

## Procédures fiscales

### Procédures de rectification

#### 276 Abus de droit et montage répondant à un objectif patrimonial et familial Qui trop embrasse mal étreint (ou l'abus de droit éconduit)

La cour administrative d'appel de Versailles se prononce sur l'existence d'un abus de droit dans l'hypothèse d'un montage répondant à un objectif patrimonial et familial, visant à la fois à prévenir une dispersion du capital, en vue de sa transmission aux enfants et à préserver, dans l'attente de celle-ci, le pouvoir de décision du contribuable, sans que ce dernier fût tenu d'informer ses enfants et associés de ses choix de gestion et de l'importance des fonds concernés. La cour juge que si l'Administration conteste l'opportunité de telles décisions, il ne lui appartient pas, lorsqu'elle se place sur le terrain de l'article L. 64 du LPE, de porter une appréciation sur le bien-fondé d'un objectif qu'elle ne réfute pas ni sur les moyens qui auraient été les plus appropriés selon elle de le mettre en œuvre. Dans ces conditions, elle ne démontre pas que les opérations dont elle reconnaît qu'elles n'ont pas revêtu un caractère fictif, auraient eu un but exclusivement fiscal ni que ces dernières auraient permis au contribuable d'éluider l'impôt.

CAA Versailles, 6<sup>e</sup> ch., 28 déc. 2012, n° 10VE00433, M. Badin, concl. J.-É. Soyez, note R. Poirier  
Arrêt définitif

1. Considérant qu'à l'issue de la vérification de comptabilité des sociétés GDLF et Taheyre 96, dirigées par M. Badin, et d'un contrôle sur pièces de M. et M<sup>me</sup> Badin, l'Administration a mis en œuvre les dispositions de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales à l'encontre des requérants, au titre des années 2001 à 2003, au motif qu'ils auraient accompli des opérations dans un but exclusivement fiscal, et les a assujettis à des suppléments d'impôt sur le revenu et à des cotisations supplémentaires de contributions sociales, assortis de pénalités ; que les requérants relèvent appel du jugement n° 0603937 du 18 décembre 2009 par lequel le tribunal administratif de Versailles a rejeté leur demande tendant à obtenir la décharge de ces impositions ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, dans sa rédaction alors applicable : « Ne peuvent être opposés à l'administration des impôts les actes qui dissimulent la portée véritable d'un contrat ou d'une convention à l'aide de clauses (...) qui déguisent soit une réalisation, soit un transfert de bénéfices ou de revenus (...) L'Administration est en droit de restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse (...) » ; qu'il résulte de ces dispositions que, lorsque l'Administration use de la faculté qu'elles lui confèrent dans des conditions telles que la charge de la preuve lui incombe, elle est fondée à écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, dès lors qu'elle établit que ces actes ont un caractère fictif, ou que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils 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, auraient normalement supportées, eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ;

3. Considérant que les rectifications litigieuses ayant été notifiées selon la procédure de répression des abus de droit et n'ayant pas donné lieu à une saisine du comité consultatif de répression des abus de droit, l'Administration supporte la charge de la preuve du bien-fondé de ces rectifications ;

4. Considérant, d'une part, qu'il résulte de l'instruction qu'en 1995 et 1996, M. Badin a créé deux sociétés civiles, les sociétés Teheire 96 et GDLF, dont il s'est réservé la gérance ; que ces sociétés se sont vues attribuer par voie de cession ou d'apport des actions et obligations auparavant possédées par la société holding familiale Montgrillet dont M. Badin était également associé-gérant ; qu'au cours des exercices clos les 31 décembre 2001, 2002 et 2003, M. Badin a effectué des prélèvements sur le compte courant d'associés qu'il détenait dans la société GDLF, en contrepartie de la rémunération du prix de vente des obligations avec souscription d'achats de la société Montgrillet ; que l'Administration a considéré que ces opérations s'analysaient comme une distribution occulte de revenus, taxable sur le fondement des dispositions du c de l'article 111 du Code général des impôts, et obéissaient à un but exclusivement fiscal ; qu'elle a en effet remis en cause la création des sociétés Teheire 96 et GDLF en 1995 et 1996 et les mouvements de fonds effectués par M. Badin sur les comptes de ces deux sociétés au cours des années suivantes, et en a tiré les conséquences au titre des trois derniers exercices non prescrits à la date de son contrôle ; que, toutefois, l'Administration n'apporte d'explications claires ni sur le lien existant entre les opérations effectuées au titre des années 1995 et 1996 et les opérations rectifiées au titre des années 2001 à 2003 ni sur les motifs proprement fiscaux qui auraient guidé M. Badin, que les requérants précisent en revanche, sans être utilement contredits par l'Administration, que la création des sociétés Teheire 96 et GDLF en 1995 et 1996, les modalités de constitution de leurs actifs et la rédaction très particulière de leurs statuts, notamment en ce qui concerne la société Teheire 96, répondaient à un objectif patrimonial et familial, visant à la fois à prévenir une dispersion du capital des sociétés destinées à recueillir le patrimoine mobilier de M. et M<sup>me</sup> Badin, en vue de sa transmission à leurs enfants et à préserver, dans l'attente de celle-ci, le pouvoir de décision de M. Badin, sans que ce dernier fût tenu d'informer ses enfants et associés de ses choix de gestion et de l'importance des fonds concernés ; que si l'Administration conteste l'opportunité de telles décisions, il ne lui appartient pas, lorsqu'elle se place sur le terrain des dispositions de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, de porter une appréciation sur le bien-fondé d'un objectif qu'elle ne réfute pas ni sur les moyens qui auraient été les plus appropriés selon elle de le mettre en œuvre ; que, dans ces conditions, elle ne démontre pas que les opérations sus-décrites, dont elle reconnaît au demeurant qu'elles n'ont pas revêtu un caractère fictif, auraient eu un but exclusivement fiscal ni que ces dernières auraient permis à M. Badin d'éluider l'impôt au titre des années 2001 à 2003 ;

