

PROCÉDURES FISCALES

5 Le nouvel abus de droit : analyse des commentaires de l'administration fiscale



FRANÇOIS BONTE

notaire
Michelez notaires, Paris



PASCAL JULIEN SAINT-AMAND

notaire Groupe Althémis
membre du comité scientifique
de la Revue fiscale du patrimoine

L'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020 de la généralisation de l'abus de droit pour but principalement fiscal (*LPF, art. L. 64 A*) modifie sensiblement l'environnement fiscal.

Quelle sera l'incidence de ce nouveau texte sur les stratégies patrimoniales ? L'Administration en fera-t-elle une application mesurée ?

Dans une instruction du 31 janvier 2020, l'administration fiscale vient de faire part de ses commentaires du nouveau dispositif.

Feu de paille ou tsunami, la présente étude se propose d'analyser les incidences du nouveau texte à la lumière des commentaires qui en sont faits par l'administration fiscale :

- les critères dont la réunion est constitutive de l'infraction sont peut-être plus nombreux qu'il n'y paraît ;
- par ailleurs, malgré des zones de risques et d'incertitudes liées à l'introduction de critères subjectifs dans l'arsenal répressif de l'administration fiscale, des arguments forts limitent le risque de remise en cause des schémas patrimoniaux les plus classiques ;
- parallèlement la démarche du rescrit, bien que lourde et souvent trop longue, permettra dans certains cas de sécuriser des schémas pour lesquels l'absence d'abus de droit pour but principalement fiscal est trop incertaine.

1 - Peu à peu, au fil des ans, les possibilités offertes à l'administration fiscale pour rectifier les opérations réalisées par le contribuable sur le fondement du but principalement fiscal se sont développées.

Ces nouveaux dispositifs, d'abord limités au régime mère fille, puis à l'impôt sur les sociétés dans son ensemble et désormais à l'ensemble des impôts, exposent le contribuable à une insécurité fiscale grandissante.

L'insécurité trouve son germe dans la définition même retenue par la loi. L'ajout du motif principalement fiscal dans l'arsenal répressif de l'abus de droit implique évidemment une part importante de subjectivité, et donc d'incertitude. Comment apprécier si les motivations du contribuable sont principalement fiscales ou principalement autres que fiscales ? Et que signifie vraiment le terme « principalement » ? En offrant à l'administration fiscale le droit de « peser les âmes » des contribuables pour y comparer le poids de leurs motivations autres que fiscales (familiales, personnelles, organisationnelles, psychologiques, financières, etc.) avec l'intérêt fiscal, ces nouveaux textes ne risquent-ils pas de déséquilibrer gravement le rapport de forces entre les contribuables et l'Administration ? Et de porter atteinte à la sécurité légitime que le contribuable est en droit d'attendre ?

2 - Au lendemain de l'adoption du mini-abus de droit de l'article L. 64 A du LPF, les praticiens du droit que nous sommes étions abondamment sondés par des contribuables inquiets, dont les craintes avaient été renforcées par quelques articles retentissants mais incomplets parus dans la presse généraliste sur ce sujet. Les questions soumises portaient souvent sur des schémas patrimoniaux tout à fait classiques mais à fort levier fiscal : à l'entrée en vigueur du texte, pourra-t-on encore de bonne foi anticiper la transmission de son patrimoine par une donation de la nue-propriété, modifier son régime matrimonial pour protéger son conjoint et favoriser la transmission à ses enfants, ou encore réaliser une donation avant cession pour transmettre tout en purgeant la plus-value ?

3 - À l'aune d'un communiqué de presse, puis de plusieurs réponses ministérielles rassurantes¹, le soufflé est un peu retombé, permettant d'aborder l'année 2020 (année d'entrée en vigueur du nouveau dispositif, même s'il faudra attendre 2021 pour les premiers redressements) sur des bases plus sereines. Comme gênée par ce nouveau texte imposé par des parlementaires en pleine crise des gilets jaunes, l'Administration est venue préciser, en réponse à d'autres parlementaires relayant l'inquiétude des contribuables et des praticiens, que le nouveau dispositif sera appliqué « de manière mesurée ». Il ne sera notamment « pas de nature à entraîner la remise en cause des transmissions anticipées de patrimoine et notamment celles pour lesquelles le donateur se réserve l'usufruit du bien transmis, sous réserve bien entendu que les transmissions concernées ne soient pas fictives ». Ces réponses ministérielles

annonçaient par ailleurs la diffusion prochaine de précisions sur les modalités d'application de l'article L. 64 A du LPF, dont il était promis qu'elles seraient rédigées en concertation avec « les professionnels du droit concernés ». L'Administration prévenait néanmoins que, dans la mesure où chaque opération devant s'apprécier « au vu des circonstances de fait propres à chaque affaire », il ne lui serait pas possible de prendre de position générale précisant les actes susceptibles ou non d'être requalifiés en application de l'article L. 64 A du LPF.

