

8 Clauses anti-abus et *holdings* patrimoniales : plaidoyer pour un usage avec modération



Agnès DE L'ESTOILE-CAMPI,
avocat associé, CMS Francis Lefebvre Avocats



Claire AYLWARD,
avocat, CMS Francis Lefebvre Avocats

1. - LE CONTENU DE LA CLAUSE ANTI-ABUS CONCERNANT LES DIVIDENDES VERSÉS À DES HOLDINGS PATRIMONIALES EUROPÉENNES ET LES COMMENTAIRES ADMINISTRATIFS

- A. - Le contexte qui a présidé à l'adoption de la clause anti-abus
- B. - Les commentaires administratifs

2. - LES PRINCIPALES QUESTIONS D'INTERPRÉTATION ET LES TENTATIVES DE RÉPONSES

- A. - L'interprétation de l'objet principal ou de l'un des objets principaux
- B. - La contrariété à l'objectif ou à la finalité de la disposition

- C. - Le renversement de la charge de la preuve

3. - DISPOSITIFS ANTI-ABUS CONVENTIONNELS

- A. - Articulation des conventions fiscales avec le droit interne
- B. - Clauses anti-abus conventionnelles
- C. - Convention multilatérale de l'OCDE
 - 1° Clause anti-abus de la convention multilatérale
 - 2° Les exemples pratiques figurant dans les commentaires de l'OCDE sur l'article 29 de la convention modèle
- D. - Droit comparé

4. - POUR UN USAGE AVEC MODÉRATION

1 - Le foisonnement des clauses anti-abus à tous les niveaux – national, européen et conventionnel – est tel qu'il nous paraît

utile de faire une lecture comparée de celles qui sont susceptibles de s'appliquer aux *holdings*.

Directive UE mère-fille (Cons. UE, dir. 2014/96/UE, 30 nov. 2011) – article 119 ter du CGI applicable à compter du 1 ^{er} janvier 2016	Article 29, § 9 du modèle de convention fiscale de l'OCDE, mise à jour 2017 (« modèle OCDE » 2017)
Les États membres n'accordent pas les avantages à un montage ou 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 de la présente directive, n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. Un montage peut comprendre plusieurs étapes ou parties. Un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où le montage ou la série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique .	Nonobstant les autres dispositions de la présente convention, un avantage au titre de celle-ci ne sera pas accordé au titre d'un élément de revenu ou de capital si on peut raisonnablement conclure, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation, que l'octroi de cet avantage était un des objets principaux d'un montage ou d'une transaction ayant permis, directement ou indirectement de l'obtenir, à moins qu'il soit établi que l'octroi de cet avantage dans ces circonstances serait conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la présente convention.

2 - Le vocabulaire utilisé par toutes ces clauses est proche de la morale plutôt que du droit : authentique, il est raisonnable de conclure, motifs commerciaux valables, etc.

3 - Appliquées aux *holdings* patrimoniales, ces dispositions anti-abus centrées sur l'objet principal apparaissent encore plus difficiles à interpréter. Il est intéressant de se pencher sur la clause

anti-abus concernant les dividendes et le régime mère-fille, à la fois sur le plan du droit européen et du droit interne français qu'au regard des conventions fiscales et, en particulier, de la clause générale introduite par la convention multilatérale de l'OCDE.

1. Le contenu de la clause anti-abus concernant les dividendes versés à des *holdings* patrimoniales européennes et les commentaires administratifs

A. - Le contexte qui a présidé à l'adoption de la clause anti-abus

4 - **Insécurité juridique de la clause anti-abus.** – Cette clause, dont la transposition est effective depuis le 1^{er} janvier 2016 dans l'article 119 ter 3 du CGI, est un copier-coller de la directive UE sur le régime mère-fille. Sa rédaction entraîne une forte insécurité juridique comme en témoigne le rapport de la commission des finances du Sénat qui indique que la clause vise à écarter les montages artificiels « tels que des montages impliquant une société *holding* n'ayant comme seule et unique activité que de détenir des actions ».