5. Considérant, d'autre part et au surplus, qu'il résulte de l'instruction que, ni les premiers juges ni l'Administration n'ont recherché si les requérants avaient appliqué de manière littérale un ou des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs ;

6. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que, les impositions en litige étant dépourvues de base légale, M. et M<sup>me</sup> Badin sont fondés à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Versailles a rejeté leur demande, et à solliciter la décharge desdites impositions ; (...)

## CONCLUSIONS

La famille Badin est une des trois fondatrices de Carrefour. Pour éviter la dispersion du capital et la perte de poids de cette famille dans le groupe de distribution, M. Gustave Badin, père du requérant, a créé une holding, la société anonyme Montgrillet qui regroupait les participations des cinq branches de la famille. M. Philippe Badin en était associé et la dirigeait. En 1995 et 1996, des modifications en cascade sont intervenues dans la structure juridique de ce capital familial. Elles ont eu pour effet de réunir les actions et les obligations de cette société dans deux sociétés civiles : la société Teheire 96, détenant les actions, dans la société Montgrillet, de M. Badin et de ses frères et sœurs, et la société GDLF qui regroupait les obligations de la société Montgrillet que possédait la génération suivante. Seul le gérant de la première société, toujours M. Badin, avait droit de vote à l'assemblée générale de la société Montgrillet. M. Badin était également gérant de GDLF.

Lors de la vérification de comptabilité de Teheire 96 et de GDLF, ces montages ont intrigué le fisc. Il a constaté que la création de ces sociétés s'accompagnait de la cession en 1995 par M. Badin à GDLF d'obligations assorties de bons de souscription d'actions de Montgrillet et d'un apport à Teheire 96 de 2 242 actions dont il était propriétaire dans la société Montgrillet. GDLF a souscrit les actions, qu'elle a cédées à Teheire 96, laquelle a constaté en contrepartie une dette au bénéfice de la cessionnaire. Enfin, la cession à GDLF des obligations a été constatée au crédit du compte courant de M. Badin, sur lequel ce dernier effectuait des prélèvements à titre de remboursement de sa créance. Le fisc a vu dans cette succession d'opérations juridiques et de mouvements de fonds un montage destiné à minorer l'imposition du requérant : exclusion de son impôt sur la fortune des dividendes encaissés par Teheire 96, volatilisation des plus-values de cession lors de leur passage par GDLF. Enfin, cette pérégrination de titres de la société Montgrillet a eu encore cet avantage, le seul à vrai dire qui ne soit pas prescrit, de transformer des actions et obligations Montgrillet en dette à vue, dont le remboursement à volonté à M. Badin n'était pas imposable.

Sur le fondement de l'article L. 64 du LPF, le fisc a entendu restituer ce qu'il croyait être son véritable caractère à l'opération litigieuse. Il a notifié à M. Badin des redressements d'impôt sur le revenu dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, sur le fondement de l'article 111, c du CGI pour les années 2001 à 2003. L'abus de droit emportant les majorations de 80 % infligées, ces rappels se sont élevés à plus de 3 M €. Par jugement du 18 décembre 2009, le tribunal administratif de Versailles a estimé que les transactions qui viennent d'être décrites, ne s'étaient pas déroulées dans des conditions économiques normales. Il a jugé que, si l'on pouvait encore admettre le motif allégué de la création de Teheire 96, il n'en allait pas de même du montage ayant présidé à la création de la société GDLF.

Le litige porte sur l'objet de ce montage. M. Badin se défend d'avoir été mû par des mobiles fiscaux, il invoque un intérêt patrimonial qui revêtait des aspects familiaux, générationnels et... éducatifs.

En premier lieu, le requérant a entendu prévenir une dispersion du capital de Montgrillet entre des mains étrangères. En effet, le décès d'un actionnaire de la génération du requérant pouvait entraîner la cession par ses héritiers d'actions de la holding. En outre, il aurait fallu désintéresser les héritiers de l'associé en cas de refus d'agrément de l'acquéreur de leur part. Ce qui aurait pu être onéreux.

En deuxième lieu, M. Badin expose sans fard avoir voulu réserver le pouvoir de décision aux associés de sa génération, qui exercent tous des fonctions de gestion dans la société Montgrillet. Il s'agirait, sans spolier la génération suivante, de ne pas subir la pression d'associés dormants, surtout soucieux d'augmenter les dividendes. C'est le conflit d'intérêts classique, dans les affaires familiales, à partir de la

troisième génération, entre ceux qui veulent faire vivre la holding familiale, en y apportant leur travail et leurs capitaux, et ceux qui veulent en vivre, en rentiers. À la génération des parents, le droit de vote ; à celle des enfants, réunie dans GDLF, une créance obligataire.

