En effet, les opérations en litige ne sont pas constitutives de fraude à la loi puisqu'elles sont conformes à l'objectif technique d'élimination de la double imposition poursuivi par les auteurs de la loi du 12 juillet 1965.

La double imposition est généralement définie comme *“la situation dans laquelle deux personnes différentes sont imposables au titre d'un même revenu ou d'une même fortune”*¹¹. Or, le bénéficiaire de la société cédée temporairement fait bien l'objet d'une double imposition puisqu'il est imposé une seconde fois chez l'acquéreur des titres lors du versement du dividende.

En conséquence, l'attribution d'un avoir fiscal au bénéficiaire de la distribution du dividende a bien pour effet d'éliminer la double imposition conformément aux intentions des auteurs de la loi instituant l'avoir fiscal.

Toutefois, la double imposition ne pourrait être qu'apparente. Comme le relève la cour, le produit constaté par la Banque d'Orsay lors du versement de dividendes est aussitôt effacé par une moins-value déagée au moment de la revente des titres. Pour autant, il ne semble pas que cette circonstance ait pour effet d'invalider le raisonnement suivi par la cour car d'un point de vue juridique, la double imposition est réellement présente au moment précis de la distribution de dividendes.

De plus, l'opération d'achat-revente de titres ne peut être appréhendée que d'un point de vue global, c'est-à-dire

par l'analyse combinée de ses effets fiscaux à l'égard de l'acheteur et du vendeur.

Or, lors de la cession initiale, le vendeur dégage une plus-value dont la base est composée de la valeur du titre majorée et du prix du coupon.

En d'autres termes, et à supposer que la double imposition économique des dividendes soit absente chez l'acheteur du fait de la moins-value réalisée, elle trouve toute son expression chez le vendeur au travers de la plus-value de cession qui, pour partie, appréhende le montant du coupon.

En conséquence, du point de vue de l'analyse d'ensemble, les opérations d'achat-revente de titres autour de la date de détachement du coupon ne sont pas contraires à l'objectif technique d'élimination de la double imposition poursuivi par les auteurs de la loi instituant l'avoir fiscal, et ne peuvent donc entrer dans le champ de la fraude à la loi.

La même conséquence doit être tirée de l'examen des opérations d'achat-revente de titres au regard de l'objectif global de renforcement des fonds propres des entreprises françaises poursuivis par les auteurs de la loi instituant l'avoir fiscal. Elles y sont totalement indifférentes et c'est en cela qu'elles sont étrangères, et non contraires aux objectifs poursuivis par les auteurs de la loi du 12 juillet 1965.

Des interrogations subsistent cependant. Doit-on considérer que la solution rendue par la cour administrative d'appel de Paris a une portée générale, et notamment qu'elle a vocation à s'appliquer aux opérations d'achat-revente de titres mettant en présence des non-résidents ?

On se souviendra que le projet de loi dont est issue la loi du 12 juillet 1965 portait en son sein un certain *“relent de nationalisme”*¹². Lorsqu'il fût en effet demandé au Gouvernement Pompidou d'expliquer pourquoi il préférerait accorder à l'actionnaire un avoir fiscal, plutôt que d'attribuer aux bénéficiaires distribués un taux réduit de l'impôt sur les sociétés, une raison majeure avait été avancée : l'avantage fiscal résultant de la réforme devait être réservé aux porteurs de parts français¹³, afin de *“décourager l'épargne étrangère à venir s'investir en France”*¹⁴.

Or, tel n'était plus l'esprit du dispositif quelques années plus tard. En effet, l'article 158 *ter* 1° alinéa 2 du CGI réservant le bénéfice de l'avoir fiscal à des personnes qui avaient leur domicile réel ou leur siège social en France a très vite été tempéré. La loi de finances pour 1970¹⁵, en son article 62, codifié à l'article 242 *quater* du CGI, avait étendu le bénéfice de l'avoir fiscal à des non-résidents par l'intermédiaire de certaines conventions tendant à éliminer les doubles impositions.

