

Abandons de créances

L'abandon de créances est un acte par lequel une personne renonce volontairement à une ou plusieurs créances. L'élément intentionnel caractérise l'abandon de créances par rapport à la perte sur créance irrécouvrable qui n'est que subie. L'abandon de créances peut avoir lieu dans le cadre de la fiscalité des ménages, mais ne soulève véritablement problème qu'en matière de fiscalité des entreprises. Même si l'abandon de créances peut dépasser le cadre déjà large des groupes de sociétés, la question centrale est celle de sa déductibilité chez la mère consentant l'abandon de créances pour renflouer sa filiale en difficulté.

Répondre à la question posée ci-dessus implique de rappeler les termes du débat, et d'évoquer les aspects comptables d'un tel abandon : la société créancière comptabilise une perte comptable correspondant au montant de la créance abandonnée. Une telle comptabilisation entraîne, chez l'entreprise bénéficiaire de l'abandon de créances, une disparition de sa dette au bilan. Ceci implique une diminution du passif exigible et parallèlement une augmentation de l'actif net. Cet accroissement de l'actif net, qui donne la mesure du bénéfice imposable (CGI, art. 38-2, CGI, combiné le cas échéant, avec l'art. 209), devrait conduire théoriquement la société bénéficiaire de l'abandon à payer de l'impôt. Mais par hypothèse, cette imposition sera inexistante en pratique en raison de la présence de déficits reportables dus aux difficultés économiques. Le seul véritable enjeu est donc bien seulement de savoir si la perte comptable enregistrée chez la société consentant l'abandon peut être déduite fiscalement.

Pour être déductible, l'abandon de créances doit d'abord procéder d'un acte de gestion normal. Par exemple, un abandon de créances relève

d'une gestion normale lorsque la société mère qui entretient des relations commerciales avec sa filiale entend préserver sa pérennité afin de maintenir ses sources d'approvisionnement, ou ses débouchés, sur le marché interne ou à l'exportation, ou lorsque – la filiale étant en situation de difficulté financière – la mère souhaite préserver la valeur de ses titres et son renom (pour un résumé jurisprudentiel, v. M. Cozian, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, Paris, 4^e éd., 1999, Doc. 31, *Les abandons de créances*, p. 420 s.). Ainsi, la jurisprudence apprécie le caractère normal d'un abandon en fonction de l'intérêt propre à l'entreprise créancière, et non par référence à l'intérêt du groupe. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ne peuvent être considérées comme légitimes les aides à caractère financier consenties, non pas par la mère au profit de sa fille en difficulté, mais entre d'autres sociétés appartenant à un même groupe (aides entre sociétés sœurs ou aides d'une filiale à sa mère) : v. CE 27 avr. 1988 : *RJF* 6/88, n° 707 ; CE 17 fév. 1992 : *RJF* 4/92, n° 433, concl. Ph. Martin à la *RJF* 4/92 p. 267 ; CE 21 juin 1995, SA Sofige : *RJF* 8-9/95, n° 963 et concl. Ph. Martin p. 559.

En revanche, un abandon de créances et des avances sans intérêts consentis par une société française à ses filiales italiennes entrent dans le cadre d'une gestion normale dès lors qu'ils ont été concédés pour permettre aux filiales de revenir à l'équilibre après une période de restructuration, de fixer la concurrence italienne et de s'appuyer sur la compétitivité des produits des filiales pour atteindre le marché nord américain (TA Nantes, 23 janv. 2004, *Dr. Fisc.* 2004, n° 47, comm. 846 ; rapp. CE, 1^{er} mars 2004, *Dr. Fisc.* 2004, n° 37, comm. 669, concl. G. Goulard). De même, une société peut, sans commettre d'acte anormal de gestion, prévenir les conséquences des graves difficultés financières d'une sous-filiale en lui consentant une aide, alors même qu'elle n'entretient avec elle aucune relation commerciale (CE, 10 mars 2006, *Sté Sept*, *Dr. Fisc.* 2006, n° 21-22, comm. 414 ; *RJF* 6/06 n° 678, concl. F. Sénors *BDCF* 6/06 n° 72 ; *FR* 28/06 inf. 1 p. 3).

