



PAR **MARC BORNHAUSER**, AVOCAT À LA COUR, PRÉSIDENT DE LA COMMISSION PATRIMONIALE DE L'INSTITUT DES AVOCATS CONSEILS FISCAUX, ET **POLINA KOURALEVA-CAZALS**, MAÎTRE DE CONFÉRENCES À L'UNIVERSITÉ PARIS X, MEMBRE DU CENTRE DE RECHERCHES SUR LE DROIT PUBLIC (CRDP)*

NOVEMBRE 2013 - NOVEMBRE 2014 : LA PRESSION S'ACCROÎT SUR LE CONTRIBUABLE

Comme l'année dernière, notre chronique annuelle parlera encore beaucoup d'abus de droit (I). En effet, la convergence des jurisprudences nationale et européenne a conduit à l'émergence d'un nouveau critère, celui de la substance des sociétés interposées, qui est apprécié par le Comité de l'abus de droit fiscal de manière parfois paradoxale.

Mais l'abus de droit n'est pas le seul outil de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales. Pour les opérations internes, les présomptions fiscales poursuivent traditionnellement le même objectif (II) qui est renforcé par les solutions jurisprudentielles, telle celle, très défavorable aux contribuables délocalisés, rendue sur la territorialité des plus-values en report (III), tandis que de nouveaux outils se mettent en place pour poursuivre le même combat au niveau international (IV). Les juges rappellent cependant que la lutte contre la fraude fiscale ne doit pas se faire au détriment des droits et garanties des contribuables (V).

*Droit & Patrimoine a le plaisir d'accueillir Marc Bornhauser et Polina Kouraleva-Cazals à la tête de la chronique Droit fiscal. Ce duo d'experts universitaire et praticien succède à celui de Daniel Gutmann et Éric Pornin qui ont si brillamment décrypté cette matière pour nos lecteurs depuis le début des Chroniques. Qu'ils en soient encore remerciés. Bienvenue et merci à leurs successeurs de prendre le relais avec autant de réussite.

I- L'ACTUALITÉ DE L'ABUS DE DROIT

A - LA NOTION DE SUBSTANCE

L'avis n° 2014-13 du Comité de l'abus de droit fiscal (CADF) (♦ 001) fournit une illustration intéressante de la notion de substance. Dans le cadre d'une opération de *leveraged buy-out* LBO intervenue en 2004, le contribuable avait souscrit des titres de la holding de reprise via une société luxembourgeoise, dont il avait, plus d'une année plus tard, donné la nue-propriété à ses enfants. Comme il est d'usage en la matière, le contribuable avait dû au préalable adhérer à un pacte d'actionnaires relativement contraignant restreignant sa liberté de dispo-

ser seul des actions souscrites. Il avait néanmoins pu les nantir auprès d'une banque (vraisemblablement celle qui avait financé le LBO) pour emprunter des fonds que sa société avait fait fructifier. En 2008, soit presque quatre années après leur souscription, la société luxembourgeoise cède les actions de la holding.

L'administration fiscale avait remis en cause l'exonération d'impôt sur la plus-value de cession que l'interposition de la société luxembourgeoise avait permis au contribuable de réaliser, au motif que cette interposition procédait d'un montage artificiel. Elle est désavouée par le CADF, qui estime que le fait que la société luxembourgeoise ait fait fructifier son patri-

