

Jugement prononcé le : 20/04/2022

N° minute : 1

N° parquet : 12174072093

Plaidé les : 17,18,19,20,24,25,26,27 et 31 janvier 2022
01, 02 et 03 février 2022

Délibéré le : 20/04/2022

JUGEMENT CORRECTIONNEL

A l'audience publique du Tribunal Correctionnel de Paris le **VINGT AVRIL DEUX MILLE VINGT-DEUX,**

Composé de :

Président : Madame DE PERTHUIS Bénédicte, première vice-présidente,
Assesseurs : Madame BOURDON Brigitte, vice-présidente,
Monsieur VEZIEN Kevin, juge

Assistés de Madame OMRANI Fatira, greffière et en présence de Monsieur DULIN François-Xavier, vice-procureur de la République financier et JOCTEUR-MONROZIER Antoine, vice-procureur de la République financier,

a été prononcée la décision rendue dans l'affaire plaidée

aux audiences publiques du Tribunal Correctionnel de Paris du DIX-SEPT, DIX-HUIT, DIX-NEUF, VINGT, VINGT-QUATRE, VINGT-CINQ, VINGT-SIX, VINGT-SEPT et TRENTE ET UN JANVIER et UN, DEUX, TROIS FEVRIER DEUX MILLE VINGT-DEUX

Composé de :

Président : Madame DE PERTHUIS Bénédicte, première vice-présidente,
Assesseurs : Madame BOURDON Brigitte, vice-présidente,
Madame ALLIO Fabienne, juge

Assesseur complémentaire : Monsieur VEZIEN Kevin, juge

Assistés de Madame OMRANI Fatira, greffière et en présence de Monsieur François Xavier DULIN, vice-procureur de la République financier et Antoine JOCTEUR-MONROZIER, vice-procureur de la République financier,

ENTRE :

Monsieur le PROCUREUR DE LA REPUBLIQUE FINANCIER, près ce tribunal, demandeur et poursuivant

SOMMAIRE

RAPPEL DE LA PROCEDURE	26
PARTIE I – LES EXCEPTIONS IN LIMINE LITIS.....	41
CHAPITRE 1 – LES QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITÉ 41	
I-. Sur la recevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité.....	41
II-. Sur la transmission des QPC relatives à la combinaison des articles 150-B et 1741 du CGI ainsi que l'article 64 du livre des procédures fiscales	42
<u>1. L'applicabilité au litige des dispositions législatives contestées.....</u>	<u>42</u>
<u>2. La nouveauté des questions posées.....</u>	<u>43</u>
<u>3. Le caractère sérieux des questions.....</u>	<u>44</u>
3.1 <i>S'agissant de l'atteinte au principe de légalité des délits et des peines....</i>	<i>44</i>
3.2 <i>S'agissant de l'atteinte au principe de la présomption d'innocence.....</i>	<i>50</i>
III-. Sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article L. 230 du livre des procédures fiscales	51
CHAPITRE 2 – LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES.....	54
I-. Les questions posées en matière de cumul des poursuites pénales et fiscales.....	54
II-. Les textes et principes applicables.....	54
III-. L'imposition sur le revenu n'entre pas dans le champ d'application du droit de l'Union.....	56
IV-. L'article 150-0 B du Code général des impôts n'entre pas dans le champ d'application du droit de l'Union.....	56
PARTIE II – L'ÉLÉMENT LÉGAL.....	60
CHAPITRE 1 – A TITRE PRÉALABLE, SUR LES MOYENS DE DÉFENSE TIRÉS DE L'APPLICATION DE LA RÈGLE <i>NE BIS IN IDEM</i>.....	60
I-. Les moyens de défense tirés de l'application de la règle <i>ne bis in idem</i>.....	60