Une distinction a été introduite par la jurisprudence (CE, 30 avr. 1980, *Dr. fisc.* 1980, n° 30, comm. 1642 ; *RJF* 6/80, p. 246, concl. B. Martin Laprade ; *Rev. soc.* 1980, p. 785, B. Plagnet) selon que l'abandon répond à une finalité commerciale ou financière. Si l'abandon de créances revêt un caractère commercial, c'est-à-dire lorsque la société créancière et la société bénéficiaire de l'aide entretiennent des relations commerciales significatives de la nature de celles qui unissent un fournisseur à son client, alors l'aide apportée constitue une charge déductible par la société versante, sans autre condition, et donc quelle que soit la situation nette de la société bénéficiaire de l'aide.

Le régime est toutefois moins libéral si l'abandon de créances revêt un caractère financier, par exemple, lorsqu'il est accordé par une société

holding dont l'unique activité est de gérer des participations financières. Dans cette hypothèse, l'aide apportée par la société créancière est considérée, pour cette dernière, comme une perte déductible tant que la situation nette de la filiale demeure négative. Si la situation nette devient positive, l'abandon de créances est alors déductible à concurrence :

- en tout état de cause du montant de la situation nette négative de la filiale ;
- et du montant de la situation nette positive après abandon de créances, dans le rapport de la part du capital de la filiale détenue par les autres associés.

En effet, il résulte des conclusions du commissaire du gouvernement sous l'arrêt précité que l'augmentation d'actif net de la filiale implique un accroissement proportionnel de la valeur mathématique des titres de la société concernée, à moins que son actif net ne soit négatif (et une augmentation de la valeur mathématique des titres est présumée représenter une augmentation de même montant de la valeur réelle des actions, à moins qu'il ne soit établi que l'actif net résultant du bilan de la filiale dissimule une situation nette réelle négative). L'augmentation de la valeur réelle des actions est alors assimilée, du point de vue fiscal, à un apport en société. Si l'abandon de créances consenti par la société mère cesse d'être déductible, il n'est corrélativement pas imposable chez la filiale, à condition que celle-ci prenne l'engagement d'augmenter son capital dans les deux ans pour un montant égal à l'aide qui lui a été consentie (CGI, art. 216 A).

Prenons pour exemple une société mère qui consent un abandon de créances de 110 000 € à sa filiale dont elle possède 80 % du capital et dont la situation nette est négative à hauteur de 50 000 €. L'abandon de créances consenti par la société mère est déductible de ses résultats imposables à concurrence :

- d'une part, de la situation nette négative avant abandon de créances (50 000 €) ;
- d'autre part, de la proportion de la situation nette positive après abandon de créances correspondant à la participation des associés minoritaires ($60\,000 \times 20\% = 12\,000$ €).

Le surplus [$110\,000 - (50\,000 + 12\,000) = 48\,000$ €] est assimilé fiscalement à un supplément d'apport : la valeur réelle des actions de la mère est présumée être de $60\,000 \times 80\% = 48\,000$ €.

Lorsqu'une société a consenti un abandon de créances sous réserve de retour à meilleure fortune, on relèvera que sa créance sur le bénéficiaire ne devient certaine, dans son principe et dans son montant, qu'à la date du retour à meilleure fortune de ce dernier. Par la suite, les charges résultant, pour le bénéficiaire, du remboursement des créances abandonnées, et dont le fait générateur est constitué par son retour à meilleure fortune, sont

déductibles des résultats de celui-ci (CAA Paris, 15 juin 2005, Sté Alphacan, *Dr. Fisc.* 2006, n° 21-22, comm. 413 ; v. déjà CE, 11 oct. 2004, Sté usines Claas France, *Dr. Fisc.* 2005, n° 8, comm. 227).

Dans le régime d'intégration fiscale (▷ **cette entrée**), les abandons de créances entre sociétés du groupe ne sont pas pris en compte pour la détermination du résultat d'ensemble, ce qui permet de neutraliser la pénalisation tenant au fait que certaines aides ne sont pas déductibles des résultats imposables.