5 - Ces précisions étaient donc pour le moins inquiétantes sur les potentiels fondements de redressement dans le futur. Le Conseil constitutionnel a pourtant jugé que la disposition respectait les principes constitutionnels et était suffisamment précise, en se fondant sur le fait que cette disposition était une règle d'assiette.

B. - Les commentaires administratifs

6 - **Appréciation de l'administration fiscale.** – Les commentaires publiés par l'administration fiscale dans le Bulletin officiel des finances publiques (BOFiP)¹ sont un peu plus rassurants. Après avoir rappelé que l'objectif principal est plus large que la notion de but exclusivement fiscal, l'administration fiscale précise que l'analyse du caractère principal des objectifs résulte d'une appréciation de fait et de l'évaluation de l'avantage fiscal en proportion de l'ensemble des gains ou avantages de toute nature obtenus par le montage.

7 - S'agissant plus particulièrement des *holdings* patrimoniales, les commentaires rassurent puisqu'ils prévoient que « Sont donc susceptibles d'être considérées comme présentant des motifs valables au sens de la clause **des structures de détention patrimoniale, d'activités financières** ou encore des structures répondant à un objectif organisationnel. »².

8 - Enfin, la clause anti-abus suppose que soient remplies deux conditions cumulatives. Un montage tombe sous le coup de la clause anti-abus si :

- il a parmi ses objectifs principaux l'obtention de l'exonération contraire à la finalité de la disposition ;
- et il est dépourvu de motif commercial valable.

Dès lors que les deux conditions ci-dessus sont cumulatives, s'il existe un motif commercial valable, alors la clause anti-abus ne serait pas applicable.

9 - Toutefois, une série de questions se pose quant à l'interprétation de cette nouvelle clause centrée sur l'objet principal et son application au cas des *holdings* patrimoniales. Nous analysons donc ces différentes questions en tentant d'y apporter des réponses à la lumière des positions déjà prises tant par l'Administration que par la jurisprudence française et européenne.

2. Les principales questions d'interprétation et les tentatives de réponses

A. - L'interprétation de l'objet principal ou de l'un des objets principaux

10 - **Absence de définition de la notion d'objet principal.** – Aucune définition n'est donnée dans les clauses anti-abus. Il va donc falloir faire une pesée entre les objectifs principaux et les objectifs secondaires. Par ailleurs, si parmi plusieurs objectifs principaux figure un avantage fiscal, comment appréhender le poids respectif pour juger quel avantage est le plus « principal » ? Ni l'OCDE, ni l'Union européenne (UE) n'ont inventé la balance et les instruments de mesure qui permettent de déterminer de façon claire comment faire cette pesée !

11 - Revenons alors à la définition du dictionnaire Le Petit Robert : placé comme adjectif, « principal » est défini comme « qui est le premier parmi plusieurs, le plus important ». Dans des situations caricaturales où l'avantage fiscal sera prédominant en l'absence de justifications d'une autre nature, il sera sans doute aisé de conclure qu'il est le principal objectif, voire le seul. Mais dans la pratique, les situations sont rarement si simples et l'analyse peut s'avérer complexe.

12 - **Utilisation de la notion d'objet principal.** – On l'observe depuis plusieurs années pour l'application de la clause de l'article 119 ter 3 dans sa rédaction antérieure au 1^{er} janvier 2016 : elle comportait déjà la notion d'objet principal de la chaîne de participations³. En pratique dans les contrôles fiscaux, on a pu constater que l'Administration souvent affirme plutôt qu'elle ne démontre. Au surplus, le simple contrôle par un non-résident de l'UE créait une présomption générale d'abus qui a justement été sanctionnée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

13 - Toutefois, avant qu'il soit censuré par la CJUE puis par le Conseil d'État, force est de constater que la jurisprudence française sur l'article 119 ter 3 du CGI, tel que rédigé avant le 1^{er} janvier 2016, est globalement très défavorable au contribuable et très sévère quant à la possibilité de justifier d'un objectif principal autre que l'exonération de retenue à la source.

