

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

LE CRITÈRE DU RISQUE DANS LA JURISPRUDENCE FISCALE

ARNAUD DE BISSY

Référence de publication : Cahiers de droit de l'entreprise n° 3, Mai 2012, dossier 14

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LE CRITÈRE DU RISQUE DANS LA JURISPRUDENCE FISCALE

L'acte anormal de gestion et l'abus de droit sont les deux limites traditionnelles à la liberté de gestion des entreprises et des patrimoines. Pour les caractériser, le juge fiscal utilise le critère du risque, mais il le fait de façon paradoxale, soit en soulignant le risque excessif pris par le chef d'entreprise pour la caractérisation d'un acte anormal de gestion, soit au contraire en relevant une prise de risque insuffisante pour la détermination de l'abus de droit.

Introduction

Associer le risque et la fiscalité a quelque chose de naturel et d'évident... trop peut-être.

En pratique, le risque fiscal c'est d'abord celui lié au contrôle fiscal et à la rectification qui peut en découler. À ce titre, les professionnels du droit sont en première ligne^{Note 1}. Pour rassurer les chefs d'entreprise, le législateur a cherché à encourager le dialogue entre les contribuables et l'administration fiscale : multiplication des « rescrits fiscaux »^{Note 2} ou institution de contrôles fiscaux sur demande du contribuable : contrôle des comptes^{Note 3} ou contrôle des successions ou donations^{Note 4}.

L'inquiétude des contribuables peut également être décuplée par le risque lié à l'insécurité juridique^{Note 5}. Notamment, le législateur n'hésite pas à abroger de façon rétroactive des dispositifs fiscaux en cours d'application. Tel fut le sort réservé au régime du bénéfice consolidé (*CGI, art. 209 quinquies*) abrogé à compter des exercices clos depuis le 6 septembre 2011^{Note 6}. Également, le Parlement a adopté des lois interprétatives qui s'appliquent aux contentieux en cours. C'est ainsi que la taxe professionnelle fut rendue applicable aux donneurs d'ordre dans les contrats de sous-traitance^{Note 7}, avant que la disposition ne soit déclarée contraire à l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention EDH^{Note 8}.

C'est pourtant vers une autre utilisation du risque en droit fiscal que nous nous sommes tournés ; celui du risque pris en tant que critère juridique dans la jurisprudence fiscale.

En effet, le juge fiscal peut être amené à apprécier les risques pris par les contribuables dans le cadre de la gestion de leur entreprise ou de leur patrimoine. Du coup, c'est l'association du « risque » et du « droit » qui peut surprendre. En effet, d'une part, le risque est une notion consubstantielle à la gestion des entreprises et des patrimoines et il peut paraître curieux de faire d'une nécessité économique un critère juridique, et, d'autre part, l'utilisation du critère du risque amène nécessairement le juge de l'impôt à apprécier le bien-fondé des décisions de gestion prises par les contribuables alors qu'il n'est pas un gestionnaire mais un juriste.

En droit privé pourtant, les magistrats sont habitués à porter un jugement sur la gestion des entreprises. Ainsi, tout en réaffirmant le principe de liberté de gestion et de non-immixtion dans la gestion des entreprises^{Note 9}, le juge judiciaire intervient régulièrement pour caractériser les fautes de gestion qui peuvent engendrer la responsabilité des dirigeants (théorie des fautes détachables, responsabilité pour insuffisance d'actif...), ou les abus de majorité ou de minorité qui mettent en danger l'intérêt social.

En droit fiscal également, le juge n'est pas en reste. Il a d'abord construit de ses propres mains la théorie de l'acte anormal de gestion afin de mettre un terme aux minoration exagérées de bénéfices par le biais de dépenses, souvent à caractère personnel, qui ne sont pas engagées dans l'intérêt de l'exploitation (*CGI, art. 39*). Il a également été amené à appliquer la théorie de la fraude à la loi dans le cadre de l'abus de droit fiscal, et il a remis en cause les montages juridiques lorsqu'ils sont exclusivement motivés par un but fiscal et qu'ils permettent l'application d'un texte contrairement aux objectifs du législateur (*LPF, art. L. 64*).

L'acte anormal de gestion et l'abus de droit sont les deux limites traditionnelles à la liberté de gestion des entreprises et des patrimoines. Pour les caractériser, le juge fiscal utilise le critère du risque, mais il le fait de façon paradoxale, soit en soulignant le risque excessif pris par le chef d'entreprise pour la caractérisation d'un acte anormal de gestion (1), soit au contraire en relevant une prise de risque insuffisante pour la détermination de l'abus de droit (2).

1. Le risque excessif (risque et acte anormal de gestion)

Le risque excessif semblait jouer un rôle assez mineur dans la caractérisation d'un acte anormal de gestion jusqu'à un arrêt *Sté Legeps* récemment rendu par le Conseil d'État, qui a retenu toute notre attention ^{Note 10}. Cette décision, qui n'est pas restée isolée ^{Note 11}, constituera le support de notre démonstration.

La SARL Legeps exerce une activité dans le domaine de la sécurité et du gardiennage. Elle avait placé de l'argent sur un compte ouvert dans une banque du Vanuatu afin de profiter d'une rémunération exceptionnellement avantageuse (8 %). Ce placement devait faciliter l'octroi par la banque locale d'un crédit à taux très bas destiné à financer un projet hôtelier au Maroc. Rien ne s'est passé comme prévu : les premiers chèques sont revenus impayés et la banque locale a été mise en liquidation judiciaire. Afin de se couvrir contre la perte d'une somme de 2 MF placée sur le compte bancaire, la société Legeps avait déduit une provision du même montant. Le vérificateur avait justifié la réintégration de la provision par le fait que le placement de 2 MF dans l'établissement du Vanuatu constituait un acte anormal de gestion.