Enfin, l'abandon de créances ne rentre en général pas dans le champ d'application de la TVA, car il n'existe pas de lien direct entre le service rendu par l'entreprise en difficulté et le sacrifice consenti par celle qui se dévoue (rappr. CJCE, 8 mars 1988, Apple and Pear Development Council, *Rec.* 1988/3 p. 1443 ; *RJF* 8-9/88 n° 970 ; CE 9 mai 1990, Comité des producteurs de plants et pommes de terre de la région Nord et du Bassin parisien : *RJF* 6/90 n° 676, concl. O. Fouquet, p. 396 ; CE 6 juill. 1990, *Codiac* : *RJF* 8-9/90, n° 989, concl. P.-F. Racine, p. 543). Le service n'étant pas suffisamment individualisé, il n'y a pas de correspondance mécanique entre le service rendu et le montant de l'aide, ce qui l'exclut du champ d'application de la TVA (TA Dijon, 27 juin 2000, *Dr. Fisc.* 2000, n° 51, comm. 1037). GC

Bibl. : Y. BENARD, « Groupes de sociétés : la jurisprudence n'a pas l'esprit de sacrifice », *RJF* 2006, p. 499.

a

12

▷ Acte anormal de gestion

Abattements

▷ Déductions

Abonnement

« Convention qui intervient entre l'administration et les redevables, par laquelle on fixe à une somme déterminée, et pour un temps limité, le montant de certains droits proportionnels et éventuels qui sont à la charge de ces derniers » (*Répertoire général alphabétique du droit français*, tome I, 1886, Abonnement). Cette technique globale de paiement de l'impôt (à l'origine individuelle ou collective) est aujourd'hui pratiquée de façon limitée en particulier en ce qui concerne les entreprises de spectacles, jeux et divertissements de toute nature (CGI, art. 1559). On notera des dispositions spécifiques concernant les établissements ou organisations de réunions et de séances exceptionnelles (CGI, art. 139) ou encore pour ce qui est des cercles de jeux de commerce et maisons de jeux (CGI, art. 152).

Abus de droit

Théorie, consacrée par la jurisprudence et par l'article L.64 du LPF, qui fonde la prérogative de l'administration d'écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes réguliers des contribuables lorsqu'il s'avère qu'ils sont simulés ou motivés exclusivement par la volonté d'échapper à l'impôt. L'usage de cette prérogative, basée sur la technique de déqualification, est partiellement encadré par une procédure de rectification particulière.

I. Le pouvoir de déqualification de l'administration fiscale

L'administration, dans le cadre de ses pouvoirs généraux de contrôle, dispose du droit de déqualifier un acte juridique, c'est-à-dire de ne pas tenir compte de son aspect formel, et de le requalifier sans recours préalable au juge. Ainsi, le service peut donner une qualification appropriée aux clauses contractuelles, mais aussi ne pas tenir compte des actes fictifs ou constituant une fraude à la loi fiscale. En droit fiscal français, le droit de déqualification a été partiellement encadré par le législateur sans pour autant devenir un concept purement législatif.

Le fondement textuel est l'article L.64 du LPF, qui a une double fonction : d'une part, il fonde le pouvoir de déqualification des « actes dissimulant la portée véritable d'un contrat ou d'une convention » et, partant, abusifs ; d'autre part, il encadre l'exercice de cette prérogative par une procédure protectrice du contribuable, dénommée « procédure de répression des abus de droit ». La teneur de cet article résulte d'une évolution historique insérant progressivement le droit de déqualification, à l'origine prétorien, dans un carcan procédural. Dès 1867, la Cour de cassation avait jugé, en matière de droits d'enregistrement, que si « en principe, les parties peuvent revêtir leurs conventions de la forme qui leur agréée, et si la perception des droits d'enregistrement doit s'établir sur la forme extrinsèque et sur les effets légaux des contrats [...] il en est autrement lorsque la substance d'un acte aussi bien que ses conséquences nécessaires et immédiates protestent contre la qualification que les contractants lui ont donné, et qu'il ressort de l'économie de ses dispositions qu'elles ont été combinées en vue de dissimuler une autre nature du contrat qu'on voulait soustraire au droit déterminé par la loi fiscale » (Cass. civ., 20 août 1867, Legrand c. enreg., DP 1867, 1, p. 337). De son côté, le Conseil d'État, s'appuyant sur le principe de réalisme du droit fiscal, a reconnu les droits analogues à l'administration des contributions directes. La première intervention du législateur remonte à la loi de finances pour 1925 instaurant en matière d'enregistrement une pénalité égale à 200 % des droits éludés lorsque le « véritable caractère d'un contrat a été dissimulé sous l'apparence de stipulations donnant ouverture à un droit moins élevé ». Ensuite, le droit de l'administration de restituer son véritable caractère à une opé-