D'où la question de savoir si une opération d'achat-revente de titres dont le vendeur est un non-résident ne pouvant bénéficier *ab initio* de l'avoir fiscal ne présenterait pas *“un fort parfum de fraude à la loi”*¹⁶ ? Cette analyse nous semble cependant contestable.

11. Bruno Gouthière, Les impôts dans les affaires internationales, 2004, 6^e éd, Francis Lefebvre.

12. Rapport fait au nom de la Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des Comptes économiques de la Nation, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, modifiant l'imposition des entreprises et des revenus de capitaux mobiliers, M. Pellenc, sénateur, p. 15.

13. Rapport Séance du 30 avril 1965 JO du 7 septembre 1975

14. Rapport fait au nom de la Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des Comptes économiques de la Nation, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, modifiant l'imposition des entreprises et des revenus de capitaux mobiliers, M. Pellenc, sénateur, p. 15.

15. Loi n° 69-1161 du 24 décembre 1969.

16. Conclusions Laurent Olléon sous CE, 27 septembre 2006, n° 260050, Sté Janfin.

De fait, le législateur est intervenu par le passé afin de sanctionner des transferts abusifs d'avoirs fiscaux entre résidents et non-résidents. Les opérations d'achat-revente de titres n'ont jamais été visées.

À titre d'exemple, il convient de rappeler la teneur dispositif élaboré en urgence en réponse au contentieux opposant l'administration fiscale à la société écossaise Bank of Scotland visant à contrecarrer "un cas contestable d'utilisation optimisée des différentes conventions fiscales internationales"¹⁷.

La convention fiscale franco-américaine ne permettant pas le remboursement de l'avoir fiscal correspondant aux dividendes versés par les sociétés françaises aux résidents des États-Unis, une société américaine avait donc cédé à la société écossaise Bank of Scotland un usufruit temporaire sur des actions de sa filiale française afin de contourner le dispositif prévu par l'article 158 *ter* 1° alinéa 2 du CGI.

En application de la convention franco-britannique du 22 mai 1968, la banque avait, en 1993, demandé au centre des impôts des non-résidents le remboursement de l'avoir fiscal attaché à un versement de dividendes.

En réponse à cette forme de "treaty shopping", le ministre de l'économie et des finances s'était empressé d'introduire, à l'article 45 de la loi de finances rectificative pour 1993, un dispositif tendant à empêcher une pareille utilisation des conventions fiscales¹⁸.

Aux termes de cet article, le bénéfice de l'avoir fiscal attaché au versement de dividende de titres démembrés est subordonné à la condition que le démembrement n'ait pas été mis en place dans le but d'accorder un avoir fiscal qui ne l'aurait pas été en l'absence d'une telle opération. Le texte ne vise toutefois que les démembrements de titres entre personnes morales.

Il faut nous semble-t-il conclure qu'une réaction législative ne se serait pas fait attendre si le législateur avait considéré comme frauduleuses des opérations d'achat-revente ou de prêts-emprunts de titres entre résidents et non-résidents.

Par là même, et en l'absence de texte en ce sens, il nous semble difficile d'admettre que la généralité des opérations d'achat-revente ou de prêts-emprunts de titres ayant pour effet de transférer des avoirs fiscaux puisse être qualifiées de frauduleuses.

La cour administrative d'appel de Paris a écarté les opérations d'achat-revente de titres du champ de la fraude à la loi, et l'on doit s'en féliciter. Mais au-delà de la logique juridique de la solution, la confiance légitime du contribuable dans la justice fiscale s'en trouve restaurée. L'on ne peut en effet accepter que l'administration fiscale crée, par l'usage du temps et de la pratique, une certaine apparence de sécurité juridique pour, in fine, la remettre en cause par voie de redressement. ■

17. Conclusions François Sénors sous CE 29 décembre 2006, n° 283314, Bank of Scotland.

18. Note précitée.

Das Kapital? C'est une revue sur l'asset management?

www.revuebanelibraiirie.com

La librairie spécialisée dans la banque et la finance