4 - Plus de 6 mois après ces réponses ministérielles, une instruction fiscale, commentant de manière successive les deux dispositifs de répression de l'abus de droit de L. 64 et de l'article L. 64 A du LPF est enfin parue au BOFiP-Impôts du 31 janvier dernier². Si cette instruction apporte peu d'éléments concernant le dispositif « classique » de l'article L. 64 du LPF, elle apporte quelques précisions sur le champ d'application de l'article L. 64 A du LPF. Un rappel de l'évolution des textes en matière d'abus de droit (1) précédera l'analyse des apports de l'instruction commentant l'article L. 64 A du LPF, au regard notamment de son champ d'application (2), des garanties offertes aux contribuables (3) et des sanctions applicables (4).

1. Évolution des textes

5 - L'arsenal législatif permettant à l'administration fiscale de contester les schémas sur le fondement du but fiscal, exclusivement dans un premier temps, puis principalement depuis quelques années ne cesse de s'étoffer.

A. - L'article L. 64 du LPF

6 - Le concept remonte au XIX^e siècle, la Cour de cassation reconnaissant par un arrêt du 20 août 1867, le droit à l'Administration de remettre en cause, en matière de droits d'enregistrement, les montages juridiques sur le fondement de la fraude à la loi.

Cette création jurisprudentielle fut reprise puis étendue par le législateur au XX^e siècle :

- extension quant à son fondement par la possibilité de requalifier un acte pour fictivité ou pour fraude à la loi ;
- extension quant aux impôts visés, le texte s'appliquant à l'ensemble des impôts.

7 - L'article L. 64 du LPF dans sa rédaction actuelle énonce : « Afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions 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, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ».

Cette définition couvre les situations de fictivité juridique et de fraude à la loi.

1. Rép. min. n° 16264 : JOAN 18 juin 2019, p. 5545, T. Degois ; RFP 2019, alerte 76. – Rép. min. n° 9965 : JO Sénat 13 juin 2019, p. 3070, C. Procaccia ; RFP 2019, alerte 76. – Rép. min. n° 17239 : JOAN 18 juin 2019, p. 5546, É. Straumann ; RFP 2019, alerte 76.

2. BOI-CF-IOR-30-10 et 30-20, 31 janv. 2020.

8 - La **fictivité juridique** est constituée par la différence objective existant entre l'apparence juridique créée par l'acte en cause et la réalité, en particulier économique, sous-jacente à cet acte.

La **fraude à la loi en matière fiscale**, est selon la jurisprudence, constituée lorsque sont réunies, d'une part la recherche d'un but exclusivement fiscal et, d'autre part, l'obtention de cet avantage fiscal par une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs³.

La jurisprudence en la matière est désormais fournie et permet de mieux cerner cette notion.

B. - Les articles 119 ter, 3 et 145, 6, k du CGI

9 - Depuis le 1^{er} janvier 2016, l'article 119 ter, 3 du CGI transpose la directive mère-fille⁴ et insère une clause anti-abus permettant d'écarter le bénéfice du régime de faveur pour les « dividendes distribués dans le cadre d'un montage ou d'une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité » du dispositif.

C. - L'article 205 A du CGI

10 - Pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2019, l'article 205 A du CGI transpose à l'ensemble de l'impôt sur les sociétés (IS) la règle anti-abus prévue par la directive 2011/96 du 30 novembre 2011 telle que modifiée par la directive 2015/121 du Conseil du 27 janvier 2015 (le renvoi de l'article 145, 6, k du CGI vers la clause anti-abus de l'article 119 ter, 3 du CGI est corrélativement supprimé).

Ce texte permet à l'administration fiscale d'écarter en matière d'impôt sur les sociétés, les montages ou séries de montages « qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable, ne sont pas authentiques compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. ».

L'administration fiscale a commenté ce dispositif⁵.

11 - L'application de la clause anti-abus nécessite la réunion de deux conditions :

– le montage, ou la série de montages, est mis en place avec pour objectif principal l'obtention d'un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable ;

– le montage, ou la série de montages, n'est pas considéré comme authentique, ce qui signifie qu'il n'a pas de justification économique.

12 - **Première condition.** – L'Administration précise que lorsqu'un montage est mis en place avec plusieurs objectifs différents, l'analyse du caractère principal d'un des objectifs résulte d'une appréciation de fait tenant notamment compte

de l'évaluation de l'avantage fiscal qui serait obtenu à l'encontre de la finalité du régime fiscal en question, en proportion de l'ensemble des gains ou avantages de toute nature obtenus au moyen du montage considéré.

De plus, l'objectif poursuivi par le contribuable pour être contestable doit être contraire à l'objectif poursuivi par le législateur.