La cour de Paris avait retenu la qualification d'acte anormal de gestion, en dépit du placement avantageux, aux motifs que la société ne justifiait, ni que le montant du placement n'était pas disproportionné par rapport au montant de son chiffre d'affaires, ni que, eu égard à la pluralité des objectifs poursuivis, le placement était justifié par l'intérêt de l'entreprise. La décision était doublement contestable ; en ce qu'elle renversait la charge de la preuve de l'acte anormal de gestion et en ce que la référence au chiffre d'affaires était impropre à caractériser le risque financier excessif (l'entreprise peut en effet avoir des réserves importantes).

Sans remettre en cause, sur le principe, le critère du risque excessif, le Conseil d'État casse l'arrêt d'appel. Ce faisant, il fait œuvre pédagogique ; après avoir rappelé le principe de liberté de gestion, il l'assortit d'une limite liée à l'acte anormal de gestion, réaffirme que le risque excessif peut constituer un acte anormal de gestion, condamne l'analyse de la cour de Paris et renvoie au juge du fond pour dire si, en l'espèce, le risque était manifestement excessif.

Dans ses considérants, le Conseil d'État rappelle trois choses essentielles :

que l'acte anormal de gestion s'apprécie au regard du seul intérêt de l'entreprise,

que cet intérêt n'est pas méconnu si l'entreprise se livre à des placements avantageux,

« qu'il en va autrement si, compte tenu des circonstances dans lesquelles il intervient et de l'objet qu'il poursuit, un placement financier excède manifestement les risques qu'un chef d'entreprise peut, eu égard aux informations dont il dispose, être conduit à prendre, dans une situation normale, pour améliorer les résultats de son entreprise ».

Le considérant final a été repris dans l'arrêt *Sté Fralsen Holding* précité (avances à une filiale en difficulté). Ces décisions nous renseignent à la fois sur la place du risque dans la théorie de l'acte anormal de gestion (A) et sur les critères retenus pour sa caractérisation (B).

A. - La place du risque dans la théorie de l'acte anormal de gestion

Entre autres vertus pédagogiques, la décision *Legeps* rappelle le principe de liberté de gestion ou de « non-immixtion » de l'Administration dans la gestion de l'entreprise. Particulièrement, il juge de façon très claire qu'il n'appartient pas à l'administration fiscale « de se prononcer sur l'opportunité du choix arrêté par une entreprise pour la gestion de sa trésorerie ». Dans ce domaine en effet, le risque financier fait partie du métier d'entrepreneur (1°). Mais le Conseil d'État assortit le principe de liberté de gestion d'une exception : l'acte anormal de gestion. Or, dans le domaine de la gestion financière, celui-ci peut revêtir la forme d'une prise de risque manifestement exagérée au regard de la situation propre de l'entreprise (2°).

1° L'acceptation des risques : les risques du métier

Une prise de risque ne peut, en elle-même, constituer un acte anormal de gestion. Le risque est inhérent à la gestion financière des patrimoines et si une entreprise réalise des pertes à l'occasion de ses placements ou de ses investissements, elle doit en tirer les conséquences comptables et fiscales. Soutenir le contraire reviendrait à s'immiscer dans la gestion de l'entreprise. Comme le chef d'entreprise doit accepter la sanction du marché, l'administration fiscale doit également accepter la perte de recettes liées aux décisions de gestion négatives.

Le risque est inhérent à la gestion financière des patrimoines

Ainsi conçue, l'acceptation du risque en matière de gestion des entreprises n'est pas sans rappeler l'acceptation des risques en matière de responsabilité civile : dans les deux cas, la participation à un « jeu » implique l'acceptation des risques qui y sont liés. Le fondement est aussi le même : les risques sont la contrepartie de la liberté. Toutefois, dans les deux cas également, l'acceptation des risques suppose le respect des règles du jeu. En matière de pratique sportive, terrain d'élection de la théorie, la faute du défendeur à l'action en responsabilité^{Note 12}, ou même la responsabilité du fait des choses^{Note 13} permet d'écarter l'acceptation des risques.

En droit fiscal, les règles de bonne gestion conduisent le chef d'entreprise à agir dans l'intérêt de l'exploitation. Le risque, s'il excède celui normalement pris par un chef d'entreprise, peut être qualifié d'acte anormal de gestion et conduire à refuser la déduction de la perte subie.

2° Le risque excessif : l'acte anormal de gestion

Selon la jurisprudence, les entreprises ont pour but la recherche du profit, et seuls les actes causés par cet objectif peuvent former le résultat imposable^{Note 14}. Ainsi, les dépenses ou les manques à gagner qui ne sont pas justifiés par l'intérêt social sont qualifiés d'actes anormaux de gestion et ne sont pas admis en déduction du résultat imposable^{Note 15}.

En principe, l'entreprise est considérée comme ayant un intérêt à une dépense lorsqu'elle reçoit une contrepartie^{Note 16}. Toutefois, ce critère n'est pas transposable tel quel aux placements financiers compte tenu de l'aléa économique qui y est lié. En ce qui les concerne, la jurisprudence s'est plutôt tournée vers le risque excessif du placement ou des engagements.

Cette dernière observation est sans doute à l'origine d'une analyse doctrinale qui tend, au moins implicitement, à considérer que, pour la caractérisation d'un acte anormal de gestion, le critère du risque est distinct du critère de l'intérêt de l'entreprise^{Note 17}. La conséquence de cette position résiderait dans la possibilité de considérer comme étant un acte anormal de gestion les comportements délictueux, même s'ils sont faits dans l'intérêt de l'entreprise, alors que la jurisprudence s'y refuse encore aujourd'hui^{Note 18}. Le Conseil d'État a cependant refusé de considérer que, par principe, des agissements délictueux, même dans l'intérêt de l'entreprise, puissent être analysés comme résultant d'une prise de risque excessif^{Note 19}.