14 - L'administration fiscale avait commenté cette clause dans sa doctrine et prévu une règle pratique qui permettait d'échapper à la présomption d'abus liée à la comparaison du montant cumulé des retenues à la source effectivement perçues *versus* celle qui aurait été appliquée sur une distribution directe à l'actionnaire ultime. La jurisprudence ne s'est jamais prononcée sur cette présomption. Et la doctrine de l'administration fiscale ne l'a pas reprise.

15 - **Interprétation de la notion d'objet principal.** – Pour interpréter l'objet principal de la disposition anti-abus actuelle, on comprend des commentaires administratifs, mais aussi de la jurisprudence, que l'avantage autre que fiscal doit avoir une réalité suffisante et ne pas être qu'un simple prétexte.

16 - **Considération de motivations non commerciales.** – Concernant les *holdings* patrimoniales, il conviendra donc d'adapter la notion de motifs commerciaux valables en tenant compte de motivations qui ne sont pas commerciales et qui peuvent d'ailleurs être d'ordre juridique. Par exemple, on peut penser que des motivations telles qu'éviter une indivision, orga-

1. BOI-IS-BASE-10-10-10-10, 5 oct. 2016, § 200 et s.

2. BOI-IS-BASE-10-10-10-10, 5 oct. 2016, § 220.

3. Le paragraphe 3 visait la chaîne des participations, par l'intermédiaire de laquelle un ou plusieurs résidents de ces États tiers assurent son contrôle, **qui n'a pas comme objet principal ou comme un de ses objets principaux de tirer avantage des dispositions de l'article 119 ter du CGI.**

niser une gouvernance familiale ou faciliter une transmission de plusieurs lignes de titres devraient être recevables.

17 - On peut également s'inspirer de décisions rendues pour d'autres impôts et procédures afin de tenter de cerner les contours des motifs commerciaux valables qui devraient être pris en compte au cas des *holdings* patrimoniales.

18 - À cet égard, on relèvera un avis intéressant du Comité de l'abus de droit rendu en 2014⁴ à propos de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) : il s'agissait d'une société *holding* luxembourgeoise créée par le président-directeur général d'une société française qui avait racheté une participation dans cette société française et s'était endettée. L'année d'après, l'actionnaire principal a transmis la nue-propriété des actions de la *holding* luxembourgeoise à ses enfants. Le Comité a reconnu une substance à une *holding* patrimoniale qui gérait activement son patrimoine et dont les titres avaient vocation à revenir aux enfants de son actionnaire sans exiger une substance matérielle ni requérir une activité autre que celle d'une *holding*. Même si cet avis a été rendu en matière d'abus de droit, les éléments de faits retenus par le Comité nous semblent parfaitement transposables à la démonstration de l'absence d'objet principal.

B. - La contrariété à l'objectif ou à la finalité de la disposition

19 - La loi qui a transposé les dispositions communautaires n'est pas vraiment claire pour en déduire l'objectif ou la finalité. Il faut donc plutôt se tourner vers la jurisprudence française antérieure sur l'abus du régime mère-fille.

20 - On peut en déduire que la recherche d'une application littérale de la loi à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur peut être regardée implicitement comme remplie, dès lors que le régime des sociétés mères ne saurait avoir été conçu par ses auteurs pour des montages dépourvus de tout intérêt économique, impliquant des filiales sans substance créées à des seules fins fiscales. Une disposition favorable ne peut pas s'appliquer à un montage artificiel dépourvu d'intérêt économique.

21 - Il faut d'ailleurs noter que l'expression même de montage a une connotation péjorative renvoyant à une opération artificielle ou fictive. Ne faut-il pas dès lors admettre qu'une *holding* patrimoniale qui répond à un besoin d'organisation familiale et qui fonctionne en exerçant son rôle d'actionnaire ne pourrait pas être qualifiée de montage ?

C. - Le renversement de la charge de la preuve

22 - La CJUE valide ce renversement de la charge de la preuve notamment dans son arrêt *Cadbury Schweppes*⁵. La Cour exclut toute présomption générale de fraude fiscale du seul fait de la création ou de la participation dans le capital d'une filiale bénéficiant d'un traitement fiscal avantageux à l'étranger. Cette exclusion a d'ailleurs été le fondement essentiel de la censure de l'ancienne clause anti-abus française dans l'arrêt *Holcim*⁶. En même temps, la Cour juge que seul un examen au cas par cas par l'Administration, sous le contrôle du juge, de la situation de chaque contribuable est admis, mais il est légitime de faire peser la charge de la preuve de l'absence de montage artificiel sur le contribuable, qui est le mieux placé à cet effet.