13 - **Seconde condition.** – Selon les termes de l'article 205 A du CGI, un montage est considéré comme non authentique dans la mesure où il n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique. Pour l'application de cette disposition, l'administration fiscale précise que « la notion de motifs commerciaux s'entend au sens large de toute justification économique, même si elle n'est pas liée à l'exercice d'une activité commerciale au sens de l'article 34 du CGI ». Sont donc susceptibles d'être considérées comme répondant à des **motifs valables au sens de l'article 205 A du CGI** « des structures de détention patrimoniale, ayant des activités financières ou encore des structures répondant à un objectif organisationnel ».

14 - La doctrine fiscale précise ensuite : « dans le cas où un montage procure des avantages d'ordre à la fois économique et fiscal, mais où l'avantage d'ordre économique est très marginal par rapport à l'avantage fiscal obtenu, le motif économique est susceptible d'être considéré comme non valable ».

15 - Pour que le montage puisse être requalifié sur le fondement de l'article 205 A du CGI, il convient donc :

– qu'il poursuive un objectif principalement fiscal contraire à l'objectif poursuivi par le législateur ; et

– qu'il ne présente pas d'intérêt économique (ou que celui-ci soit « très marginal » pour reprendre la formulation de l'administration).

En d'autres termes, un montage permettant de bénéficier d'un avantage fiscal, même ne correspondant pas à l'objectif poursuivi par le législateur resterait valide, dès lors que le montage présente par ailleurs un intérêt économique qui ne soit pas marginal.

D. - IFI et dispositifs anti-abus

16 - Le législateur fiscal a introduit la notion de but principalement fiscal en matière d'impôt sur la fortune immobilière (IFI), qu'il s'agisse de la déductibilité de certaines dettes, ou du bénéfice de la règle du plafonnement.

17 - **CGI, art. 974.** – L'article 974, IV du CGI pose une limitation partielle de la déductibilité des dettes lorsque la valeur vénale des biens ou droits immobiliers et des parts ou actions taxables excède 5 millions d'euros et que le montant total des dettes admises en déduction excède 60 % de cette valeur. Le texte précise que le montant des dettes excédant ce seuil n'est admis en déduction qu'à hauteur de 50 % de cet excédent. Le dernier alinéa spécifie que ne sont pas retenues les dettes dont le redevable justifie qu'elles n'ont pas été contractées « dans un objectif principalement fiscal ». C'est au contribuable qu'incombe ici la charge de la preuve.

3. CE, 29 déc. 2006, n° 283314 : *JurisData* n° 2006-081065.

4. *Dir.* 2011/96, 30 nov. 2011.

5. BOI-IS-BASE-70.

18 - **CGI, art. 973.** – Cet article définit les règles applicables en matière d'IFI pour valoriser les parts des sociétés détenant des biens et droits immobiliers. Il pose différentes limites à la déductibilité des dettes contractées par une société pour l'acquisition des biens immobiliers ou la réalisation de travaux sur ceux-ci. Le texte spécifie pour certaines d'entre elles que la limitation ne s'applique pas si le redevable justifie que le prêt n'a pas été contracté « *dans un objectif principalement fiscal* ». C'est au contribuable qu'incombe ici la charge de la preuve.

19 - **CGI, art. 979.** – L'article 979 du CGI pose quant à lui une règle anti-abus en matière de plafonnement : « *Les revenus distribués à une société passible de l'impôt sur les sociétés contrôlée par le redevable sont réintégrés dans le calcul* » du plafonnement « *si l'existence de cette société et le choix d'y recourir ont pour objet principal d'éviter tout ou partie de l'impôt sur la fortune immobilière en bénéficiant d'un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du même premier alinéa. Seule est réintégrée la part des revenus distribués correspondant à une diminution artificielle des revenus pris en compte pour le calcul prévu audit premier alinéa* ». C'est à l'Administration qu'incombe la charge de la preuve.

20 - On le voit, **la notion de but principalement fiscal**, n'était déjà pas totalement inconnue de notre droit positif avant l'introduction du nouvel abus de droit de l'article L. 64 A du LPF.

E. - L'article L. 64 A du LPF

21 - La loi de finances pour 2019⁶ a étendu la clause anti-abus de l'article 205 A du CGI, qui était exclusivement applicable à l'IS, à l'ensemble des autres impôts.

Le législateur français a donc profité de la directive européenne applicable en matière d'IS exclusivement⁷. Il a étendu ce texte, dont l'objectif était avant tout d'éviter le *treaty shopping* et l'absence de fiscalisation des Gafa, aux particuliers par une clause générale visant l'ensemble des impôts.

22 - Alors que la procédure d'abus de droit de l'article L. 64 du LPF permet à l'administration fiscale d'attaquer une opération sur deux fondements : soit la fictivité (simulation) soit la fraude à la loi (le but exclusivement fiscal), l'abus de droit de l'article L. 64 A du LPF ne permet à l'administration fiscale d'écarter un acte que sur le fondement de la fraude à la loi, en démontrant que le but est principalement fiscal.