À l'évidence, le risque n'est qu'un « sous-critère » de l'acte anormal de gestion ; il va contre l'intérêt de l'entreprise lorsqu'il est excessif. Fondamentalement, il n'existe pas de différence de nature entre eux ; c'est l'intérêt de l'entreprise qui préside. Le tout est de savoir de quelle sorte d'intérêt il s'agit. Pour l'heure, la jurisprudence ne retient que le seul intérêt financier, même si elle tient également compte du contexte juridique de l'opération^{Note 20}.

Dans l'arrêt *Legeps*, le Conseil d'État inscrit parfaitement la théorie du risque dans le cadre du critère habituel de l'acte anormal de gestion : celui de l'intérêt de l'entreprise.

Une première application de cette théorie peut être trouvée dans une décision *Loiseau* de 1990^{Note 21}. Dans cette affaire, un ancien officier reconverti dans la gestion de portefeuille, avait fait faire de mauvaises affaires à ses clients mais, faisant preuve d'une rectitude morale toute militaire, avait mis un point d'honneur à les indemniser alors qu'il n'y était pas tenu contractuellement, au moyen de prêts bancaires. Si le Conseil d'État admet que monsieur Loiseau ait pu, dans l'intérêt de son entreprise, garantir ses clients contre les pertes en capital au cours des premières années d'activité, tel n'est pas le cas lorsque « en persistant à offrir cette garantie, malgré l'expérience qu'il avait acquise et l'importance des pertes déjà subies, [il] a pris un risque excédant manifestement ceux qu'un chef d'entreprise peut être conduit à prendre pour améliorer les résultats de son exploitation ».

À l'époque, la plupart des commentateurs avaient cantonné l'arrêt *Loiseau* à une décision d'espèce sans grand avenir. En effet, les faits étaient caricaturaux (incompétence notoire du contribuable), et le critère du risque excessif était perçu comme contestable au regard de la liberté de gestion des entreprises. Il n'en fut rien. Après que le Conseil d'État eut semblé écarter le critère du risque excessif, notamment dans une affaire où il refusa de considérer qu'un agissement délictueux puisse mécaniquement être considéré comme procédant d'un risque excessif^{Note 22}, il l'utilisa à nouveau dans une espèce où il admit sur le principe la déduction d'un abandon de créance à une société en difficulté, dès lors qu'il s'inscrit dans le cadre d'une prise de participation et à condition qu'il « ne lui fasse pas courir un risque manifestement exagéré »^{Note 23}. Ce serait également en application de ce critère que le Conseil d'État refuserait la déduction des détournements de fonds par des salariés lorsqu'ils ont été rendus possibles par un défaut de contrôle interne^{Note 24}, alors que cela n'a rien d'évident puisqu'il ne s'agit pas d'un acte de « gestion » à proprement parler.

De façon parfaitement claire, le Conseil d'État se fonde explicitement sur le critère du risque excessif dans les décisions précitées *Legeps* du 27 avril 2011 et *Sté Fralsen Holding* du 16 novembre 2011. Pourtant, dans ses conclusions, le rapporteur public Laurent Olléon s'était montré très réservé quant à l'application de la théorie des risques excessifs à la situation de la société *Legeps*. Sans remettre en cause la théorie elle-même, il avait estimé que cette dernière devait « demeurer réservée à des cas extrêmes, si bien que son usage par l'administration doit demeurer marginal et exceptionnel. Le risque est en effet inhérent à la vie de l'entreprise ». Il avait ajouté : « Il nous semble hautement inopportun que votre jurisprudence s'engage dans une voie qui conduirait à faire regarder comme un acte anormal de gestion une décision des dirigeants prise initialement dans l'intérêt d'une entreprise du seul fait que l'opération n'a pas *in fine* généré les profits escomptés (...) ». C'est pour tenir compte de ces éventuelles dérives que le Conseil d'État a fortement encadré la théorie des risques excessifs.

B. - L'appréciation du risque excessif par le juge fiscal

Outre qu'elle valide sur le principe la théorie des risques excessifs, la décision *Legeps* présente le grand intérêt de fournir un cadre d'analyse qui doit guider l'administration fiscale et le juge pour déterminer les conditions de la reconnaissance d'un acte anormal de gestion résultant d'un placement financier excessivement risqué^{Note 25}.

Selon le Conseil d'État, un placement financier n'est plus fait dans l'intérêt de l'entreprise « si, compte tenu des circonstances dans lesquelles il intervient et de l'objet qu'il poursuit, (...) [il] excède manifestement les risques qu'un chef d'entreprise peut, eu égard aux informations dont il dispose, être conduit à prendre, dans une situation normale, pour améliorer les résultats de son entreprise ». On perçoit l'extrême prudence du Conseil d'État qui, d'ailleurs, ne se prononce pas sur le fond mais casse l'arrêt d'appel qui avait retenu l'acte anormal de gestion et renvoie aux juges du fond pour savoir si, en application de ces critères, les placements financiers litigieux peuvent avoir fait courir à la société un risque exagéré.

Quels sont ces critères ? Deux éléments sont requis par le juge fiscal pour la caractérisation de l'acte anormalement risqué : un élément matériel, à savoir l'excès de risque (1^o), mais aussi, ce qui est moins fréquemment relevé, un élément moral : la conscience de ce risque (2^o).

1^o L'élément matériel : l'excès de risque

Un entrepreneur qui prend trop de risques n'agit plus dans l'intérêt de l'entreprise car il expose gravement l'exploitation à des conséquences financières négatives. Toute la question réside dans le point de savoir à partir de quel moment le risque devient « excessif ».