23 - Force est de constater que la pratique des contrôles fiscaux portant sur la nouvelle clause anti-abus de l'article 119 ter du

CGI reste très orientée sur une application automatique de la clause anti-abus, notamment lorsque la *holding* est contrôlée par des actionnaires non-résidents de l'UE. Ils sont généralement accompagnés par des demandes d'informations envoyées aux autorités fiscales des pays dans lesquels sont implantées les *holdings*.

24 - S'il est légitime de considérer que c'est au contribuable de démontrer l'absence d'abus, il nous paraît tout aussi légitime d'exiger que l'administration fiscale soit obligée d'apporter de manière probante et concrète les indices de ce qu'elle considérerait comme une situation abusive.

3. Dispositifs anti-abus conventionnels

A. - Articulation des conventions fiscales avec le droit interne

25 - La question se pose de savoir si l'administration fiscale française peut se prévaloir d'un dispositif anti-abus de droit interne afin de faire échec à l'application d'une disposition conventionnelle dont le contribuable aurait, selon elle, abusé.

26 - Dans une décision récente concernant la convention fiscale franco-luxembourgeoise de 1958, le Conseil d'État a répondu par l'affirmative⁷, en considérant que l'Administration est fondée à utiliser l'article L. 64 A du LPF, même lorsque la convention ne prévoit pas l'hypothèse d'une fraude à la loi. En présence de « montages artificiels dépourvus de toute substance économique », l'usage de la convention est présumé être contraire à l'intention de ses auteurs. Au cas particulier, la convention fiscale ne contenait aucun dispositif anti-abus si bien que le Conseil d'État a considéré qu'une disposition anti-abus de droit interne pouvait s'appliquer. Il nous semble toutefois que dans des situations où la convention fiscale contient une disposition anti-abus spécifique aux dividendes ou générale, cette disposition devrait s'appliquer en premier lieu.

27 - Dans cette affaire, le contribuable, résident français, avait interposé une *holding* luxembourgeoise pour acquérir un immeuble en France et le céder 2 ans plus tard, réalisant une importante plus-value.

Le contribuable soutenait notamment que la *holding* était dotée d'une réelle substance économique. D'après les conclusions du rapporteur public Edouard Crépey, la société disposait d'une participation de 17 % dans un groupe opérationnel et ses organes sociaux se réunissaient régulièrement. Ainsi, il était difficile de nier totalement l'existence de la société, quand bien même elle ne disposait d'aucun salarié.

Toutefois, il ressort des conclusions du Rapporteur public que la *holding* n'avait aucune capacité financière propre et n'avait changé son objet social que dans le seul but de réaliser l'opération immobilière en cause.

28 - Le Conseil avait relevé qu'à supposer même qu'une certaine substance puisse être reconnue à la société, elle ne retirait pas à son interposition un caractère purement artificiel. En effet, la chronologie des opérations et le fait que la société ait exercé une activité immobilière pour les seuls besoins de l'opération en cause, permettaient de regarder l'interposition de la société comme procédant d'un montage artificiel qui suffit à présumer la contrariété aux objectifs de la convention.

B. - Clauses anti-abus conventionnelles

29 - Certaines conventions fiscales bilatérales contiennent des mesures visant à lutter contre l'utilisation abusive des avantages conventionnels.

4. CADF/AC n° 6/2014, aff. 2014-13, séance 23 sept. 2014.

5. CJCE, 12 sept. 2006, aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas* : *JurisData* n° 2006-400097.

6. CJUE, 6^e ch., 7 sept. 2017, aff. C-6/16, *Eqiom SAS, Enka SA c/ min. Finances et Comptes publics* : *JurisData* n° 2017-020036.