6. L. fin. 2019 n° 2018-1317, 28 déc. 2018, art. 109.

7. Cons. UE, dir. 2016/1164/UE, 12 juill. 2016, dite « Atad » pour anti-tax avoidance directive.

En d'autres termes, si l'opération est fictive l'Administration ne peut invoquer l'article L. 64 A du LPF et doit donc introduire son action sur le fondement de l'article L. 64 du LPF.

De plus, l'article L. 64 A du LPF s'applique à tous les impôts, à l'exception de l'IS, car cet impôt est visé par ailleurs. C'est-à-dire que lorsque l'opération litigieuse présente un avantage fiscal en matière d'IS, l'Administration doit invoquer l'article 205 A du CGI et non l'article L. 64 A du LPF.

23 - Enfin, la lecture comparée de l'article 205 A du CGI d'une part et L. 64 A du LPF d'autre part, met en évidence un point de convergence mais aussi une divergence rédactionnelle non négligeable.

Aux termes de l'article 205 A du CGI : « *Pour l'établissement de l'impôt sur les sociétés, il n'est pas tenu compte d'un montage ou d'une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable, ne sont pas authentiques compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents.*

Un montage peut comprendre plusieurs étapes ou parties.

Aux fins du présent article, un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique..... »

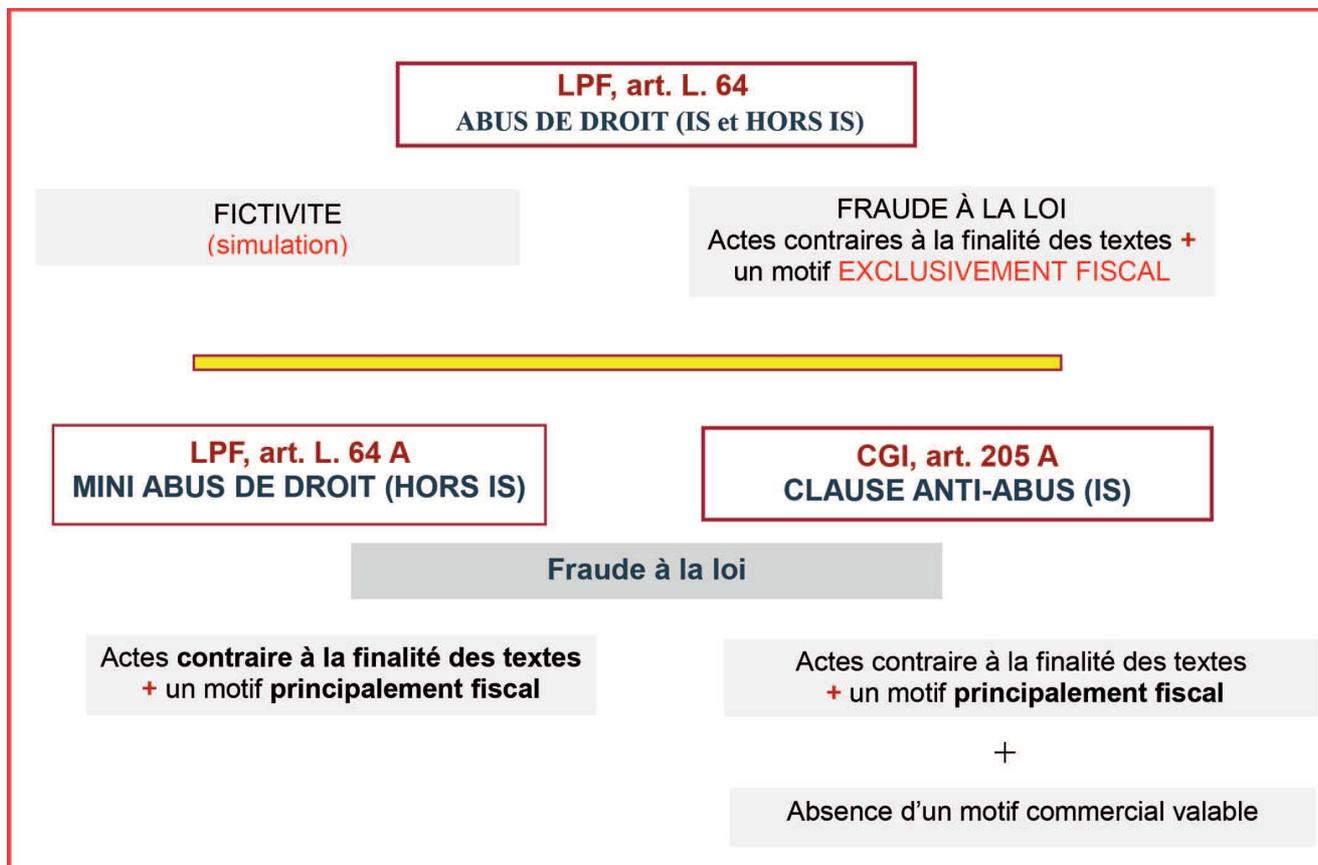
Aux termes de l'article L. 64 A du LPF : « *Afin d'en restituer le véritable caractère et sous réserve de l'application de l'article 205 A du code général des impôts, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ont pour motif principal d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles..... »*

24 - **Un point de convergence.** – Les deux textes ont en commun de permettre d'écarter les actes recherchant un objectif principalement fiscal et contraires à l'objectif poursuivi par le droit fiscal applicable.