La spécificité du risque est qu'il désigne à la fois la perte et sa probabilité

Cette difficulté constitue à n'en pas douter la raison pour laquelle beaucoup d'auteurs sont sceptiques quant à la pertinence juridique d'un tel critère. Pourtant, l'excès ou l'abus font bien partie du quotidien des juristes pour la caractérisation des fautes ou de la fraude à la loi.

Au plan conceptuel, la spécificité du risque est qu'il désigne à la fois la perte et sa probabilité. Le risque est donc plus ou moins élevé en fonction du montant que l'on peut perdre et de la probabilité de cette perte. Dans le domaine de la gestion, le risque de perte est à mettre en parallèle de la possibilité de gain. On peut dire que le risque devient excessif lorsque le risque de perte est supérieur à la possibilité de

gain. Naturellement, ces éléments sont à apprécier au regard de la situation de l'entreprise et des circonstances de l'opération financière en cause.

Contrairement à ce qu'avait affirmé la cour de Paris, le Conseil d'État considère que la disproportion entre le montant du placement financier et le chiffre d'affaires de la société ne peut établir par elle-même que le placement lui a fait courir un risque manifestement exagéré. Si la référence au chiffre d'affaires n'est pas pertinente, cela n'élimine pas pour autant le critère quantitatif car il n'est pas de bonne gestion de mettre tous ses œufs dans le même panier. Il s'agit d'un élément qui peut être pris en compte mais qui n'est pas suffisant.

Selon le Conseil d'État, le risque excessif est dépendant de son contexte. La référence aux « circonstances » de l'opération et à « l'objet » qu'elle poursuit indique clairement qu'il est nécessaire d'apprécier le risque pris au regard du gain escompté. Si le risque de perte et la possibilité de gain sont une question de probabilité, elles ne peuvent être évaluées qu'en fonction du contexte économique. En d'autres termes : le jeu en vaut-il la chandelle ?

Dans l'affaire *Legeps*, la cour de renvoi devra dire si, d'une part, la société a pris un risque trop important au regard de ses facultés financières en plaçant 2 MF sur un compte bancaire au Vanuatu et, d'autre part, si le retour sur investissement méritait que ce risque fût pris.

Dans l'affaire *Fralsen Holding*, où une société mère avait abandonné plusieurs créances en compte courant dans une filiale en grande difficulté financière, le Conseil d'État s'est appuyé sur le même considérant pour juger que, en consentant de nouvelles avances en compte courant à une filiale dont les résultats avaient continué de se détériorer en dépit des premières, la société mère créancière avait pris un risque disproportionné eu égard à l'intérêt marginal que représentait pour elle la poursuite de l'activité de la filiale. C'est d'ailleurs la même analyse qui avait conduit la Haute juridiction administrative, 20 ans plus tôt, à sanctionner la gestion de monsieur Loiseau, lequel avait continué à offrir des garanties de bonne fin à ses clients en dépit du coût qu'avaient représenté les premières^{Note 26}.

2° L'élément moral : la conscience du risque

D'une façon générale, la jurisprudence tend à considérer qu'un acte anormal de gestion doit résulter du comportement d'un contribuable qui a délibérément agi contrairement à l'intérêt de son entreprise^{Note 27}. Toutefois, l'intentionnalité en matière d'acte anormal de gestion ne signifie pas bien sûr la recherche d'un acte portant préjudice à l'entreprise mais simplement que, en faisant cet acte, le chef d'entreprise avait

conscience qu'il portait ou qu'il pouvait porter atteinte aux intérêts de l'exploitation. Or, c'est bien cela que l'on peut reprocher à un dirigeant qui a pris un risque exagéré : l'action en connaissance de cause.

Ainsi s'exprimait Olivier Fouquet^{Note 28} : « Vous pourriez cependant admettre que le risque pris par monsieur Loiseau s'est progressivement accru : d'abord acceptable, il est devenu progressivement inacceptable, au fur et à mesure de l'accumulation des pertes dont l'intéressé, compte tenu de l'expérience qu'il avait acquise, ne pouvait ignorer le caractère irréversible ». L'erreur est humaine, mais persévérer...^{Note}

29.

En subordonnant la caractérisation de l'acte anormal de gestion « aux informations dont il dispose », le Conseil d'État semble bien exiger que le chef d'entreprise ait eu, au moment où la décision de l'investissement a été prise, la conscience de faire un placement trop risqué.

La simple conscience de faire un acte qui n'est pas dans l'intérêt de l'entreprise marque une différence avec l'abus de droit qui réclame, dans le cadre de la simulation ou de la fraude à la loi, la volonté d'échapper délibérément à l'impôt grâce à un subterfuge. En d'autres termes, l'acte anormal de gestion réclame un dol général et l'abus de droit un dol spécial.

2. Le risque insuffisant (risque et abus de droit)

La gestion de l'entreprise a pour objectif général la rentabilité économique, autrement dit la réalisation d'un profit suffisant. Dans cette perspective, l'entreprise recherche notamment à minimiser ses dépenses et, parmi elles, le poids des impôts dont elle doit s'acquitter. Du point de vue de l'entreprise, l'optimisation fiscale apparaît donc comme un aspect parmi d'autres de sa gestion économique en général.