7. CE, 25 oct. 2017, n° 396954 : *JurisData* n° 2017-020912.

30 - À titre d'exemple, la convention fiscale franco-suisse⁸, dans sa version en vigueur actuellement, prévoit en son article 11, § 2 une exonération pour les dividendes versés entre mères et filiales sous réserve de certaines exceptions.

31 - Un dispositif anti-abus conventionnel est issu de l'avenant du 27 août 2009 et applicable depuis le 4 novembre 2010. En application du paragraphe 2-b-ii de l'article 11, l'exonération de retenue à la source sur les dividendes versés entre sociétés liées s'applique à condition que les sociétés contrôlées par des résidents d'États tiers à la convention établissent que la chaîne de participations n'a pas un objet principalement fiscal.

Ainsi, hormis les cas abusifs, les sociétés suisses contrôlées par des résidents d'États tiers peuvent, en théorie, bénéficier des exonérations de retenue à la source prévues par le régime mère-fille de la convention⁹. La clause anti-abus conventionnelle, de la même manière que l'article 119 ter du CGI dans sa version postérieure à 2016, retient donc le critère subjectif du but principalement fiscal plutôt qu'une présomption de fraude en cas de contrôle par un ou des résidents d'États tiers.

32 - Un second exemple est celui de la convention fiscale franco-chinoise qui contient en son article 10, § 7 une clause anti-abus spécifique en matière de dividendes fondée sur le motif principalement fiscal¹⁰. L'article 24 de cette convention contient également une clause anti-abus générale centrée sur l'objet principal, contraire à l'objet et au motif de la convention fiscale.

C. - Convention multilatérale de l'OCDE

33 - La convention multilatérale de l'OCDE sur la mise en œuvre de mesures fiscales visant à prévenir l'érosion des bases et le transfert de bénéfices (ci-après, « la convention multilatérale ») a été signée à Paris le 7 juin 2017 par une soixantaine d'États.

Conformément aux règles fixées par la convention multilatérale, elle est entrée en vigueur en France le 1^{er} janvier 2019¹¹.

1° Clause anti-abus de la convention multilatérale

34 - S'agissant de l'utilisation abusive des conventions, la convention multilatérale prévoit plusieurs mesures et, notamment, la modification de l'objet de la convention qui ne doit pas créer d'opportunité d'exonération ou d'imposition réduite via l'évasion fiscale et l'introduction d'une clause anti-abus générale PPT (*Principal Purpose Test*), qui est par ailleurs reprise dans l'article 29 de la convention modèle 2017 de l'OCDE (texte en première page de cet article).

2° Les exemples pratiques figurant dans les commentaires de l'OCDE sur l'article 29 de la convention modèle

35 - Le modèle de convention version 2017 intègre une modification du préambule, un nouvel article 29 intitulé « droits aux

avantages » qui reprend les propositions de l'Action 6 de BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) sur l'abus de convention.

36 - Selon l'OCDE, « ces dispositions visent à garantir que les conventions fiscales sont appliquées conformément à l'objectif poursuivi lors de leur conclusion, à savoir octroyer des avantages au titre d'échanges de biens et de services et de mouvements de capitaux et de personnes effectués de bonne foi, et non grâce à des montages ayant pour objet principal d'obtenir un traitement fiscal plus favorable. »¹².

37 - Les commentaires de l'OCDE sur cet article contiennent d'intéressants exemples d'application. Il convient en premier lieu de remarquer que parmi les dizaines d'exemples cités, un seul porte spécifiquement sur la présence dans la chaîne de détention d'une *holding* familiale, et ce, pour en conclure, dans un contexte particulier de rachat des titres de cette *holding*, que l'opération n'est pas abusive¹³. On peut donc en déduire, *a contrario*, que ce type de structure n'est pas spécifiquement visé.

38 - L'OCDE considère que ne relève pas d'un but principale fiscal le fait, pour une société spécialisée dans le domaine des technologies de l'information, d'acquiescer les titres d'une *holding* familiale établie dans un autre État, qui détient notamment des brevets et les titres d'une filiale située dans un État tiers, avec lequel l'État de la *holding* a conclu une convention fiscale, à l'inverse de l'État où est établi l'acquéreur. Cet exemple nous semble montrer que dans un groupe industriel exerçant de réelles activités économiques, il devrait être possible de justifier de l'absence de motif principalement fiscal en faisant valoir l'antériorité de la chaîne de détention.