25 - **Un point de divergence rédactionnelle.** – On notera que l'article 205 A exige une condition supplémentaire : le montage doit ne pas être authentique. Cette différence rédactionnelle est atténuée par les commentaires administratifs⁸.

8. V.2.

26 - **Synthèse.** – Le schéma suivant présente de manière synthétique le champ d'application de l'abus de droit visé par les articles L. 64 du LPF, L. 64 A du LPF et 205 A du CGI :



2. Apports de l'instruction fiscale commentant l'article L. 64 A du LPF

27 - Bien qu'assez succincte, cette instruction apporte diverses précisions intéressantes :

- le lien avec la directive Atad (*anti-avoidance directive*) et l'article 205 A du CGI (A) ;
- les précisions relatives au champ d'application (B) ;
- les illustrations, qui bien qu'insuffisantes, donnent quelques orientations (C).

A. - Lien avec la directive Atad (*anti-avoidance directive*) et l'article 205 A du CGI

28 - L'instruction fiscale rappelle que, d'après les débats parlementaires, les dispositions de l'article L. 64 A du LPF ont pour objectif d'étendre les dispositions anti-abus concernant l'impôt sur les sociétés prévues à l'article 205 A du CGI à l'ensemble de la fiscalité.

Et en déduit que « ces dispositions ne visent que les actes ou montages dépourvus de substance économique ».

Dès lors, les éléments constitutifs de l'abus sont les suivants :

- un élément objectif : l'utilisation d'un texte à l'encontre des intentions de son auteur (1°) ;

- un élément subjectif, la volonté principale d'éluider l'impôt (2°) ;

Mais aussi :

- un acte ou montage dépourvu de substance économique (3°).

1° Élément objectif : l'utilisation d'un texte à l'encontre des intentions de son auteur

29 - Les actes qui peuvent être écartés sur le fondement de l'article L. 64 A du LPF sont des actes écrits ou non écrits (bail verbal, etc.), qu'ils soient unilatéraux, bilatéraux ou multilatéraux. Pour être écartés sur le fondement de l'article L. 64 A du LPF, ils doivent rechercher le bénéfice d'une application littérale de textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs.

30 - Les textes visés s'entendent des lois, des conventions fiscales internationales et le cas échéant des textes réglementaires qui en précisent les conditions d'application (décret, arrêté par exemple) Les décisions susceptibles d'être prises en compte sont celles qui, allant au-delà du simple commentaire de la norme, créent du droit (réponses ministérielles, rescrits généraux insérés dans le BOFiP – mais pas les rescrits individuels – et les instructions fiscales comportant une interprétation favorable au contribuable qui ajoute à la norme ou pallient l'absence de norme).

31 - Et surtout, l'acte doit rechercher un objectif fiscal contraire à l'objectif poursuivi par l'auteur du texte ou de la

décision. L'Administration précise à titre d'illustration, qu'une transmission anticipée de patrimoine (sous réserve qu'elle soit réelle) qu'elle soit en pleine propriété ou en nue-propriété, n'entre pas dans le champ de l'abus de droit.

Il est sain, que cette évidence soit rappelée. Lorsque le législateur prévoit que les abattements fiscaux, de même que les tranches du barème fiscal se reconstituent tous les 15 ans, ou encore que le donateur peut prendre en charge les frais et droits de donation sans que cela soit considéré fiscalement comme une donation complémentaire ou enfin qu'en cas de démembrement la base imposable est diminuée de la valeur de l'usufruit, **le législateur cherche, à l'évidence, à favoriser la donation anticipée.** Le contribuable ne court donc aucun risque au regard du L. 64 A du LPF à utiliser ces dispositifs, car même s'ils présentent un avantage fiscal, ils sont conformes à l'objectif poursuivi par le législateur⁹.

2° Élément subjectif : la volonté principale d'éluider l'impôt

32 - L'Administration doit démontrer que l'acte, qu'elle veut écarter, a pour motif principal d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé aurait normalement supportées si l'acte n'avait pas été passé ou réalisé.

L'instruction fiscale précise qu'éluider ou atténuer les charges fiscales peut notamment consister à réduire une dette d'impôt, mais aussi à percevoir indûment un crédit d'impôt ou encore augmenter abusivement une situation déficitaire.