Telle n'est pas la vision du Fisc, voyant d'un mauvais œil tout ce qui conduit à diminuer l'impôt qu'il a pour mission de collecter. En matière d'impôt sur les bénéfices, une gestion efficace générant de copieux bénéfices ne peut donc que réjouir l'administration fiscale. Il en va autrement d'une gestion défectueuse, et on comprend alors pourquoi, en ce domaine, une prise de risque excessive puisse être fiscalement sanctionnée dans le cadre de la théorie de l'acte anormal de gestion qui vient d'être évoquée. Mais dans le même temps, il y a un aspect particulier de la gestion de l'entreprise dont le Fisc se moque bien qu'elle ne soit pas efficace : c'est la gestion par l'entreprise de ses impôts ; si elle est défectueuse, l'entreprise n'en paiera que plus d'impôts. Pour l'administration fiscale, c'est au contraire lorsqu'elle devient un peu trop performante que l'optimisation fiscale devient préoccupante...

Voilà qui explique qu'alors même qu'elle ne constitue qu'un aspect de la gestion économique de l'entreprise, l'optimisation fiscale obéisse à une problématique propre en droit fiscal, bien distincte de la théorie de l'acte anormal de gestion, et qui, à la différence de celle-ci, concerne tous les impôts et pas seulement celui qui frappe les bénéficiaires de l'entreprise. Cette problématique réside dans la menace bien connue, mais dont il faut rappeler les grandes lignes, qui pèse sur les contribuables qui se livrent à l'exercice de l'optimisation fiscale : l'abus de droit par fraude à la loi fiscale (A). Dans ce contexte, l'analyse du risque pris par le contribuable est également présente. Mais cette fois-ci, c'est à l'inverse l'insuffisance de risque qui est sanctionnée, comme facteur jouant un rôle important dans la caractérisation de l'abus de droit fiscal (B).

A. - Le risque de l'abus de droit par fraude à la loi fiscale

L'optimisation fiscale, en tant qu'elle procède de la gestion des entreprises ou du patrimoine, est placée sous la bannière d'un principe de liberté (1°). Il y a cependant une limite à ne pas franchir. L'optimisation fiscale devient illégitime, et est sévèrement sanctionnée, en cas d'abus de droit par fraude à la loi, c'est-à-dire en présence d'un montage échafaudé dans le seul but d'échapper à l'impôt, en violation de l'esprit des textes fiscaux (2°).

1° La légitimité de l'optimisation fiscale

Notre législation fiscale moderne contient de très nombreux régimes fiscaux de faveur, applicables de plein droit ou sur option, qui visent à inciter les contribuables à adopter certains comportements jugés utiles ou nécessaires. Certes, la tendance est plutôt aujourd'hui au plafonnement et au « rabotage » de ces « niches fiscales », voire à la suppression de certaines d'entre elles^{Note 30}. Mais ces dispositifs fiscaux dérogatoires n'en demeurent pas moins fort nombreux et, en les instituant, le législateur n'encourage-t-il pas sciemment les contribuables – particuliers ou entreprises – à rechercher l'économie d'impôt ? On ne comprendrait pas, alors, qu'il ne s'agisse pas d'un droit pour le contribuable.

Si l'optimisation fiscale est un droit, c'est un droit dont il faut se garder d'abuser

C'est très vraisemblablement ce raisonnement qui a conduit le Conseil constitutionnel à reconnaître implicitement mais nécessairement que la possibilité pour les contribuables « d'évaluer (...) le montant de [leurs] impôts selon les diverses options qui [leur] sont offertes [et] d'opérer les arbitrages auxquels les invite le législateur [fiscal] » fait partie des « droits et libertés garantis par l'article 4 de la Déclaration [des droits de 1789, [dont] l'exercice n'a de bornes que celles qui sont déterminées par la loi »^{Note 31}.

Le droit de choisir la voie la moins imposée a également été affirmé avec force, en matière de TVA, par la Cour de justice de l'Union européenne dans un arrêt *Halifax plc* rendu le 21 février 2006^{Note 32} : « Lorsque l'assujetti a le choix entre deux opérations, la [directive régissant la TVA] ne lui impose pas de choisir celle qui implique le paiement de la TVA le plus élevé. Au contraire, (...) l'assujetti a le droit de choisir la structure de son activité de manière à limiter sa dette fiscale »^{Note 33}.

Et puisque l'optimisation fiscale est un droit, elle rentre dans le périmètre du devoir de conseil que les professionnels du droit (avocats/notaires) ont à l'égard de leur client. Pour les professionnels du droit, l'optimisation de la situation fiscale de leur client devient ainsi un devoir, dont la méconnaissance met en jeu leur responsabilité civile professionnelle. D'où des condamnations récurrentes, parfois très lourdes, pour avoir omis d'exercer une option fiscale, ou pour avoir conseillé une opération juridique trop onéreuse fiscalement^{Note 34}.

Voilà qui invite les chefs d'entreprise et leurs conseils à toujours plus de témérité dans l'optimisation fiscale. Il leur faut cependant rester vigilants ; l'exercice n'est pas sans risque. Car si l'optimisation fiscale est un droit, c'est un droit dont il faut se garder d'abuser.

2° Une limite à ne pas franchir : l'abus de droit par fraude à la loi fiscale

Légalisant une solution jurisprudentielle^{Note 35}, l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales déclare inopposables au Fisc comme constitutifs d'abus de droit fiscal, à côté de la simulation, les montages composés d'actes en soi parfaitement licites, mais échafaudés dans le seul but d'échapper à l'impôt en contravention avec les objectifs poursuivis par le législateur. C'est l'abus de droit par fraude à la loi fiscale, sévèrement sanctionné par une amende qui peut aller jusqu'à 80 % de l'impôt éludé (*CGI, art. 1729, b*) ; tel est, comme disait Maurice Cozian, le « châtiment des surdoués de la fiscalité »^{Note 36}.

Il reste que la frontière entre l'habileté fiscale qui est permise – sinon encouragée par le législateur – et l'excès d'habileté interdit, est fort difficile à cerner. L'analyse du risque pris par le contribuable peut alors y aider. Mais ce n'est pas l'excès de risque, comme en matière d'acte anormal de gestion, dont il s'agit. Au contraire, c'est l'insuffisance du risque pris par le contribuable qui apparaît comme un facteur parfois déterminant dans la caractérisation de la fraude à la loi fiscale.