39 - Dans un autre exemple, l'OCDE relève que ne suffit pas à caractériser un but principalement fiscal le fait qu'un État donné soit choisi pour y implanter une société de services régionale en raison de son réseau conventionnel. L'OCDE relève que la société de services, exerçant pour le groupe des services de gestion comptable, juridique, RH et financière, peut valablement se situer dans un État doté d'un réseau conventionnel, dès lors que la décision d'implantation dans cet État est également motivée par l'existence « d'une main-d'œuvre qualifiée, d'un système juridique stable, d'un environnement propice aux affaires, d'une stabilité politique, de l'appartenance à un groupement régional, d'un secteur bancaire sophistiqué et du réseau étendu de conventions »¹⁴. Cet exemple pourrait être adapté au cas des *holdings* dites « animatrices », l'OCDE relevant qu'il n'y a pas abus dès lors que la société de services « exerce des fonctions économiques substantielles, en utilisant des actifs réels et en assumant des risques réels, et que cette activité est assumée par [la société de services] au moyen de son personnel propre situé dans [cet État] ».

40 - L'OCDE mentionne dans ce même exemple plusieurs critères de choix d'un pays d'implantation, qui ne dépendent pas de l'existence de personnel ou d'actifs propres, comme la stabilité d'un système politique et juridique, le réseau bancaire, etc. La question se pose toutefois de savoir si ces motifs sont suffisants à eux seuls ou si c'est l'activité opérationnelle de la société qui fait pencher la balance.

41 - Dans un exemple concernant un fonds d'investissement immobilier, l'OCDE considère que les investissements peuvent valablement être réalisés via une *holding* située dans un État disposant d'un réseau conventionnel intéressant, dans la mesure où cette *holding* a des fonctions précises, telles que la « gestion des biens immobiliers » et l'octroi de « financement par fonds propres et/ou emprunt ». Selon l'OCDE, il existe d'autres raisons

8. Convention entre la Suisse et la France en vue d'éliminer les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune et de prévenir la fraude et l'évasion fiscales, 9 septembre 1966.

9. L'exonération totale de retenue à la source sur les dividendes versés aux sociétés mères peut également être fondée sur l'article 15, paragraphe 1, de l'accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne, prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts lorsque la société suisse détient une participation directe d'au moins 25 % dans la société distributrice française.

Dans ce cas, la clause anti-abus ne s'applique qu'à la condition supplémentaire que la société bénéficiaire soit contrôlée directement ou indirectement par un ou plusieurs résidents d'États qui ne sont pas membres de la Communauté européenne.

10. Accord entre la France et la République Populaire de Chine en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion et la fraude fiscales en matière d'impôts sur le revenu, 26 novembre 2013.

11. Ses dispositions prennent effet à partir de cette date mais dépendent de l'entrée en vigueur dans l'autre État contractant.

12. *Comm. modèle de convention fiscale OCDE 2017, art. 29, § 174.*

13. *Comm. modèle de convention fiscale OCDE 2017, art. 29, § 178, ex. F.*

14. *Comm. modèle de convention fiscale OCDE 2017, art. 29, § 178, ex. G.*

« juridiques et commerciales telles que la nécessité de protéger le fonds d'investissement des dettes liées à ses actifs immobiliers ainsi que d'éventuelles revendications sur ceux-ci [...], l'objectif de faciliter le financement par emprunt et [...] la réalisation, la gestion et la cession d'investissements, ainsi que de gérer les demandes d'allègement de retenue à la source »¹⁵.

42 - Sur ce dernier point, l'OCDE considère que cette fonction « est importante car il est administrativement plus simple pour une société d'obtenir les avantages prévus par une convention fiscale que de confier à chaque investisseur institutionnel le soin de faire valoir sa propre demande d'allègement ». L'OCDE a toutefois pris le soin de préciser dans cet exemple que la *holding* « ne tire pas des conventions fiscales un avantage supérieur à ceux auxquels ses investisseurs auraient eu droit ». Cet exemple nous paraît assez aisément transposable aux *holdings* patrimoniales lorsqu'elles sont investies dans des participations substantielles dans des groupes opérationnels.