3° Un acte ou montage dépourvu de substance économique

33 - Cette exigence, ne ressort pas directement de la rédaction de l'article L. 64 A, mais, comme le révèlent les débats parlementaires, prend sa source dans son origine : l'extension de l'article 205 A du CGI aux autres impôts.

L'administration fiscale en tire pour conséquence que les commentaires du BOI-IS-BASE-70 précisant les montages visés par la clause anti-abus applicable en matière d'IS sont applicables à ceux touchant les autres impôts.

34 - Ce renvoi présente deux apports intéressants :

– en premier lieu, il permet de considérer qu'au regard de l'article L. 64 A du LPF également « des structures de détention patrimoniale, ayant des activités financières ou encore des structures répondant à un objectif organisationnel sont de nature à démontrer la substance économique susceptible d'être considérée comme répondant à des motifs valables » ;

– en second lieu, il donne un élément d'appréciation quant au caractère principal visé par l'article L. 64 A du LPF. Lorsque le caractère principalement fiscal est apprécié au regard de l'intérêt économique du montage, les commentaires du BOI-IS-BASE-70, § 40, énoncent : « Dans le cas où un montage procure des avantages d'ordre à la fois économique et fiscal,

mais où l'avantage d'ordre économique est **très marginal** par rapport à l'avantage fiscal obtenu, le motif économique est susceptible d'être considéré comme non valable ». Inversement, l'objectif économique est donc valide s'il n'est pas marginal. Il suffirait donc que l'objectif économique soit significatif (plutôt que principal).

35 - Les commentaires de l'Administration restent, en revanche, peu développés sur les critères de nature non économiques permettant de définir le caractère non principalement fiscal du montage : qu'il s'agisse de la protection du conjoint, des enfants, de la famille, de l'organisation patrimoniale, de la réalisation d'objectifs non financiers, etc.

B. - Précisions concernant le champ d'application

1° Impôts concernés

36 - La doctrine fiscale précise par ailleurs, que l'article L. 64 A du LPF s'applique à tous les impôts (à l'exception de l'impôt sur les sociétés, car celui-ci est couvert par les dispositions de l'article 205 A du CGI).

2° Liberté de choix

37 - L'administration fiscale précise que l'abus de droit visé à l'article L. 64 A du LPF (pas plus d'ailleurs que l'abus de droit visé à l'article L. 64 du LPF), « **n'a pour objet d'interdire au contribuable de choisir le cadre juridique le plus favorable du point de vue fiscal pourvu que ce choix ou les conditions le permettant ne soient empreints d'aucune artificialité** »¹⁰.

38 - Sur ce fondement, la donation, avant leur cession, de titres d'une société soumise à l'IS recelant des plus-values latentes, qui seraient purgées par la donation, n'apparaît donc pas exposée à la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit sur le fondement de l'article L. 64 A du LPF.

Il en va de même, à notre sens, du choix de la réalisation d'un investissement immobilier par le biais d'une structure IS plutôt que d'une structure semi-transparente, ou encore l'acquisition d'un bien immobilier à un tiers avec un financement par emprunt, quand bien même le contribuable aurait pu faire le choix économique de le financer par fonds propres.

C. - Illustrations données par l'instruction fiscale

39 - La combinaison des conditions légales de l'abus de droit pour motif principalement fiscal conduit à ne pas appliquer cette procédure aux actes dont le but essentiel est l'obtention d'un avantage fiscal sans aller à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable.

Les commentaires donnent deux exemples d'actes qui présentent une réelle substance.

9. BOI-CF-IOR-30-20, 31 janv. 2020, § 70.

10. En ce sens : *Rép. min. n° 73340* : JOAN 10 nov. 2015, p. 8219, J.-L. Christ.

Exemple 1 :

« La donation d'usufruit temporaire au profit d'un enfant majeur qui ne fait pas partie du foyer fiscal du donateur, procure certes une économie d'impôt sur la fortune immobilière, qui peut être substantielle, mais qui n'est pas abusive si elle est justifiée par la volonté d'aider l'enfant majeur à financer ses études en lui permettant d'occuper le logement ou de percevoir les revenus locatifs du bien transmis. Le caractère temporaire d'une transmission de l'usufruit, n'est pas en soi abusif dès lors qu'il est doté d'une substance patrimoniale effective et ne prévoit pas de clauses manifestement abusives (telle qu'une donation librement révocable par le donateur). »¹¹.

Cet exemple illustre le fait qu'un schéma patrimonial ne peut être contesté sur la base de la seule économie fiscale, fut-elle substantielle, qu'il permet de générer.