B. - Le risque insuffisant dans l'abus de droit par fraude à la loi fiscale

L'examen de la jurisprudence montre que le fait pour le contribuable de se dérober au risque apparaît comme un élément parfois déterminant du caractère frauduleux d'un montage juridique au sens de

l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales. Sans doute, cet élément ne figure-t-il pas au nombre des deux critères cumulatifs caractérisant l'abus de droit par fraude à la loi fiscale, à savoir, d'une part, le but exclusivement fiscal du montage, et d'autre part, la contrariété aux objectifs poursuivis par le législateur. Il faut alors tenter d'en mesurer la portée à l'aune de ces deux critères (1° et 2°).

1° Risque insuffisant et but exclusivement fiscal du montage

Dès l'instant où le contribuable parvient à faire valoir l'existence d'une motivation autre que fiscale, pour peu qu'elle soit suffisamment sérieuse, la fraude à la loi fiscale est écartée. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'un montage répond au souci de mettre en place un « schéma de financement permettant de réaliser la reprise d'entreprises en difficulté »^{Note 37} ; ou encore, pour une opération de *Leverage buy out* (LBO), lorsque ladite opération présente un « intérêt financier et patrimonial durable » pour les protagonistes^{Note 38}. En pareil cas, il est vrai que la problématique du risque ne se pose pas, en tout cas explicitement.

En revanche, en l'absence d'un intérêt autre que fiscal bien identifié, l'analyse du risque pris par le contribuable et, plus précisément, l'insuffisance de risque pris par celui-ci, devient décisive. En effet, si le contribuable assume un certain nombre de risques à l'occasion du montage qu'il élabore, c'est que ce montage présente pour lui un enjeu autre que fiscal ; il ne peut donc lui être reproché d'avoir poursuivi un but exclusivement fiscal. Au contraire, si le contribuable se dérobe à tout risque, c'est le témoignage du but exclusivement fiscal du montage.

Cet élément est apparu de manière explicite – pour la première fois semble-t-il – dans un arrêt *Sté Distribution Casino France* rendu par la Cour de cassation le 20 mars 2007^{Note 39}. Dans cette affaire, la société Casino souhaitait vendre l'un de ses hypermarchés. Pour échapper aux droits d'enregistrement dus en cas de cession de fonds de commerce (dont le taux marginal s'élevait à l'époque à 11,40 %), la société Casino avait fait l'apport du fonds à une société spécialement créée à cet effet – l'apport à une société nouvelle étant exonéré de droits d'enregistrement – pour céder quatre jours plus tard les actions reçues en contrepartie de l'apport à l'acquéreur – les droits d'enregistrement dus à cette occasion étant jusqu'à la loi de finances pour 2012, plafonnés à 5 000 € –. La Cour de cassation a jugé que ce montage était constitutif d'un abus de droit au motif notamment de l'absence « de toute prise de risque inhérente à la qualité d'associé ». L'associé a en effet vocation à partager les bénéfices sociaux, mais aussi à contribuer aux pertes sociales (*C. civ., art. 1832*). En procédant à l'apport du fonds suivi de la cession presque immédiate des actions reçues en contrepartie, la société Casino s'était soustraite à ce risque attaché à la qualité d'associé, marquant ainsi le but exclusivement fiscal qui avait inspiré le montage.

2° Risque insuffisant et contrariété aux objectifs poursuivis par le législateur

Encore, le but exclusivement fiscal ne suffit-il pas à lui seul à caractériser la fraude à la loi fiscale. Il faut en outre que le montage élaboré contrevienne aux objectifs poursuivis par le législateur.

À cet égard, dans deux arrêts du 7 septembre 2009, *SA Axa* et *Sté Henri Goldfarb*^{Note 40}, le Conseil d'État a rejeté la qualification d'abus de droit dans l'hypothèse d'achats d'actions suivis presque immédiatement de leurs reventes ainsi que d'emprunts emportant le transfert de propriété des titres, juste le temps de profiter de l'avoir fiscal, qui était un crédit d'impôt attaché à la distribution de dividendes auxquelles ces actions donnaient droit. Dans cette hypothèse, pas plus que dans la précédente, les sociétés qui procédaient à ces opérations d'aller-retour n'assumaient les risques inhérents à la qualité d'associé. Pourtant le juge n'a pas retenu ici l'abus de droit après avoir constaté qu'à suivre les travaux préparatoires de la loi ayant institué l'avoir fiscal, l'intention du législateur avait été en substance de favoriser avant tout le développement de la Place financière de Paris, et donc de favoriser les transactions, plutôt que la stabilité de l'actionnariat.

Pour autant, ces décisions n'abandonnent pas toute référence au risque. Pour écarter la fraude à la loi fiscale, le Conseil d'État prend bien le soin de relever que les opérations d'achat-revente des titres « comportaient le risque d'une absence de rachat », que « les opérations d'emprunt de titres ne prémunissaient pas l'emprunteur des risques encourus pendant la durée de détention des titres » (arrêt *Sté Axa*) ou encore que l'Administration n'établissait pas « l'absence de tout risque pour [la] société ayant procédé aux opérations d'achat-revente » (arrêt *Sté Henri Goldfarb*). Sans évincer le facteur tiré de l'absence de risque, le critère de la contrariété aux objectifs du législateur détermine donc ici la nature et le niveau du risque dont l'absence est jugée caractéristique de la fraude à la loi fiscale.