ration a été codifié à l'article 156 *quinquies* du code général des impôts directs, issu de la loi du 13 janvier 1941 et devenu en 1948 l'article 244 du CGI. L'administration, préalablement à la requalification, devait obtenir l'avis du comité consultatif de répression des abus de droit, créé par la même loi (CE, 5 nov. 1955, n° 23323, *Sieur B*, *Rec. CE 1955, tables*, p. 696). La loi du 27 décembre 1963 a unifié l'ensemble des textes susvisés à l'article 1649 *quinquies* B du CGI sous le titre « Procédure de répression des abus de droit ». La procédure a été étendue aux taxes sur le chiffre d'affaires et la pénalité de 200 % généralisée. En revanche, la saisine du comité consultatif est devenue une simple faculté pour l'administration. À l'occasion de la codification du Livre des procédures fiscales, l'article 1649 *quinquies* B du CGI s'est transformé en l'article L.64 du LPF. La dernière réforme substantielle, portée par la loi « Aicardi » du 8 juillet 1987, a infléchi la procédure en faveur du contribuable. Ainsi, celui-ci peut désormais demander la saisine du comité consultatif et le taux de la majoration pour abus de droit a été réduit de 200 % à 80 %. Enfin, la procédure a été étendue à l'ISF par la loi du 23 décembre 1988 et à la taxe professionnelle par la loi du 30 décembre 2003.

Outre l'article L.64 du LPF, le Conseil d'État, s'inspirant des solutions dégagées dans le contentieux général, a révélé l'existence d'un principe général du droit permettant au service de déjouer « une fraude commise en vue d'obtenir l'application de dispositions de droit public » tout en lui reconnaissant le droit d'écarter des actes fictifs (CE, 27 sept. 2006, n° 260050, *Sté Jeanfin* ; *Dr. Fisc.* 2006, n° 47, *comm.* 744, *concl.* Olléon). Ce principe s'applique sans texte mais seulement dans la mesure où une loi spéciale, en l'espèce l'article L.64 du LPF, n'y déroge pas. Par suite, conformément aux règles régissant les conflits de normes, en relèvent les cas hors du champ matériel de l'article L.64 du LPF (litiges relatifs au paiement des impôts sur le revenu ou sur les sociétés, aux taxes foncières ou à la taxe d'habitation...).

Malgré la dualité, les concepts législatif et jurisprudentiel partagent les mêmes critères qui, recadrés par la jurisprudence *Jeanfin*, sont examinés ci-dessous sous le vocable traditionnel d'« abus de droit ». Ces critères fixent la frontière entre l'habilité fiscale permise et l'évasion fiscale interdite.

II. Définition jurisprudentielle des critères de l'abus de droit : la limite de l'habilité fiscale permise

L'article L.64 du LPF ne semble viser que la dissimulation juridique, en d'autres termes la simulation au sens du code civil. Or le Conseil d'État a étendu la procédure de répression des abus de droit aux actes non fictifs mais constitutifs d'une fraude à la loi. Le considérant de principe, souvent repris, constitue une véritable définition de l'abus de droit fiscal :

« Lorsque l'Administration use des pouvoirs qu'elle tient de ce texte dans des conditions telles que la charge de la preuve lui incombe, elle doit, pour pouvoir écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, établir que ces actes ont un caractère fictif ou, à défaut, qu'ils n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluder ou 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 » (CE, plén., 10 juin 1981, n° 19079, *RJF* 9/81 n° 787, concl. Lobry). Le juge judiciaire s'est rallié à l'analyse du Conseil d'État (Cass. com. 19 avril 1988, n° 86.19079, *RJF*, 1989, n° 250). Ainsi, l'article L.64 du LPF permet de réprimer, sous le vocable d'abus de droit, les simulations et les fraudes à la loi. Il en va de même du principe dégagé par l'arrêt *Jeanfin*.