43 - Si ces commentaires apportent quelques éclairages intéressants, force est de constater que les critères mis en œuvre demeurent subjectifs et que leur application se fait au cas par cas. Par ailleurs, aucun des exemples ne vise de façon précise le cas des *holdings* patrimoniales.

D. - Droit comparé

44 - Le droit comparé permet d'apporter certains éclairages sur la manière dont les États étrangers interprètent les clauses anti-abus PPT. Dans une décision particulièrement intéressante concernant une *holding* patrimoniale, la CJUE a condamné une disposition anti-abus prévue par la loi nationale allemande au motif qu'une telle disposition ne saurait autoriser les autorités fiscales à appliquer des critères généraux prédéterminés, mais qu'elles doivent procéder à un examen individuel de l'ensemble des circonstances¹⁶.

45 - Dans cette décision, la CJUE semble considérer que le simple fait qu'une société interposée, soit une *holding* pure, ne suffit pas à présumer un abus, dans la mesure où la directive mère-fille ne contient pas de condition relative à la nature de l'activité économique exercée par les sociétés qui relèvent de son champ d'application.

Pour tenir compte de cette décision, les autorités fiscales allemandes ont d'ailleurs publié une circulaire¹⁷ aux termes de laquelle l'exonération des dividendes payés à une société mère européenne n'est pas remise en cause au simple motif qu'il s'agit d'une *holding* pure sans personnel : « Lorsque l'objet social consiste en la gestion d'actifs, une organisation adéquate de l'entreprise [au sens de la législation allemande] n'exige pas nécessairement que la société dispose continuellement tant du personnel de direction que du personnel autre dans l'État de résidence pour l'exercice de son activité ».

46 - Il serait souhaitable qu'à l'instar de l'Allemagne, l'administration fiscale française admette expressément que s'agissant de *holdings* pures, la présence de personnel propre et d'actifs autres que des titres de participation ne sont pas des conditions nécessaires pour déterminer le niveau de substance « acceptable » au-delà duquel l'abus ne peut plus être présumé.

4. Pour un usage avec modération

47 - Il s'agit donc de substance et de motifs économiques prépondérants par rapport à l'objet principal de la *holding* patrimoniale. La difficulté reste tout de même de jauger les objectifs et de les hiérarchiser pour déterminer si l'avantage fiscal est principal. Si on se réfère à l'origine latine du mot « principal » citée par le dictionnaire Le Petit Robert « *principalis* : du prince », il convient d'en user avec modération pour éviter le fait du prince...

48 - S'agissant de la substance, comme le souligne le rapporteur public dans l'affaire Natixis¹⁸, il n'y a pas une définition une fois pour toutes du degré de substance en dessous duquel une société ne pourrait jamais descendre.

49 - Concernant les *holdings*, les conclusions du rapporteur public sous l'affaire Bolloré¹⁹ rappellent opportunément que toute *holding* n'est pas un montage artificiel : « Toute holding ne constitue pas un montage purement artificiel au sens de la jurisprudence de la Cour de justice. C'est sûrement vrai pour les sociétés holdings animatrices, mais aussi pour les holdings patrimoniales, L'on ne peut évidemment exiger d'une holding le même degré de matérialité que des sociétés commerciales ».

L'exigence de substance doit être proportionnée au cas de la *holding* patrimoniale.

50 - Dans la résolution du Conseil de l'UE²⁰, le Conseil prend le parti d'une appréciation proportionnée entre les activités exercées et la réalité de son implantation physique sous forme de personnel, locaux et équipements.

51 - On retrouve cette approche dans une communication de décembre 2006 de la Commission européenne sur l'application des mesures de lutte contre les abus dans le domaine de la fiscalité directe²¹. Elle précise toutefois qu'« On ne sait cependant pas avec certitude de quelle manière il serait possible d'appliquer ces critères dans le cas par exemple [...] des holdings dont les activités ne nécessitent pas une importante présence physique ».

