

# ARGENT /PLACEMENT

MARS 2019 - N° 773

## SOMMAIRE

• 43 Faut-il avoir peur de l'abus de droit ? • 47 Les arnaques financières dont il faut se méfier • 50 Votre argent en questions • 52 Fiscalité



## STRATÉGIES PATRIMONIALES FAUT-IL AVOIR PEUR DE L'ABUS DE DROIT ?

ÉRIC HOUSER

**La nouvelle définition fiscale de l'abus de droit, applicable à partir de 2020, offrira plus de latitude à l'administration pour remettre en cause certains montages de défiscalisation. Toutefois, les techniques classiques** de transmission patrimoniale, comme la donation avec réserve d'usufruit, ne devraient pas en être affectées.

**P**ar la voie d'un amendement, la loi de finances pour 2019 a créé une nouvelle définition de l'abus de droit, qui sera effective seulement en 2020. Une définition plus large que l'actuelle, car elle permettra à l'administration de contester des actes juridiques qui poursuivent un objectif « principalement » fiscal. Alors qu'aujourd'hui, c'est la recherche d'un objectif « exclusivement » fiscal qui tombe sous le coup de l'abus de droit... Ce changement d'adverbe est loin d'être anodin, mais les ▶

- inquiétudes que fait naître la réforme doivent être relativisées.

## DEUX PROCÉDURES POUR VISER DEUX VARIANTES DE L'ABUS DE DROIT

La réforme s'appliquera aux rectifications notifiées à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2021, portant sur des actes passés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020. Que dit précisément la loi de finances ? Que l'administration peut (pourra) écarter les actes qui, « recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes [...] à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ont pour motif principal d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales » de l'intéressé (article L 64 A nouveau du Livre des procédures fiscales). La procédure actuelle (qui continuera à s'appliquer) vise les actes « qui n'ont pu être inspirés par aucun autre motif » que fiscal. « Dans les deux cas on est dans le cadre d'une fraude à la loi, et, avant toute chose, l'administration doit d'abord démontrer que le contribuable a utilisé la lettre d'un texte fiscal contre son esprit », souligne Catherine Orhac,

### LE PRÉCÉDENT DE 2013

Le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de se prononcer sur l'abus de droit pour cause d'objectif « principalement fiscal », qui avait été introduit dans la loi de finances pour 2014. Il l'avait alors jugé contraire à la Constitution (décision du 29 décembre 2013), notamment parce que la nouvelle définition « a pour effet de conférer une importante marge d'appréciation à l'administration fiscale » (sous-entendu, en créant un risque d'arbitraire). Cette fois-ci, le Conseil n'a pas été saisi sur ce texte. Mais il pourrait bien l'être à l'occasion d'une QPC (question prioritaire de constitutionnalité), soulevée par un contribuable à l'occasion d'une procédure...

80 %

Taux de majoration de l'impôt qui aurait dû être payé, en cas d'abus de droit (but exclusivement fiscal)

présidente de l'AUREP (organisme de formation de référence en gestion de patrimoine).

## LA DONATION AVEC RÉSERVE D'USUFRUIT ÉPARGNÉE

Malgré cette utile précision, une rumeur a rapidement enflé : et si la donation avec réserve d'usufruit, acte courant s'il en est (pas seulement pour les grosses successions), allait bientôt tomber dans l'illégalité ? « Nous n'y avons pas cru une seconde ! », s'écrie Benoît Morel, notaire à Paris. Pour lui comme pour la majorité des professionnels, les arguments ne manquent pas pour démontrer que cette donation est avant toute chose... une donation : un acte par lequel le donateur s'appauvrit (il abandonne la nue-propriété), et « perd le pouvoir d'arbitrage de la pleine propriété, pouvoir qui sera partagé avec les enfants donataires », complète Jean Aulagnier, ancien président de l'AUREP (1). S'il y a bien un avantage fiscal, il n'est pas prépondérant. L'administration a calmé le jeu dans un communiqué du 19 janvier, précisant que la donation avec réserve d'usufruit, à condition de ne pas être fictive, n'est pas visée par la nouvelle définition de l'abus de droit. On attend la transcription dans un bulletin officiel des impôts (Bofip). Et une réponse ministérielle à une question du sénateur Claude Malhuret (2) devrait aller dans le même sens.





## QUELS AUTRES ACTES POURRAIENT ÊTRE VISÉS ?

Tout le monde étant a priori rassuré à propos des donations avec réserve d'usufruit, qu'en est-il des autres actes qui ont pour effet de réaliser une économie d'impôt, notamment en utilisant le démembrement de propriété ? Sans pouvoir établir un catalogue de ces pratiques, il est probable que devraient « passer » celles qui poursuivent un objectif patrimonial comme

la protection de la famille, la préparation de la retraite, l'anticipation de la dépendance. « *En assurance-vie, une clause bénéficiaire démembrée entre le conjoint usufruitier et les enfants nus-proprétaires est protectrice de ces derniers* », remarque Yves Gambart de Lignières, conseiller en gestion de patrimoine à Vannes et à Paris. Une donation de titres avant cession (qui a pour effet de neutraliser la plus-value taxable) ne devrait pas poser plus de problème si la motivation est effectivement de donner...