En troisième lieu, la cession par M. Badin à GDLF de ses obligations à bons de souscription d'action répondait à des préoccupations éducatives : ne nécessitant pas une consultation de la jeune génération, cette cession la laissait dans l'ignorance de sa situation de fortune. Car, selon le requérant, les parents étaient soucieux de protéger les enfants contre la facilité que donne l'argent. Il faut donc supposer que les enfants ne se doutaient pas de leur bonne étoile.

Voilà pour les motifs du requérant qui n'ont pas convaincu le fisc.

Avant de revenir à l'examen des arguments des parties, une remarque. Le fisc n'argumente que sur l'un de deux critères de l'abus de droit, l'intention exclusive d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales. Or, en matière d'abus de droit ne reposant pas sur un acte juridiquement fictif, la décision de section du 27 septembre 2006 (*CE, sect., 27 sept. 2006, n° 260050, Sté Janfin : JurisData n° 2006-081020 ; Rec. CE 2006, p. 401 ; Dr. fisc. 2006, n° 47, comm. 744, concl. L. Olléon ; Procédures 2006, comm. 284, note J.-L. Pierre ; RJF 12/2006, n° 1583 ; BDCF 12/2006, n° 156, concl. L. Olléon ; Bull. Joly Sociétés 2007, p. 104, § 12, note S. Reeb-Blanluet ; BGFE 2006, n° 12, p. 30 et s., obs. N. Chahid-Nourai.* – V. également, O. Fouquet, *Fraude à la loi et abus de droit : Dr. fisc. 2006, n° 47, 65*) est venu corriger le risque d'abus de droit rampant, selon l'expression de Jérôme Turot (*J. Turot, Abus de droit. Réalisme fiscal, abus de droit et opposabilité à l'Administration des actes juridiques (ou l'abus de droit rampant) : RJF 8-9/1989, p. 458 à 463*), favorisé par la décision de principe du 10 juin 1981, dit « société civile du vignoble bordelais » (*CE, 7<sup>e</sup>, 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> sous-sect., 10 juin 1981, n° 19079 ; Dr. fisc. 1981, n° 48, comm. 2187, concl. P. Lobry ; RJF 9/81, p. 429*). On sait que dans cette décision controversée, l'abus de droit fiscal a pu être constaté par la seule finalité fiscale des actes du contribuable. Depuis la décision de section *Janfin*, deux critères doivent être remplis. D'une part, le contribuable n'a pu être guidé par aucun motif autre que celui d'éluder ou d'atténuer une imposition qu'il aurait normalement supportée eu égard à sa situation et à ses activités réelles ; d'autre part, il doit avoir recherché le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs.

Il peut y avoir deux raisons à ce silence du fisc sur ce second critère dans la présente affaire. La première est que seules sont en cause des dispositions législatives dépourvues de caractère fiscal. Ce qui est contesté en effet, ce sont des opérations de cession dont la légalité s'apprécie au regard du droit civil et du droit des sociétés. Ce sont donc les textes, notamment de la loi de 1966, régissant les transferts de valeurs mobilières entre personnes morales dont il a été fait par le requérant une application « littérale ». Combattre sur le terrain de la fraude à la loi n'a de sens que si cette loi est fiscale. A priori, en effet, le but des dispositions fiscales est de faire rentrer l'impôt, non d'en diminuer le montant. Il ne peut en être autrement qu'au cas où la loi fiscale a bien eu pour objet de conférer un avantage au contribuable (exonération, avoir fiscal, crédit d'impôt). Mais de tels cas sont rares. D'ordinaire, il est difficile de démontrer, en matière fiscale, la fraude à la loi, quand la loi n'est pas fiscale. Même si l'objet des dispositions en cause du Code civil et du droit des sociétés n'était pas a priori de conférer des avantages fiscaux, la fraude à la loi ne se présume pas. En l'espèce, le fisc ne cite même pas les articles du Code civil qui auraient donné lieu à une fraude à la loi. Tout au plus pourrait-on assimiler à la prise en compte de ce premier critère des observations sur l'enchaînement en cascade des opérations. Le fisc n'invoque pas la fictivité de chacune des opérations prises isolément, mais c'est l'accumulation en deux ou trois ans de création de sociétés et de transfert d'actions et d'obligations Montgrillet qui aurait pour effet d'appliquer telle ou

telle disposition du Code civil ou du code du commerce contrairement à l'intention de ses auteurs. Toutefois, l'intention des auteurs de la loi ne se présume pas, et il faut que le fisc démontre que l'enchaînement d'opérations juridiquement légales constitue un moyen de tourner cette intention. Or, le fisc tente de démontrer que l'objectif de fermeture du capital familial et de préservation du pouvoir des gestionnaires aux dépens des rentiers aurait été tout aussi efficacement atteint par la constitution d'une seule société. Mais cela prête à discussion, en raison de la volonté déclarée de « neutraliser » la jeune génération et de désintéresser certains de ses représentants qui avaient déjà hérité, sans endettement des autres associés et sans cession d'actions à des tiers. Plus fondamentalement, le fisc relève que la création d'une seule société n'aurait pas permis le gain fiscal reproché mais, comme le Conseil d'État le dit dans les affaires *Persicot* (CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss-sect., 28 févr. 2007, n° 284566, min. c/ Croset et n° 284565, min. c/ Persicot : *JurisData* n° 2007-081088 ; *Dr. fisc.* 2007, n° 14, comm. 386, concl. L. Vallée, note O. Fouquet ; *RJE*, 5/2007, n° 599 ; *BDCF* 5/2007, n° 61, concl. L. Vallée), un opérateur économique n'est jamais tenu de choisir la solution fiscalement la plus onéreuse.