Au demeurant, le facteur tiré de l'absence de risque est apparu à nouveau de manière très nette dans un arrêt du Conseil d'État du 12 mars 2010, *Sté Charcuterie du Pacifique*^{Note 41}. Dans cette affaire était en cause un dispositif de faveur prévu par le code des impôts polynésien, à savoir une réduction d'impôt de 60 % accordée à raison de tout financement investi dans un projet de construction hôtelier. Une société souhaitait investir dans un projet hôtelier et avait les fonds suffisants pour le faire. Mais elle craignait de ne pouvoir utiliser la totalité de cette réduction d'impôt, faute de dégager assez de bénéfices et, par suite, un impôt suffisant permettant de l'imputer en totalité, l'excédent n'étant pas remboursable. Elle a donc prêté une partie des sommes en cause à une deuxième société pour que celle-ci procède en partie à l'investissement en quelque sorte à sa place.

Le montage était en réalité assez complexe, parce que l'investissement consistait en une prise de participation dans le capital d'une troisième société réalisant le projet de construction à vocation hôtelière. Mais, en substance, une fois la réduction d'impôt utilisée, la deuxième société se retirait complètement de l'investissement, tout en se partageant le butin retiré de la réduction d'impôt avec la première société. Ce montage a été jugé constitutif d'une fraude à la loi fiscale, compte tenu de l'objet évident de la réduction d'impôt qui était d'encourager l'investissement hôtelier, au motif que la deuxième société n'avait « pas supporté les risques de l'investisseur », en se livrant à une « opération financière dénuée de tout risque ».

Mais dans une autre espèce où, à propos de cette même réduction d'impôt, le montage était beaucoup plus rudimentaire puisqu'il n'impliquait que deux sociétés – celle réalisant directement le projet de construction à vocation hôtelière ayant directement prêté à une deuxième société les sommes lui permettant d'investir dans son propre capital –, le Conseil d'État s'est abstenu de toute référence au risque. Le but exclusivement fiscal étant indiscutable, il s'est contenté de relever la contrariété flagrante aux objectifs poursuivis par le législateur : de fait, alors que la réduction d'impôt en cause s'adressait aux auteurs d'un investissement dans un projet de construction hôtelier, le montage conduisait en l'occurrence à faire bénéficier de la réduction d'impôt à la société bénéficiaire de l'investissement^{Note 42}.

Il apparaît donc en définitive que la problématique de l'insuffisance de risque n'intervient pas lorsque la fraude à la loi fiscale, soit est écartée en raison de l'existence d'une motivation autre que fiscale indiscutable, soit, à l'inverse, est retenue parce que la motivation exclusivement fiscale et la contrariété aux objectifs poursuivis par le législateur sont toutes deux flagrantes. C'est dans les autres cas, plus délicats, que le facteur tiré de l'insuffisance du risque entre en scène. Et la considération des objectifs poursuivis par le législateur détermine alors la nature et le niveau du risque dont l'absence est jugée caractéristique de la fraude à la loi fiscale. C'est dire l'importance de cet élément, qui sert à caractériser l'abus de fraude à la loi fiscale dans les hypothèses les plus critiques.

Note 1 Cl. Phalip, La gestion du risque fiscal par la profession notariale : Litec, 1re éd. 2011.

Note 2 G. Gest, Les évolutions du rescrit : RFFP 2010, n° 112, p. 91.

Note 3 L. n° 2004-1485, 30 déc. 2004 de finances rectificative pour 2004, art. 25 : JO 31 déc. 2004, p. 22522 ; JCP E 2005, act. 9. – LPF, art. L. 13 C.

Note 4 L. n° 2008-1443, 30 déc. 2008 de finances rectificative pour 2008 : JO 31 déc. 2008, p. 20518. – LPF, art. L. 21 B.

Note 5 O. Fouquet, J. Burguburu, D. Lubek et S. Guillermain, Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche, Rapp. Min. Budget, Comptes publics et Fonction publique, juin 2008 : Dr. Fisc. 2008, n° 27, étude 403.

Note 6 L. n° 2011-1117, 19 sept. 2011 de finances rectificative pour 2011, art. 3 : JO 20 sept. 2011, p. 15688 ; JCP E 2011, act. 505.

Note 7 L. n° 2003-1312, 30 déc. 2003 de finances rectificative pour 2003, art. 59, II : JO 31 déc. 2003, p. 22594 ; JCP E 2004, act. 12.

Note 8 CE, 21 oct. 2011, n° 314767, SNC Peugeot Citroën Mulhouse : JurisData n° 2011-022799 ; CE, 21 oct. 2011, n° 314768, Sté Mécanique Automobile de l'Est. – Sur ces arrêts, V. Dr. Fisc. 2011, n° 50, comm. 630, concl. Cl. Legras, note O. Fouquet.

Note 9 V. Cass. soc., 24 mars 2010, n° 09-40.444, Sté Castorama France c/ Dettloff : JurisData n° 2010-002649, où il est jugé que le juge qui contrôle la légitimité d'un licenciement pour motif économique ne doit pas substituer son appréciation à celle de l'employeur en ce qui concerne le choix des mesures de réorganisation de l'entreprise.

Note 10 CE, 27 avr. 2011, n° 327764, Sté Legeps : JurisData n° 2011-008559 ; Dr. Fisc. 2011, n° 25, concl. L. Olléon, note O. Fouquet ; RJF 7/11, n° 84, chron. C. Raquin, p. 699.

Note 11 CE, 16 nov. 2011, n° 326913, Sté Fralsen Holding : Dr. Fisc. 2012, n° 5, chron. 122, obs. Cl. Accard, n° 9.

Note 12 Cass. 2e civ., 15 juill. 1999, n° 97-15.984 : JurisData n° 1999-002908 ; JCP G 2000, I, 197, obs. G. Viney.