La simulation se définit habituellement comme « le fait consistant à créer un acte juridique apparent qui ne correspond pas à la réalité des choses » (Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2004, 6^e éd., p. 852). La tromperie peut prendre la forme d'un acte fictif, d'un acte déguisé ou d'une interposition des personnes. Dans l'acte fictif, l'acte apparent ne correspond à aucune réalité, les parties n'ayant jamais voulu contracter. La fictivité est souvent imputable au contribuable qui met en place une structure mais omet d'en respecter les règles de fonctionnement (exemple : les sociétés de pure façade qui ne tiennent aucune comptabilité, qui n'ont aucune activité sociale). Par le déguisement, le contribuable cherche à masquer la nature ou le contenu réel de l'opération. L'acte apparent présenté à l'administration cache une contre-lettre qui est seule porteuse de la volonté réelle des parties. En cas d'application de la procédure de répression des abus de droit, l'administration établira l'impôt conformément à la contre-lettre (exemple : donation d'un bien immobilier sous l'apparence d'une vente). Enfin, l'interposition de personnes résulte, en droit fiscal, d'une utilisation abusive de la convention de prête-nom dans laquelle une personne se présente aux yeux des tiers comme si elle agissait pour son propre compte alors qu'en réalité elle agira pour le compte d'un mandataire qui tient à garder son anonymat. La tromperie n'est toutefois pas opposable au fisc qui peut poursuivre le mandant sur le fondement de l'article L.64 du LPF, mais également se prévaloir de l'apparence et s'en prendre au prête-nom (CE, 8^e et 9^e sous-sect., 20 févr. 1974, n° 83270, Lemarchand, *Dr. Fisc.*, 1974, n° 30, comm. 958, concl. Mandelkern)

▷ **Apparence**).

La définition de **la fraude à la loi** mêle des critères subjectifs et objectifs. Subjectivement, la fraude à la loi sanctionne les intentions du contribuable alors même que les actes juridiques dont il se prévaut ne sont pas fictifs. L'intention d'éluder ou de réduire l'impôt doit être exclusive. Si le motif fiscal est seulement « principal », et que l'acte a pu être motivé par

une ou plusieurs considérations extra-fiscales, il n'y a pas de fraude à la loi (CE, 8^e et 9^e sous-sect., 17 janvier 1994, n° 120157, Chollet, *Dr. Fisc.*, 1994, n° 15, c.746, concl. Bachelier) à condition que le motif autre que fiscal soit licite. La justification par des considérations économiques suffit pour que la fraude à la loi soit écartée (CE CAPC, 12 avr. 1995, n° 155466, Gallard, *RJF* 6/95, n° 761). Objectivement, la fraude à la loi est nécessairement un péché contre l'esprit de la loi. Ce critère, implicite dans la solution de l'affaire des « fonds turbo » (CE, Avis, 8 avr. 1998, n° 192539, SDMO, *RJF* 5/98, n° 593, concl. Goulard, p. 378), fut consacré par l'arrêt *Jeanfin* aux termes duquel la fraude à la loi est une recherche du « bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs ».

Hors du cadre national, la CJCE a forgé un concept d'abus de droit communautaire très proche de solutions françaises actuelles (CJCE, 21 févr. 2006, C-255/02, Halifax plc.). En droit comparé, l'administration américaine dispose de « doctrines » jurisprudentielles comparables, visant à assurer la primauté « du fond sur la forme » (*substance over form*). Il en va de même en droit anglais (jurisprudence « Ramsey »), néerlandais (concept jurisprudentiel de *fraus legis*) ou allemand (art. 42 du *Abgabeordnung*). Par ailleurs, le Conseil d'État, juge communautaire de droit commun, a considéré l'article L.64 du LPF comme compatible avec l'article 43 du Traité CE dans la mesure où il consiste spécifiquement à exclure du bénéfice de dispositions fiscales favorables « les montages purement artificiels dont le seul objet est de contourner la législation fiscale française » (CE, 18 mai 2005, n° 267087, SA Sagal, *RJF* 8-9/05, n° 91, concl. Collin, *BDCF* 8-9/05, n° 110), circonstance justifiant une restriction à la liberté d'établissement (CJCE, 12 sept. 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes).

III. Le cadre procédural de la répression des abus de droit

La dualité du fondement légal de la répression des simulations et des fraudes à la loi se poursuit sur le plan procédural.

La mise en œuvre de l'article L.64 du LPF a lieu dans le cadre de la « procédure de répression des abus de droit » qui est une procédure de rectification contradictoire dérogatoire. La proposition de rectification indique expressément que l'administration met en œuvre la procédure de répression des abus de droit et mentionne, entre autres, que le contribuable peut exiger la saisine du comité consultatif pour la répression des abus de droit. La décision de déclencher la procédure appartient à un agent ayant au moins le grade d'inspecteur divisionnaire qui visera la proposition de rectification. Si, à la suite de la proposition, le contribuable accepte les rectifications, les impositions correspondantes sont établies selon les règles habituelles. En cas de désaccord, le litige peut être soumis à l'avis du comité précité, à l'initiative soit de l'administration, soit du