La seconde raison de l'attitude du fisc pourrait être une fixation sur l'état antérieur de la jurisprudence, infiniment plus confortable pour lui, issu de l'arrêt « *vignoble bordelais* ».

Vous pourriez peut-être décharger au seul motif que le fisc n'établit pas, ni n'allègue une application littérale de la loi contrairement à son esprit. Après tout, M. Badin soulève ce moyen, mais sommairement et seulement à la fin de sa réplique devant vous. Il nous semble intéressant d'examiner le litige par rapport au critère de la finalité exclusivement fiscale des actes du contribuable, critère premier dans l'analyse d'un abus de droit ne reposant pas sur la fictivité de l'acte. C'est aussi celui qui a donné lieu à un débat nourri entre les parties.

Le fardeau de la preuve pèse sur le fisc, le comité consultatif des abus de droit n'ayant pas été consulté. Pour démontrer l'objet exclusivement fiscal de ces mutations patrimoniales, le fisc expose que le montage de M. Badin était soit dépourvu de tout intérêt économique, soit inutile par rapport à l'objectif de verrouillage du capital, soit même incohérent avec cet objectif, soit étranger à toute logique économique.

**S'agissant d'intérêt économique**, le fisc relève que les mutations de parts sociales d'une société civile à l'autre n'ont donné lieu à aucune plus-value, et que M. Badin a attendu plusieurs années avant de commencer à se rembourser sur son compte courant d'associé de son apport, sans percevoir d'intérêt. C'est une objection tirée de la théorie de l'acte anormal de gestion, acte contraire à l'intérêt social. Mais il est question ici de l'intérêt d'une personne physique, M. Badin, et, derrière les sociétés civiles et la holding Montgrillet, d'autres personnes physiques également, et non d'une entreprise. Or, la théorie de l'acte anormal de gestion ne saurait être étendue hors de la sphère de l'entreprise. Des personnes physiques ne sont pas tenues de gérer leur fortune dans le sens du plus grand profit. Le maintien du contrôle sur le capital familial peut recommander des arbitrages à court terme moins profitables. Le moyen n'est pas convaincant.

**Selon le fisc, le montage mis en œuvre dans les années 95-96 était inutile au regard de cet objectif.** D'une part, en effet, la clause d'agrément stipulée dans les statuts de la société anonyme Montgrillet permettait déjà d'empêcher l'accès des enfants au capital de cette société ou, s'ils avaient eu la velléité de céder leurs parts, le transfert de leurs actions. Mais l'article 274 de la loi du 24 juillet 1966, codifié depuis à l'article L. 228-23 du Code du commerce, porte qu'une telle clause « *ne peut être stipulée que si les titres sont nominatifs en vertu de la loi ou des statuts. Cette clause est écartée en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant. (...) Toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle* ». En

outre, à supposer que les héritiers des actionnaires aient consenti à cette cession, il aurait fallu les désintéresser. Encore une fois, l'objet du montage était de verrouiller le pouvoir de décision dans la holding familiale, et non d'exproprier les actionnaires dormants. La constitution de deux sociétés civiles n'était donc pas inutile. Les statuts de la société Teheire 96 répondent parfaitement à l'objectif de verrouillage de la holding entre les mains de la génération de M. Badin au profit de celui-ci. L'article 10 stipule que les copropriétaires d'une part sociale indivise sont représentés auprès de la société par un mandataire unique choisi par une décision collective adoptée à 95 % des voix représentant 95 % des parts sociales et que, par dérogation, le premier gérant de la société est désigné par ces statuts. On s'en doute : il s'agit de M. Badin. En clair, seul M. Badin représente la société Teheire 96 qui réunit la génération des actionnaires auprès de la holding Montgrillet, et vote aux assemblées générales de cette dernière au nom de Teheire 96. Nous ne doutons pas que les associés de la société des enfants, GDLE, détenteurs d'obligations à bons de souscription d'actions, aient aussi peu de marge de manœuvre dans leurs rapports avec le tiers, c'est-à-dire avec la holding Montgrillet. Contrairement à ce que prétend le fisc, il était utile de cantonner la génération des rentiers dans une société civile distincte de la société qui regroupait la génération des actionnaires de la holding, en raison de la méfiance déclarée de cette génération envers la suivante. D'autre part, en 2003, les titres de la société parentale Teheire 96 sont cédés à une holding luxembourgeoise, laquelle les cède, le 16 octobre 2003, à la société industrielle Louis-Dreyfus un mois après, par transmission universelle de patrimoine à ce dernier associé. On ne peut mettre en doute l'adéquation du montage à son objectif, en prenant en compte des cessions postérieures à l'année d'imposition. De plus, le requérant attribue cette mutation au rapprochement intervenu en octobre 1999 entre les sociétés Carrefour et Promodès. La famille Badin a alors perdu le contrôle de Carrefour.