« *Par ailleurs, entre deux schémas ayant le même résultat et qui n'ont pas pour seul but d'éviter l'impôt, on peut choisir celui qui est fiscalement moins coûteux* », rappelle Christine Chiozza-Vauterin, avocate à Paris (LightHouse LHLF) « *Faire l'inverse serait presque comparable à un acte anormal de gestion* ». Cela étant, n'y a-t-il pas, tout de même, des montages qui risquent d'être plus facilement interçptés grâce à la nouvelle définition de l'abus de droit ? « *Certains schémas sont limite, sur-*

## RESCRIT EN AMONT, CONTESTATION EN AVANT

• **RESCRIT.** Avant de conclure un ou plusieurs actes, on peut consulter par écrit l'administration fiscale (rescrit), en lui fournissant tous éléments utiles pour apprécier la portée véritable de l'opération envisagée. L'administration peut répondre positivement ou négativement. Tout comme pour la procédure de l'abus de droit existante, la nouvelle procédure (article L 64 A nouveau du LPF) ne s'appliquera pas si l'administration n'a pas répondu dans un

délai de 6 mois à compter de la demande. Dans le contexte d'incertitude créé par la nouvelle définition de l'abus de droit fiscal, on peut imaginer que les demandes de rescrit vont se multiplier.

• **SAISINE CADF.** Les litiges nés de la nouvelle procédure pourront (comme avec la procédure actuelle) être soumis à l'avis du comité de l'abus de droit fiscal (CADF). Le contribuable en désaccord avec les rectifications qui lui ont été notifiées peut recourir à cette procédure. Quel que soit

l'avis rendu par le comité, l'administration conserve la charge de la preuve du bien-fondé du redressement pour abus de droit, prévoit la loi de finances pour 2019. Alors que jusqu'au 31 décembre 2018, un principe de renversement de la charge de la preuve était appliqué dans le cas où l'avis rendu par le CADF allait dans le sens de l'administration. C'était alors au contribuable de prouver que la rectification n'était pas fondée. Une preuve pas facile à apporter...

► *tout dans le domaine des sociétés* », reconnaît Catherine Orhac, « et ce sont eux qui sont visés. Il y a une incertitude, par exemple, pour des montages qui font intervenir la cession d'usufruit temporaire de parts de sociétés, dans le cadre de l'immobilier d'entreprise ».

### FLOU ET INSÉCURITÉ JURIDIQUE

La référence à l'objectif *principalement* fiscal aurait été adoptée pour cause d'harmonisation européenne, a-t-il été expliqué lors du vote de la loi. Mais, alors qu'en France les relations des contribuables avec l'administration fiscale sont d'un esprit moins partenarial qu'ailleurs en Europe, n'est-ce pas conférer un pouvoir d'appréciation bien large au fisc ? La notion retenue est floue, car si les avantages fiscaux peuvent être quantifiés, ce n'est généralement pas le cas des avantages patrimoniaux, comme la protection du conjoint ou des enfants, ou encore l'équité... Or il faudra bien

faire une comparaison pour distinguer ce qui est « principal » de ce qui ne l'est pas. Une certaine insécurité juridique est à craindre, l'appréciation très subjective des situations risquant de varier d'un contrôleur des impôts à l'autre, et d'un tribunal à l'autre en cas de contentieux. Sans que l'on soit certain d'arriver à une jurisprudence unifiée car, en ce qui concerne les questions de fait (telle situation caractérisant un abus), les juridictions décident « souverainement ». Plus que jamais, lorsqu'on envisage un acte ou une stratégie « à résonance fiscale », il est conseillé de rédiger un argumentaire, un « exposé des motifs » qui en explique les raisons (économiques, civiles, psychologiques...). « C'est ce que nous recommandons aux conseillers en gestion de patrimoine », indique Catherine Orhac. ●●

(1) newsletter 294 du 05-01-2019 de Jean Anagninier (aunep.com)

(2) à l'initiative de l'AUREP

## PÉNALITÉS NON AUTOMATIQUES

Lorsque l'administration fiscale a recours à l'actuelle (et unique) procédure en matière d'abus de droit (celle qui est prévue par l'article L 64 du livre des procédures fiscales), en plus du rétablissement de l'impôt normalement dû, une majoration de 80 % est appliquée, « 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 » (article 1729 b du code général des impôts). Ces pénalités sont automatiques. « De fait, les pénalités de

80 % sont assez fréquentes en pratique ! », observe Christine Chiozza-Vauterin.

En revanche, le nouveau dispositif (article L 64 A du LPF) a volontairement exclu l'automatisme des pénalités fiscales applicables. Il s'agissait, lors de l'adoption de la loi de finances, d'éviter une nouvelle censure du Conseil constitutionnel. En effet, la décision rendue par les Sages en 2013 (voir encadré page 44) avait rejeté la nouvelle définition de l'abus de droit comme trop imprécise et d'application imprévisible, les pénalités lourdes qui y étaient

attachées mettant à mal le principe de légalité des délits et des peines. Mais le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi sur ce point. En l'état, la procédure d'abus de droit qui pourra être mise en œuvre en 2021 ne mentionne pas de pénalités. Cependant, cela ne veut pas dire qu'aucune pénalité ne pourra être appliquée ! Sous réserve d'apporter les éléments de preuves requis, l'administration pourra appliquer les majorations de droit commun : 40 % en cas de manquement délibéré, ou 80 % en cas de manœuvres frauduleuses.