S'agissant d'une donation d'un usufruit temporaire, et, à notre avis, de toute donation au sens large, l'absence de contrariété à l'intention du législateur sera établie si l'intention libérale du donateur (au cas particulier, l'intention irrévocable du donateur de se priver, même temporairement, de la jouissance d'un bien pour aider son enfant à se loger ou lui permettre de percevoir des revenus) est réelle. En revanche, l'introduction de clauses abusives dans l'acte (la possibilité de reprendre ce qui a été donné) ou l'absence de substance économique de l'opération : donation de l'usufruit d'un actif ne générant ni revenus, ni droit d'occupation effectif (usufruit temporaire d'un terrain par exemple), serait de nature à caractériser le but principalement fiscal contraire à l'intention du législateur.

Exemple 2 :

« La donation d'usufruit temporaire à un organisme sans but lucratif, même si elle permet de réaliser une économie d'impôt très importante, n'est pas susceptible d'être écartée sur le fondement de l'article L. 64 A du LPF lorsque le donateur se dépouille irrévocablement des fruits attachés à l'actif donné, sur la durée de l'usufruit temporaire. Le donateur poursuit un objectif charitable valable et non négligeable en permettant à l'organisme de bénéficier d'un rendement financier régulier sur la période de l'usufruit (loyers, dividendes) »¹².

Dans cet exemple, la conformité de l'acte par rapport à l'intention du législateur est caractérisée par :

- le dépouillement irrévocable et sans contrepartie du donateur au profit de l'organisme sans but lucratif ;
- l'enrichissement non négligeable de l'organisme bénéficiaire qui reçoit les loyers ou dividendes.

L'absence de contrariété de l'opération par rapport à l'intention du législateur permet d'écarter le risque de requalification de l'opération sur la base de l'article L. 64 A du LPF. La réelle substance économique de l'opération rend la question de la motivation principalement fiscale ou non du contribuable sans incidence.

11. BOI-CF-IOR-30-20, 31 janv. 2020, § 120.

12. *Idem*.

3. Garanties offertes au contribuable**A. - Procédure de « rescrit – abus de droit » et ses limites**

41 - Dans ses commentaires des articles L. 64 et L64 A du LPF, l'administration fiscale rappelle la possibilité ouverte aux contribuables qui souhaitent « sécuriser le traitement fiscal d'un acte ou d'une opération » de demander à l'administration fiscale la confirmation que les dispositifs anti-abus résultant des deux textes précités ne leur sont pas applicables.

42 - La procédure de « rescrit – abus de droit », prévue à l'article L. 64 B du LPF, est une procédure assez ancienne puisqu'elle a été introduite dès 1987¹³. Elle permet au contribuable, préalablement à la conclusion d'un ou plusieurs actes, de consulter par écrit l'administration centrale pour lui demander de prendre position sur l'existence ou non d'un abus de droit.

La loi de finances pour 2019¹⁴, concomitamment à l'introduction de l'article L. 64 A du LPF, a amendé l'article L. 64 B pour inclure, dans le champ d'application de la procédure de rescrit, l'abus de droit pour motif principalement fiscal de l'article L. 64 A du LPF.

Nous rappellerons que cette procédure de rescrit implique que le contribuable fournisse à l'Administration « tous éléments utiles pour apprécier la portée véritable » de l'opération soumise à l'appréciation de l'Administration.

Faute de réponse de l'administration fiscale dans un délai de 6 mois à compter de la demande, la procédure de répression des abus de droit ne peut être engagée sur le terrain des articles L. 64 et L. 64 A du LPF.

En revanche, la garantie offerte par l'article L. 64 B du CGI n'a pas été étendue aux vérifications introduites sur le terrain de l'article 205 A du CGI. La procédure de rescrit-abus de droit concerne donc en pratique :

- tous les impôts confondus, en ce qui concerne l'abus de droit pour fictivité, et la fraude à la loi avec motivation exclusivement fiscale (*LPF, art. L. 64*) ;
- tous les impôts, à l'exclusion de l'impôt sur les sociétés, en ce qui concerne la fraude à la loi avec motivation principalement fiscale (*LPF, art. L. 64 A*).

43 - Il est encore trop tôt pour apprécier si la procédure de « rescrit – abus de droit » sera d'une réelle utilité pratique pour affiner les contours de l'abus de droit pour motif principalement fiscal. S'agissant de décisions individuelles et non pas de rescrits de portée générale, ces rescrits ne devraient pas être publiés au BOFiP-Impôts.

Nous craignons par ailleurs que cette procédure de rescrit ne soit d'un grand apport pour les contribuables, et ce pour trois raisons.

13. L. n° 87-502, 8 juill. 1987, art. 18 : JO 9 juill. 1987. Cette procédure a été introduite à l'occasion de la première réforme de l'article L. 64 du LPF qui n'encadrerait à cette époque que la répression des situations de fictivité juridique.

14. L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018, art. 109.

Premièrement, le délai de 6 mois pour obtenir une réponse tacite est un délai trop long constituant un frein évident pour certaines opérations patrimoniales impliquant des décisions rapides, comme les donations-cession et les apports-cession.