**Selon le fisc, le montage était incohérent avec cet objectif.** D'une part, la constitution de deux sociétés civiles a entraîné une augmentation du nombre des actionnaires, en contradiction avec cet objectif. C'est se méprendre sur l'objet du montage : il s'agissait au contraire de réunir la jeune génération des Badin et apparentés dans une société pour éviter l'accession d'« étrangers » à la gestion de la holding Montgrillet, tout en faisant de cette génération des rentiers. D'autre part, la clause d'agrément des deux sociétés civiles ne concernerait pas les enfants. Mais le motif qui a présidé à la constitution de ces sociétés était précisément de faire entrer les enfants dans GDLE.

Il nous semble donc que le fisc ne réfute pas les mobiles autres que fiscaux de M. Badin. La presse économique se fait d'ailleurs souvent l'écho de précautions comparables prises par des tribus fortunées. Pour notre part, il nous semble que l'abus de droit n'est pas constitué.

Ainsi, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, nous concluons à la décharge des impositions, à l'annulation du jugement et au versement à M. Badin d'une somme de 2 500 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative.

Jean-Éric SOYEZ,  
rapporteur public

## NOTE

1 – La réalité d'un montage peut reposer sur des objectifs patrimoniaux plutôt qu'économiques ou financiers. L'Administration sort de son rôle en critiquant les objectifs autres que fiscaux des contribuables, sans réfuter spécifiquement un acte afin de lui restituer son véritable caractère. De même, il n'appartient pas à l'Administration de soutenir qu'un résultat similaire aurait pu être obtenu par une autre voie. Il est enfin difficile de démontrer la contrariété de l'appli-

cation littérale d'un texte aux objectifs du législateur (critère subjectif de la fraude) lorsque ce texte ne procure aucun bénéfice au redevable.

2 – En l'espèce, les actionnaires issus de la deuxième génération des héritiers de la société Montgrillet s'étaient regroupés au sein d'une société civile ayant opté pour l'IS (Teheire 96), tandis que les héritiers de la troisième génération étaient cantonnés à la détention d'obligations émises par Mongrillet au sein d'une deuxième société civile (GDLF). Le gérant des deux sociétés civiles était M. Badin qui avait apporté ses actions Montgrillet à Teheire 96 en report d'imposition. Teheire 96 bénéficiait semble-t-il de l'exonération prévue à l'article 216 du CGI sur les dividendes versés par Montgrillet. Concomitamment aux apports, M. Badin avait vendu des obligations à bons de souscription d'actions émises par Montgrillet à GDLF. Celle-ci avait exercé les bons et revendu les actions à Teheire 96. Il semble que ces deux ventes successives se soient réalisées sans plus-value, en tous cas il n'en est pas question. Les dividendes exonérés reçus par Teheire 96 lui ont permis d'acquiescer les actions Montgrillet auprès de GDLF qui a ainsi pu s'acquiescer du prix d'achat des obligations et des bons auprès de M. Badin. En permettant indirectement à Teheire 96 de disposer de ressources en franchise d'impôt pour rembourser GDLF, M. Badin a reçu en définitive des sommes non imposables en lieu et place des dividendes sur lesquels il aurait payé l'impôt sur le revenu s'il avait lui-même exercé les bons et conservé les actions. Est-ce là une conséquence ou l'objet du montage ?

### 1. L'Administration doit réfuter spécifiquement les actes qui masquent l'objectif réellement poursuivi

3 – L'article L. 64 met à la charge de l'Administration d'écarter un acte, soit qu'il est fictif, soit qu'il ne traduit pas les véritables objectifs poursuivis par son auteur. Nous comprenons qu'ici l'Administration, plutôt que de s'employer à démontrer le caractère frauduleux d'un acte particulier, a combattu le montage dans son ensemble au plan des principes, attaquant tour à tour le bien-fondé de l'apport des actions à Teheire 96, la vente des obligations à GDLF, et implicitement la vente intervenue entre Teheire 96 et GDLF. Elle s'est notamment attachée à critiquer la sincérité de l'objectif patrimonial de séparation des héritiers des différentes catégories de titres émis par Montgrillet dans deux sociétés distinctes, soulignant que le même résultat aurait été atteint avec une seule société. De fait, on ne sait pas ce que l'Administration reprochait précisément à M. Badin : de n'avoir pas réellement cédé ses obligations à bons de souscription d'actions ou d'avoir fait artificiellement exercer les bons par GDLF pour échapper au traitement fiscal des dividendes ?

Cette absence de ciblage a disqualifié l'action de l'Administration aux yeux de la cour administrative d'appel de Versailles, qui rappelle les bornes dans lesquelles s'inscrit la procédure de répression des abus de droit. L'Administration aurait dû désigner clairement l'acte qui masquait selon elle la réalité de la situation de M. Badin, par exemple la cession des obligations à bons de souscription à GDLF, et dire quel traitement fiscal s'appliquait à la situation réelle.

