

Publié le 7 février 2017

De la Fictivité des Cash Box

On sait que le législateur n'apprécie guère l'utilisation que certains contribuables peuvent faire de sociétés ayant pour seule activité la gestion de leur propre patrimoine mobilier : la récente mesure relative à l'utilisation de telles structures pour optimiser le plafonnement de l'ISF n'en est qu'une illustration parmi d'autres.

En 1999, le législateur avait introduit dans notre code l'article 123 bis visant à rendre transparentes de telles structures lorsqu'elles étaient établies dans des États à fiscalité privilégiée. Or, parmi les structures qu'utilisaient alors les résidents français figuraient les sociétés holdings de la loi luxembourgeoise de 1929. Certes, ces dernières étaient depuis 1970 exclues du bénéfice de la Convention fiscale franco-luxembourgeoise, mais il restait la question de la compatibilité de l'article 123 bis avec la liberté d'établissement garantie par le droit communautaire. Et on se souvient qu'à la suite d'un arrêt de la CAA Nancy (22 août 2008, n° 07-783) qui avait fait prévaloir le droit communautaire sur l'article 123 bis, le législateur avait en 2009 réservé l'application de ce texte au sein de l'Union Européenne aux seuls schémas artificiels au sens de la jurisprudence de la CJUE. Afin d'« éviter l'utilisation des « holdings 29 » par les contribuables européens, les États-membres ont ensuite obtenu du Luxembourg qu'il abroge ce statut.

C'est dans ce contexte que la CAA Lyon (1er décembre 2016, n° 14LY02357) vient de se prononcer sur l'utilisation d'une telle structure par un résident français pour une période antérieure à 2010 et l'introduction de la clause de sauvegarde. On aurait pu penser que la messe était dite mais le juge a écarté la protection du droit communautaire en considérant que la société luxembourgeoise était

Cabinet BORNHAUSER - Avocats à la Cour

11, rue Portalis - 75008 Paris

Tél. 01 44 29 33 24

cabinetbornhauser@bornhauser-avocats.fr

Publié le 7 février 2017

dépourvue de toute substance dès lors qu'elle ne disposait pas de locaux ni de moyens humains.

Une fois de plus se trouve posée la lancinante question de la substance des sociétés qui gèrent un patrimoine financier. À partir du moment où cette activité ne nécessite la mobilisation d'aucun moyen humain et matériel, les sociétés qui l'exercent sont-elles nécessairement fictives ?

Les seules décisions rendues par le Conseil d'Etat sur ces questions concernent l'application de l'article 209 B et donc des filiales étrangères de sociétés françaises qui ont été utilisées pour « transformer » des intérêts taxables en dividendes exonérés grâce au régime mère-fille (CE 18 février 2004, n° 247729, Sagal ; CE 18 mai 2005 n° 267087, Pléiades ; CE 11 mai 2015, n° 365564). Il s'agissait à chaque fois de structures fonctionnant en « pilotage automatique », le mode de gestion de leurs actifs (un portefeuille d'obligations) ayant été décidé une bonne fois pour toutes lors de leur constitution.

Nous n'avons pas d'informations sur les actifs possédés par la « holding 29 » dans l'affaire qui vient d'être jugée, mais s'agissant de personnes physiques et d'une structure créée en 1988, nous serions étonnés que ses actifs financiers n'aient pas été gérés de manière dynamique, ce qui semble d'ailleurs attesté par le fait que sur la période vérifiée, la société avait réalisé des pertes.

Quant à l'absence de moyens humains et matériels, ce critère n'est en réalité pas pertinent puisqu'il en va de même pour toutes les structures ayant une activité identique, comme le rappelle d'ailleurs en creux Mme Bokdam-Tognetti dans ses conclusions sous l'arrêt Natexis sus-cité.

On atteindra avec intérêt la décision que rendra le Conseil d'Etat sur cette affaire, en espérant que la notion de substance des holdings passives soit réglée de manière définitive dans le sens du réalisme économique.

Publié le 7 février 2017

Cette note d'information générale ne saurait s'assimiler ou se substituer à une consultation juridique. Elle ne saurait remplacer un entretien privé avec un avocat qui, après étude des circonstances de fait et de droit propres à chaque dossier individuel, sera en mesure d'apporter une solution précise et adaptée à chaque dossier compte tenu de ses spécificités.

Cabinet BORNHAUSER - Avocats à la Cour

11, rue Portalis - 75008 Paris

Tél. 01 44 29 33 24

cabinetbornhauser@bornhauser-avocats.fr