52 - Nous ne pouvons que souscrire à cette approche qui tient compte de la nature de l'activité exercée par la société pour juger du degré nécessaire de sa substance. En effet, on ne doit pas jauger, selon nous, de la réalité de l'implantation en fonction de critères absolus de nombre de salariés et de mètres carrés utilisés par la société mais bien au regard de son activité et des moyens humains et matériels qu'elle requiert pour être exercée de manière effective.

53 - Au cas particulier d'une *holding* patrimoniale, sa substance ne nous semble pas être conditionnée au fait, notamment, qu'elle ait des salariés en propre. En effet, les décisions stratégiques d'une société *holding* relèvent de ses dirigeants, qui ne sont pas forcément des salariés au sens du droit du travail ou du droit fiscal. La jurisprudence française et la pratique du contrôle par l'administration fiscale ne vont pas forcément dans ce sens, mais les cas jugés notamment au regard de l'article 209 B du CGI ne sont pas obligatoirement transposables au cas d'une *holding* purement patrimoniale.

54 - Même si l'article 119 ter 3 du CGI est l'exacte transposition de la directive, son interprétation et sa validité doivent être examinées à la lumière du droit de l'UE et de la jurisprudence

15. *Comm. modèle de convention fiscale OCDE 2017*, art. 29, § 178, ex. M.
16. CJUE, 6^e ch., 20 déc. 2017, aff. C-504/16 et C-613/16, *Deister Holding AG et Juhler Holding*.

17. *Circ. min. fin. Allemand*, n° 2018/0148776, 4 avr. 2018.

18. *CE*, 9^e et 10^e ss-sect., 11 mai 2015, n° 365564, *Sté Natixis* : *Dr. fisc.* 2015, n° 31-35, *comm.* 526, *note N. De Boynes* ; *RJF* 8-9/15, n° 718.

19. *Concl. M.-A. De Barmon*, *CE, plén. fisc.*, 4 juill. 2014, n° 357264 et 359924, *Sté Bolloré SA* : *JurisData* n° 2014-016263.

20. *Cons. UE, rés.* n° 2010/C 156/01, 8 juin 2010, à propos de l'interprétation de la notion de montage artificiel contenue dans les dispositions équivalentes au 209B du CGI.

21. *Doc. COM (2006) 823*, 19 déc. 2006.

de la CJUE. À cet égard, on peut s'interroger sur la compatibilité de la clause anti-abus de la directive avec le droit primaire de l'UE. La jurisprudence de la CJUE requiert une certaine proportionnalité des mesures anti-abus. Il ressort assez clairement de l'arrêt Cadbury Schweppes de la CJUE ²² que les mesures anti-abus proscrivent des montages abusifs dont le but est uniquement fiscal. On en retient que le droit européen autorise la lutte contre les montages exclusivement fiscaux, pas contre ceux principalement fiscaux.

55 - Au niveau des conventions fiscales, l'introduction de l'article 29 de la convention modèle ajoute aux incertitudes liées

à la notion de but principalement fiscal. Si les commentaires de l'OCDE révèlent quelques exemples, force est de constater que les contours de la notion restent flous et laissent donc une forte marge d'appréciation à l'Administration et au juge.

56 - Si on comprend les objectifs de lutte contre l'évasion fiscale qui ont présidé à l'adoption de toutes ces clauses anti-abus centrées sur l'objet principal, il est toutefois évident que leur interprétation soulèvera de nombreux débats en contrôle fiscal qui très probablement ne pourront être tranchés qu'au contentieux. Le cas des *holdings* patrimoniales fera certainement partie des sujets les plus délicats. ■

22. CJCE, 12 sept. 2006, aff. C-196/04, préc. note 5.

Mots-Clés : Abus de droit - Clauses anti-abus de droit - Holdings patrimoniales - Notion d'objet principal

Retour aux sources du droit

Code civil

Code pénal

Code de commerce

Code des baux

Retrouvez tous nos codes et ouvrages sur boutique.lexisnexis.fr

LexisNexis

LexisNexis SA - 552 029 433 RCS Paris - 011/20200 - © Haseck - 20880MAD012