### 2. L'Administration ne peut critiquer le bien-fondé du montage, mais seulement démontrer son caractère artificiel

4 – L'Administration n'était pas en droit de porter un jugement de valeur sur le montage reposant sur deux sociétés familiales aux rôles

bien définis. Dans sa généralité, la critique de l'Administration s'éloignait des contraintes imposées par le recours à la procédure de l'article L. 64 qui sont de désigner les circonstances objectives dont la réunion viole l'objectif poursuivi par la loi malgré le respect formel des conditions qu'elle prévoit. « L'analyse de la recherche d'un avantage fiscal est fondée sur un ensemble d'éléments objectifs démontrant le caractère artificiel des opérations en cause » rappelait Olivier Fouquet (*O. Fouquet, Fraude à la loi et abus de droit : Dr. fisc. 2006, n° 47, 65*) ainsi qu'il résulte tant de la jurisprudence communautaire (CJCE, 14 déc. 2000, aff. C-110/99, *Emsland Stärke : Rec. CE 2000, I, p. 11569*) que de la jurisprudence française. À titre d'illustration de ce que doit être le travail d'analyse de l'Administration, et des juges lorsque l'instruction leur en fournit les éléments, l'arrêt *Sagal* (CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 18 mai 2005, n° 267087, min. c/ *Sté Sagal : JurisData n° 2005-080715 ; Dr. fisc. 2005, n° 44-45, comm. 726, concl. P. Collin ; RJF 8-9/2005, n° 910 ; RJF 12/2005, chron. Y. Bénard, p. 943 ; BDCF 8-9/2005, n° 110, concl. P. Collin ; BGFE 2005, n° 4, obs. N. Chahid-Nourai ; Rev. adm. 2005, n° 347, obs. O. Fouquet, p. 482. – Sur cet arrêt, V. également, G. Goulard, *L'abus de droit à la lumière du droit communautaire. À propos de l'arrêt CE, 18 mai 2005, SA Sagal : Dr. fisc. 2005, n° 44-45, 39*) montre comment le juge analyse précisément si la société interposée est dépourvue de substance réelle et quel est l'objectif réellement poursuivi par le redevable. Cette exigence d'objectivité vise à éviter les jugements de valeur en obligeant l'Administration à désigner clairement le rouage qui est inutile au fonctionnement normal du mécanisme.*

### 3. La « substance » d'une société patrimoniale suffit à écarter son caractère artificiel

5 – Pour démontrer ce qu'était selon elle la « situation réelle » de M. Badin si ce n'était celle qui résultait de la vente des obligations à GDLF (ce qu'elle n'a pas fait), l'Administration devait prouver que M. Badin poursuivait un but exclusivement fiscal procédant du caractère totalement artificiel du montage. On sait en effet que pour caractériser l'existence d'un motif exclusivement fiscal, il ne suffit pas de soutenir que le contribuable serait parvenu à un résultat équivalent par un acte ou une série d'actes juridiques différents de ceux qui sont effectivement intervenus mais fiscalement plus coûteux (*concl. L. Vallée sous CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss-sect., 28 févr. 2007, n° 284566, min. c/ Croset et n° 284565, min. c/ Persicot : JurisData n° 2007-081088 ; Dr. fisc. 2007, n° 14, comm. 386, note O. Fouquet ; RJF, 5/2007, n° 599 ; BDCF 5/2007, n° 61*). Or il résulte des faits de l'espèce que M. Badin poursuivait avec sa famille un objectif d'organisation patrimoniale aux implications concrètes, tant politiques sur la gouvernance de Montgrillet que financières sur le vote du dividende. En particulier, la séparation des deux groupes d'héritiers dans deux sociétés distinctes permettait de lever certains obstacles juridiques. Il était dès lors difficile pour l'Administration de démontrer que la vente des obligations à bons de souscription d'actions reposait sur la recherche d'un avantage exclusivement fiscal.

La jurisprudence du Conseil d'État fournit de nombreux exemples d'abus de droit fiscal dans le contexte d'opérations à caractère à caractère économique et financier, plus rarement patrimonial (CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss-sect., 28 févr. 2007, n° 284566, min. c/ Croset et n° 284565, min. c/ Persicot, préc. – CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 30 déc. 2011, n° 330940, M. et M<sup>me</sup> Motte-Sauvaige : Dr. fisc. 2012, n° 11, comm. 193, concl. N. Escaut, note R. Mortier ; RJF 3/2012, n° 278 ; BDCF 3/2012, n° 37, concl. N. Escaut). On sait qu'est artificiel un montage qui repose sur l'interposition d'une société commerciale dépourvue de toute substance correspondant à une réalité économique. En revanche, s'agis-

sant d'une société civile, la substance devrait être patrimoniale lorsque les associés sont des personnes physiques agissant dans le cadre de leur gestion privée. L'arrêt illustre le fait que le fonctionnement normal d'une société civile dotée d'une substance suffisante pour réaliser son objet patrimonial suffit à écarter la fraude à la loi fiscale. Plus généralement, des actes qui traduisent une volonté d'organisation patrimoniale ne sauraient être abusifs nonobstant la recherche d'un avantage fiscal. Il faut réserver le cas où le traitement fiscal recherché est conditionné, explicitement ou suivant les objectifs du législateur, par l'exercice d'une activité spécifique (par ex., en matière d'apport-cession, l'exercice d'une activité économique même par une société civile interposée, V. CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 8 oct. 2010, n° 301934, M. Bazire : Dr. fisc. 2010, n° 45, comm. 553, concl. L. Olléon, note R. Poirier ; RJF 12/2010, n° 1204).