Deuxièmement, on peut s'interroger sur la capacité de l'administration fiscale, si elle n'a pas de moyens supplémentaires, à répondre effectivement dans ce délai si les demandes se multiplient du fait de l'incertitude générée par cette notion de but « principalement » fiscal.

Troisièmement, si l'Administration ne répond pas dans ce délai, le contribuable ne bénéficie que d'un accord tacite dont la sécurité, reste inférieure à l'accord express. La protection de celui-ci reste subordonnée à la réception par l'Administration de tous les éléments utiles pour apprécier la portée véritable de l'opération projetée. Cette exigence est légitime, bien sûr, mais comporte une dose d'appréciation subjective. L'administration fiscale s'efforce cependant de préciser les informations qu'elle attend du demandeur pour pouvoir de prononcer¹⁵. Celui-ci doit fournir notamment :

- un exposé clair, complet et sincère de l'opération envisagée ;
- la désignation exacte (nom ou raison sociale, adresse) de toutes les parties au projet d'acte ;
- la description des liens existant déjà entre ces parties ;
- **les productions d'une copie de tous les projets de documents** (actes, contrats, conventions, protocoles d'accord, statuts), utiles pour apprécier la portée véritable de l'opération ».

44 - Le contribuable se devra d'être aussi exhaustif que possible dans sa demande, pour éviter que l'absence de réponse à son rescrit dans le délai de 6 mois puisse être contestée ultérieurement par l'Administration sur le fondement d'une information insuffisante.

Ce risque, en l'absence d'une volonté délibérée du contribuable de cacher certains aspects de l'opération, devrait cependant rester marginal. En effet, il est peu probable que les juges reconnaissent à l'Administration le droit de contester un rescrit tacite, alors même, qu'en présence d'un dossier qu'elle considérerait incomplet, elle n'aurait émis aucune demande complémentaire pendant le délai qui lui était accordé.

B. - Rappels concernant la compétence du Comité de l'abus de droit

45 - L'instruction fiscale rappelle que la compétence du comité de l'abus de droit fiscal est étendue à la procédure d'abus de droit prévue à l'article L. 64 A du LPF. Le comité est saisi et rend son avis dans les mêmes conditions que pour la procédure prévue à l'article L. 64 du LPF.

En revanche, le comité de l'abus de droit n'est pas compétent s'agissant des redressements opérés en matière d'impôt sur les sociétés en application de l'article 205 A du CGI.

4. Sanctions applicables

46 - La constatation d'un abus de droit sur la base de l'article L. 64 du LPF entraîne, en application des dispositions de l'article 1729, b du CGI, une pénalité spécifique de 80 % susceptible d'être ramenée à 40 % lorsqu'il n'est pas établi que le contribuable a eu l'initiative principale du ou des actes constitutifs de l'abus de droit ou en a été le principal bénéficiaire.

Ces pénalités concernent uniquement les abus de droit caractérisés sur la base de l'article L. 64 du CGI et non ceux caractérisés sur la base du nouvel article L. 64 A du CGI.

47 - L'instruction fiscale n'apporte rien sur le sujet et se borne à rappeler que contrairement à la procédure de l'abus de droit prévue à l'article L. 64 du LPF, le dispositif de l'article L. 64 A du LPF ne peut entraîner que les majorations de droit commun (40 % en cas de manquements délibérés ou de 80 % en cas de manœuvres frauduleuses).

L'instruction précise que « l'application de ces pénalités ne saurait se déduire uniquement du fait que les conditions d'application de l'article L. 64 A du LPF sont remplies ».

Nous serons curieux de voir l'application que les contrôleurs des impôts feront de cette précision.

En effet, l'analyse des redressements fiscaux de ces dernières années met en évidence une dangereuse systématisation par l'administration fiscale de la pénalité de 40 % pour manquement délibéré dans des affaires qui, à l'évidence, ne le justifient pas.

Comment imaginer dès lors, que cette pénalité ne sera pas appliquée lorsque le contrôleur défend l'utilisation d'un texte dans un but principalement fiscal à l'encontre de l'objectif poursuivi par son auteur ?

Conclusion

48 - Malgré les lacunes de l'instruction, nous ne pouvons que constater les efforts d'apaisement de l'administration fiscale, dans ce contexte d'insécurité créé par l'adoption de l'article L. 64 A du LPF. Il convient de saluer cette volonté de l'Administration d'encadrer au mieux cette nouvelle procédure et de veiller à ne pas déstabiliser les stratégies patrimoniales des contribuables.

Mais il lui reste encore à convaincre. L'enjeu est d'importance car l'insécurité crée l'immobilisme. Un jeu malheureusement perdant/perdant, tant pour les contribuables que pour les recettes fiscales.

Seule l'application mesurée que l'Administration fera de ce texte sur le terrain permettra de restaurer la confiance. C'est ce que l'Administration nous promet, acceptons-en l'augure... ■

15. BOI-SJ-RES-10-20-20-80, § 90.