Note 13 Cass. 2e civ., 4 nov. 2010, n° 09-65.947 : JurisData n° 2010-020692 ; JCP G 2011, I, 12, note D. Bakouche.

Note 14 P. Serlooten, Droit fiscal des affaires : Dalloz, 10e éd. 2011/2012, n° 34.

Note 15 C. David, O. Fouquet, B. Plagnet, P. Fr. Racine, Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale : Dalloz, 5e éd. 2009, thème 31, p. 596.

Note 16 M. Cozian, Fl. Deboissy, Précis de fiscalité des entreprises : Litec, 35e éd. 2011/2012, n° 1965.

Note 17 O. Fouquet, note sous CE, 27 avr. 2011, n° 327764, Sté Legeps, préc.

Note 18 CE, 24 mai 2006, n° 274471, Genestar : JurisData n° 2006-080936 ; Dr. Fisc. 2006, n° 43, comm. 688, concl. E. Glaser à Dr. Fisc. 2006, n° 48, comm. 746.

Note 19 CE, 7 janv. 2000, n° 186108, Epx Philippe : JurisData n° 2000-060004 ; Dr. Fisc. 2000, n° 11, comm. 204, concl. G. Bachelier.

Note 20 CE, 25 nov. 2009, n° 307227, Cie Rhénane de raffinage : Dr. Fisc. 2010, n° 7, comm. 186, concl. E. Geffray, note R. Schneider, pour qui la facturation à prix coûtant par une filiale à ses actionnaires est justifiée par le fait que les tarifs couvraient les frais de fonctionnement de la société et était conforme à

son objet qui, conformément à l'article 1832 du Code civil, n'était pas de faire des bénéfices mais de permettre à ses membres de réaliser des économies.

Note 21 CE, 17 oct. 1990, n° 83310, Loiseau : RJF 11/90, n° 1317, chron. J. Turot, p. 735.

Note 22 CE, 7 janv. 2000, n° 186108, Epx Philippe, préc.

Note 23 CE, 30 mai 2007, n° 285575, SA Peronnet : JurisData n° 2007-081191 ; RJF 10/07, n° 1011.

Note 24 CE, 5 oct. 2007, n° 291049, Sté Alcatel CIT : JurisData n° 2007-081175 ; Dr. Fisc. 2008, comm. 165, note A. de Bissy, en matière de BIC ; CE, 27 avr. 2011, n° 319472, M. Ferrand : JurisData n° 2011-009228 ; Dr. Fisc. 2011, n° 26, comm. 403, en matière de BNC.

Note 25 C. Raquin, préc.

Note 26 CE, 17 oct. 1990, n° 83310, Loiseau, préc.

Note 27 V. les conclusions de P.-Fr. Racine sous CE, 27 juill. 1984, n° 34588, SA Renfort service : RJF 10/84, p. 562.

Note 28 V. concl. sous CE, 17 oct. 1990, n° 83310, Loiseau.

Note 29 J. Turot, préc.

Note 30 V. en dernier lieu, A. de Bissy, Présentation des principales mesures de la loi de finances pour 2012 et de la 4e loi de finances rectificative pour 2011 – Partie II : Fiscalité des entrepreneurs : RJ com. 1/2012, p. 64 et s.

Note 31 Cons. const., 29 déc. 2005, n° 2005-530 DC, Loi de finances pour 2006 : Rec. Cons. const. p. 168, consid. 77, 79 et 85.

Note 32 CJCE, 21 févr. 2006, aff. C-255/02, Halifax plc, pt 73 : Rec. CJCE 2006, I, p. 1609 ; RJF 5/2006, n° 648, étude O. Fouquet, p. 383 et s.

Note 33 Adde CJUE, 3e ch., 22 déc. 2010, aff. C-277/09, RBS Deutschland Holding GmbH, pt 53.

Note 34 V. par exemple, CA Rouen, 14 avr. 2011, n° 10/02190 : Rev. dr. transp. 2011, comm. 134, note M. Ndendé.

Note 35 CE, sect., 27 sept. 2006, n° 260050, Sté Janfin : JurisData n° 2006-081020 ; Dr. fisc. 2006, n° 47, comm. 744, concl. L. Olléon, étude O. Fouquet, p. 1999 et s. ; RJF 12/2006, n° 1583.

Note 36 Les grands principes de la fiscalité des entreprises : Litec, 4e éd., 1999, doc. 2, p. 19 et s., spéc. § 9.

Note 37 CE, 31 juill. 2009, n° 290971, Bouthillon : Dr. fisc. 2009, n° 41, comm. 501, concl. J. Boucher ; RJF 12/2009, n° 1141.

Note 38 CE, 27 janv. 2011, n° 320313, Bourdon : JurisData n° 2011-006772 ; Dr. fisc. 2011, n° 15, comm. 304, concl. C. Legras, note O. Fouquet et C. Charpentier ; RJF 4/2011, n° 472.

Note 39 Cass. com., 20 mars 2007, n° 05-20.599 : JurisData n° 2007-038111 ; JCP E 2007, 1698, note H. Hovasse ; RJF 8-9/2007, n° 993.

Note 40 CE, 7 sept. 2009, n° 305586 et n° 305596 : Dr. fisc. 2009, n° 39, comm. 484, concl. L. Olléon, note E. Meier et R. Torlet ; RJF 12/2009, n° 1138 et 1139.

Note 41 CE, 12 mars 2010, n° 306368 : JurisData n° 2010-001688 ; Dr. fisc. 2010, n° 19, comm. 307, concl. E. Geffray, note F. Deboissy.

Note 42 CE, 11 févr. 2011, n° 309383, Sté Fiumarella : JurisData n° 2011-001515 ; Dr. fisc. 2011, n° 35, comm. 487.