SOMMAIRE

I- L'ACTUALITÉ DE L'ABUS DE DROIT 52	A - APPLICATION DE LA PRÉSUMPTION DU CARACTÈRE FICTIF DES DETTES À LA DETTE DE QUASI-USUFRUITIER	Rapp. OCDE 16 sept. 2014 (<i>BEPS, action 2, montages hybrides</i>) CE, 10 oct. 2014, n° 356878 (<i>qualification, convention, prise en compte du droit étranger, instruments hybrides</i>)
A - LA NOTION DE SUBSTANCE	CA Paris, 25 févr. 2014, n° 2012/23704, M. D. (<i>droits de succession, dettes déductibles, dette de quasi-usufruit</i>)	V - LES JUGES : DERNIERS GARDIENS DES DROITS DES CONTRIBUABLES ? 60
CADF, 23 sept. 2014, aff.n° 2014-13 (<i>abus de droit, LBO</i>) CADF, 4 avr. 2014, aff.n° 2013-02 (<i>abus de droit, ISF</i>)	B - L'IMPACT DE LA PRÉSUMPTION DU CARACTÈRE FICTIF DU DÉMEMBREMENT SUR LE CALCUL DE LA PLUS-VALUE DE CESSION ULTÉRIEURE DU BIEN	CE, 23 juin 2014, n° 355801 (<i>la fraude fiscale, les droits des contribuables</i>)
B - L'APPORT-CESSION	CAA Bordeaux, 28 mars 2014, n° 12BX00643 (<i>plus-value, prix d'acquisition, CGI, art. 751</i>)	A - UN ÉLARGISSEMENT DE LA NOTION DE SANCTION
CADF, 16 oct. 2014, aff.n° 2014-11 (<i>abus de droit, apport-cession, réinvestissement</i>) CADF, 16 oct. 2014, aff.n° 2014-02 (<i>abus de droit, apport-cession, réinvestissement</i>)	III - LA TERRITORIALITÉ DES PLUS-VALUES EN REPORT D'IMPOSITION 58	CE, 5 févr. 2014, n° 371352 (<i>rémunérations déductibles, sanctions fiscales</i>) CE, 28 mai 2014, n° 351935 (<i>abattement de 20 %, sanctions fiscales</i>)
C - AUTRES ENSEIGNEMENTS RÉCENTS EN MATIÈRE D'ABUS DE DROIT	CE, 3 déc. 2014, n° 364506, de Ganay (<i>territorialité, plus-value en report d'imposition</i>)	B - LE CUMUL DES SANCTIONS FISCALES ET DES SANCTIONS PÉNALES
CADF, 22 mai 2014, aff.n°s 2013-32, 2013-29, 2013-30 et 2013-31 (<i>abus de droit, convention fiscale</i>) CADF, 13 mars 2014, aff.n° 2013-45 (<i>abus de droit, donation-cession de titres</i>) CE, 23 juin 2014, n° 360708, Société Groupement Charbonnier Montdiderien (<i>abus de droit, motifs non fiscaux de l'opération</i>)	IV - LE DÉVELOPPEMENT DES DISPOSITIFS ANTI-HYBRIDES 59	CEDH, 4 mars 2014, aff.18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, Stevens c/ Italie (<i>CEDH, conditions de validité des réserves</i>)
II- LE DÉMEMBREMENT DU DROIT DE PROPRIÉTÉ ET LES PRÉSUMPTIONS FISCALES 57	CGI, art. 212, I, b), issu de L. fin. 2014, n° 2013-1278, 29 déc. 2013 (<i>intérêts déductibles, instruments hybrides</i>) Dir. Cons.n° 2014/86/UE, 8 juill. 2014 (<i>régime mère-fille, exonération de dividendes, instruments hybrides</i>)	

moine propre grâce aux crédits obtenus en garantie des actions de la holding de reprise et qu'elle ait vocation à être à terme transmise aux enfants du contribuable démontrait qu'elle avait une substance.

L'administration fiscale a toutefois décidé de ne pas suivre l'avis, au motif que la circonstance que les organes dirigeants de la société interpo-

sée ne pouvaient prendre aucune décision pendant la durée du pacte caractérisait l'absence de substance.

On ne peut qu'être surpris par la position de l'administration fiscale, tant la motivation retenue par le CADF sur la notion de substance paraît solidement argumentée. On peut toutefois s'interroger sur le critère pertinent à retenir. Est-ce l'existence d'un patrimoine propre ? C'est vrai de toute société dotée de la personnalité morale. Est-ce le fait qu'elle l'ait fait fructifier grâce au placement des fonds empruntés grâce au nantissement des titres ? Ou la circonstance que le contribuable avait utilisé la structure interposée pour préparer la transmission future de son patrimoine à ses enfants ? Si le Comité s'est donné la peine de mentionner tous ces éléments, c'est bien parce qu'ils revêtent tous une certaine importance et il n'est donc pas possible de savoir si l'absence d'une gestion active des titres et/ou le défaut de transmission de la nue-propriété des actions de la société interposée aurait abouti à une solution différente.

EXTRAITS

♦ **001 CADF, 23 sept. 2014, aff.n° 2014-13**
« À cet égard, le Comité relève que la société D, qui n'est pas fictive, a effectivement une substance. Elle dispose en effet d'un patrimoine propre constitué dans un premier temps des actions de la société A et de valeurs mobilières de placement acquises au moyen des lignes de crédit obtenues par le nantissement des titres de cette société, puis du placement des liquidités provenant de la cession des titres de la société A, ayant vocation à terme à être transmis aux enfants du contribuable à raison du démembrement de propriété opéré sur ces titres »