#### 4. M. Badin poursuivait-il seulement le moindre objectif fiscal ?

6 – Il ressort de la lettre de l'article L. 64 dans sa rédaction en vigueur à l'époque des faits que celui-ci vise les actes ayant pour effet de minorer l'assiette de l'impôt. La situation fiscale de M. Badin aurait-elle été meilleure s'il avait procédé autrement ? Par exemple M. Badin aurait-il payé moins d'impôts s'il avait exercé les bons et reçu des dividendes ? Rien n'est moins sûr car le rendement des actions était aléatoire, ou encore M. Badin aurait pu procéder autrement en apportant ses nouvelles actions à Teheire 96 une fois les bons exercés. L'Administration ne démontrait pas que M. Badin avait agi avec une motivation fiscale en s'abstenant de comparer la perception du prix de GDLF à la situation dans laquelle M. Badin aurait été placé s'il avait agi différemment (ou n'avait pas agi).

#### 5. La fraude suppose la recherche du bénéfice d'une application littérale de textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs

7 – Il incombait enfin à l'Administration de démontrer qu'était rempli le deuxième critère de l'abus de droit, l'application littérale d'un texte à l'encontre des objectifs poursuivis par ses auteurs. Comme l'a souligné Olivier Fouquet, ce critère (dit « subjectif ») vise à renforcer la sécurité juridique des contribuables, pour éviter que la démonstration de la poursuite d'un but exclusivement fiscal par le contribuable suffise à déduire que le montage est artificiel (O. Fouquet, *Fraude à la loi : l'explicitation du critère « subjectif »* : Dr. fisc. 2009, n° 39, act. 287). D'ordinaire, un contribuable fraudeur construit une situation artificielle afin d'entrer, en les détournant de leur objet, dans les prévisions d'une disposition fiscale dont le caractère favorable répond à certains objectifs économiques ou sociaux du législateur (avoir fiscal, crédit d'impôt, report d'imposition, exonération, abattement, taux réduit, réduction de droits, etc.). Il est beaucoup plus difficile de démontrer la contrariété aux intentions du législateur quand le texte applicable est le droit commun qui ne procure aucun avantage fiscal au redevable. La terminologie retenue par les juges dans l'affaire *Janfin* et reprise dans la nouvelle rédaction de l'article L. 64 repose en effet sur la recherche d'un « bénéfice » dont l'existence ne peut résulter que de l'application au contribuable d'un texte plus favorable que le droit commun. Si l'article L. 64 se préoccupe des objectifs du législateur, c'est parce qu'il a entendu réserver le bénéfice du texte à des situations particulières que le montage peut dénaturer. La définition de la fraude aurait pu se limiter à « la recherche d'une application littérale de textes » ; le fait que le législateur ait ajouté la condition de l'obtention d'un « bénéfice » devrait logi-

quement conduire à écarter la fraude non seulement lorsque le redevable ne détourne pas de sa finalité un texte qui procure un bénéfice, mais également lorsqu'il applique un texte qui n'en procure aucun.

Au cas particulier, les textes relatifs au calcul et à l'imposition des gains de cession de valeurs mobilières à GDLF (CGI, art. 160) étaient applicables à la vente, dont l'Administration ne dénonçait d'ailleurs pas précisément le caractère artificiel. Le service vérificateur pouvait difficilement démontrer que l'application littérale de ces règles de base contrariait les objectifs du législateur dans la situation ordinaire où se trouvait M. Badin. Ce n'est selon nous que si M. Badin avait recherché le bénéfice de règles plus favorables applicables aux plus-values constatées dans certaines situations complexes (apports, ventes dans le PEA, etc.) que la question de la violation de l'esprit du texte aurait pu se poser.

#### 6. L'Administration n'a pas recherché si la vente par interposition de GDLF était simulée

8 – Plus rarement employée, l'autre forme d'abus de droit qu'est le recours à un acte fictif est parfois le seul moyen de démontrer l'abus de droit (par ex., en matière de donation-cession où la libéralité purge la plus-value, CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 30 déc. 2011, n° 330940, M. et M<sup>me</sup> Motte-Sauvaige, préc.). L'interposition artificielle de personnes morale est l'une des variantes de l'abus de droit par simulation (pour un cas où la société interposée n'est pas le véritable contractant, V. CE, 9<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss-sect., 8 janv. 1997, n° 128595, SA Papeteries de l'Atlantique : Dr. fisc. 1997, n° 10, comm. 280, concl. G. Goulard ; RJF 2/1997, n° 243 ; BDCF 2/1997, n° 45, concl. G. Goulard). La présente affaire n'est pas sans rappeler l'affaire *Persicot* jugée le 28 février 2007 où était en cause la vente d'actions d'une société anonyme à prépondérance immobilière par des particuliers à une société civile patrimoniale leur appartenant, suivie du rachat par la société anonyme de ses propres titres. Si la société anonyme avait racheté ses propres titres auprès des particuliers, ces derniers auraient été imposés sur le boni, tandis qu'en vendant les actions à la société civile ils bénéficiaient d'un abattement pour durée de détention selon les règles en vigueur. L'Administration avait estimé que le portage des actions par la société civile était artificiel. Dans ses conclusions, Laurent Vallée avait écarté le caractère artificiel du montage en faisant valoir que la société civile n'avait pas été constituée pour les besoins de l'opération, qu'elle lui préexistait et avait pour objet la gestion de valeurs mobilières et d'immeubles, activité qu'elle avait poursuivie après cette opération (pour un autre exemple portant sur le rachat indirectement opéré par une société de ses propres actions, V. CE, 7<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss-sect., 24 mars 1982, n° 13963 ; *JurisData* n° 1982-600675 ; Dr. fisc. 1983, n° 9, comm. 342 ; RJF 5/1982, n° 496. – Pour un exemple de fraude à la loi par portage de parts sociales en matière commerciale, V. Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-23.667, F-D, M. Juin et a. c/ M<sup>me</sup> Vergnaud et a. : *JurisData* n° 2012-021513 ; Act. proc. coll. 2012, alerte 261).

Au cas particulier, l'Administration n'a pas dit que GDLF était fictive, ni même que la double vente de bons puis d'actions opérée à travers GDLF était apparente et non réelle. Cette voie semblait pourtant la seule praticable puisque l'affaire présentait des motivations patrimoniales crédibles écartant l'exclusivité du but fiscal, et que la contrariété du montage à un texte fiscal paraissait très improbable. En effet, même si GDLF n'avait rien d'une coquille vide, l'achat des bons ne répondait pas à sa vocation limitée à la détention d'obligations. GDLF ne pouvait être mue par aucun *affectio societatis* pour Montgrillet dont le montage visait précisément à l'écarter. Il eut été plus conforme à son objet qu'elle se limite à acquérir les obligations après que le gérant en eût détaché les bons si le contrat d'émission lui en

laissait la possibilité. Or il n'est pas allégué que ce contrat prévoyait que les bons et les obligations ne pouvaient être cédés et négociés qu'ensemble comme l'article L. 228.91 du Code de commerce en offre la possibilité. Quel intérêt avait-elle à intervenir dans une opération d'achat de bons-reventes d'actions dont elle ne semblait pas retirer le moindre bénéfice financier ou patrimonial ? S'agissant d'une société civile, nous n'allons pas jusqu'à dire que GDLF devait courir un risque dans cette entremise, critère retenu par la jurisprudence dans l'affaire *Charcuterie du Pacifique* (CE, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss-sect., 12 mars 2010, n<sup>o</sup> 306368, *Ste Charcuterie du Pacifique* JurisData n<sup>o</sup> 2010 001688, *Dr fisc* 2010, n<sup>o</sup> 19, comm. 307, concl. E. Geffray, note F. Deboissy, *RJF* 6/2010, n<sup>o</sup> 620, *BDCF* 6/2010, n<sup>o</sup> 68, concl. E. Geffray, *Rev adm* 2010, p. 484, obs. O. Fouquet), mais avait-elle seulement les moyens de financer la souscription des bons ? GDLF était en outre dépourvue de véritable autonomie de décision car son gérant semblait agir dans son intérêt propre et dans celui du groupe familial. L'opération avait tout l'air d'un portage. Enfin le respect du formalisme de passation des actes ou le fonctionnement normal des organes sociaux ne permettait pas à eux seuls d'écarter l'absence de fictivité (en ce sens, V. CE, 8<sup>e</sup> et

3<sup>e</sup> ss-sect., 18 fevr. 2004, n<sup>o</sup> 247729, *SA Pleiade* JurisData n<sup>o</sup> 2004-080518, *Dr fisc* 2004, n<sup>o</sup> 47, comm. 849, *Dr sociétés* 2004, comm. 91, *RJF* 5/2004, n<sup>o</sup> 510, *BDCF* 5/2004, n<sup>o</sup> 65, concl. P. Collin, *BGFE* 2004, n<sup>o</sup> 3, obs. N. Chahid Nourai, p. 17, *LPA* 9 juill. 2004, p. 17, note J.-C. Parot, *Banque et Droit* 2004, n<sup>o</sup> 95, obs. C. Acard, p. 65). En définitive, seul le fait que GDLF avait pris la décision d'exercer les bons donnait corps à son entremise, ce qui a peut-être été retenu le bras de l'Administration. Si faible que soit ce rôle dans le montage, il suffisait selon nous d'écarter la fictivité de la vente à GDLF.

Nous retenons que ce contentieux engagé à bras raccourcis par l'Administration semblait avoir peu de chances d'aboutir sur la forme et sur le fond.

Roland POIRIER,

avocat associé

**Brandford Griffith** & Associés

**MOTS CLES** *Abus de droit* *But exclusivement fiscal* *Montage*  
*repondant à un objectif patrimonial et familial*

**JURISCLASSEUR** *Procédures fiscales, Fasc. 376*