1. <u>La contestation de la possibilité de poursuivre pénalement en raison de la violation de la règle <i>ne bis in idem</i> en droit de l'Union européenne et de la Convention EDH.....</u>	60
2. <u>La contestation de la possibilité de condamner pénalement en raison de l'application du principe <i>ne bis in idem</i> en droit interne.....</u>	61
II-. Les critères dégagés en droit interne autorisant le cumul de poursuites pénales et fiscales	61
1. <u>Les conditions du cumul DE poursuites et sanctions.....</u>	61
2. <u>Sur la situation d'Arnaud DESCLEVES au regard de la 1^{ère} réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel.....</u>	63
3. <u>S'agissant de l'application du critère de gravité.....</u>	63
III-. Un système de cumul de sanctions fiscale et pénale qui n'entraîne pas de violation du droit de l'Union européenne ni de celui de la Convention EDH	64
1. <u>L'application du principe <i>ne bis in idem</i> tel qu'appréhendé en droit de l'Union et par la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas de nature à prohiber les poursuites en écartant les textes fondant la prévention.....</u>	64
1.1 <u>Au regard du droit de l'Union.....</u>	64
1.2 <u>Au regard de la Convention EDH.....</u>	65
2. <u>Les motifs ayant conduit la Cour de cassation à douter de la compatibilité du droit français avec la règle <i>ne bis in idem</i> telle qu'appréhendée par le droit de l'Union européenne ne sont en tout état de cause pas pertinents dans la présente espèce.....</u>	66
CHAPITRE 2 – LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ DES DÉLITS ET DES PEINES : ÉTAT DU DROIT EN 2007 ET PRÉVISIBILITÉ DE L'INTERPRÉTATION JURISPRUDENTIELLE EN MATIÈRE D'ABUS DE DROIT.....	70
I-. Les moyens de défense tirés de l'absence de prévisibilité des textes fondant l'incrimination et de leur interprétation jurisprudentielle	70
II-. L'application de l'abus de droit au mécanisme du sursis d'imposition en 2007 : une interprétation prévisible à la lumière de la jurisprudence de l'époque.....	72
1. <u>Les textes et principes qui fondent la notion de prévisibilité</u>	72
2. <u>Sur l'allégation selon laquelle à la date des faits reprochés, en 2007, le bénéficiaire d'un sursis d'imposition n'était pas susceptible de relever d'un abus de droit</u>	74
III-. L'état du droit en 2007 et la prévisibilité de la jurisprudence postérieure concernant le report/sursis d'imposition.....	77
1. <u>L'abus de droit : une jurisprudence établie en 2007 et stable.....</u>	77

2. <u>L'abus de droit appliqué aux reports/sursis à imposition : les critères retenus par la jurisprudence postérieure aux faits n'étaient pas imprévisibles</u>	78
CHAPITRE 3 – L'APPLICATION DE LA LOI DANS LE TEMPS	80
I-. Le moyen tiré de l'application de la loi dans le temps	80
II-. L'appréciation du tribunal	80
PARTIE III – L'ÉLÉMENT MATÉRIEL	83
CHAPITRE 1 – ANALYSE DES FAITS	83
I-. L'opération Solfur : un système alternatif d'intéressement en capital au profit des <i>managers</i> de WENDEL ayant vocation à se substituer pour les cinq années suivantes aux stock-options	83
1. <u>Une opération d'intéressement réservée aux dirigeants et membres du comité opérationnel de WENDEL INVESTISSEMENT</u>	83
2. <u>Une opération initiée quelques mois avant que Ernest-Antoine SEILLIERE ne quitte ses fonctions opérationnelles au sein du groupe, et dont les principaux bénéficiaires sont Jean-Bernard LAFONTA et Ernest-Antoine SEILLIERE</u>	84
II-. Le moyen de l'opération : un discret véhicule d'intéressement, la SAS Compagnie de SOLFUR, devenue ensuite COMPAGNIE DE L'AUDON (CDA) ...86	
III-. Les conditions de l'opération : des avantages financiers consentis aux <i>managers</i> de la société WENDEL INVESTISSEMENT et un risque limité	88
IV-. Le débouclage de l'opération : la sortie de CDA et l'appréhension individuelle par les <i>managers</i> de leur intéressement en 2007 sans générer d'événement taxable	92
1. <u>Un schéma global conçu de façon anticipée et concertée</u>	92
2. <u>La succession des opérations de débouclage : une série d'actes cohérents et convergents, passés en vue du partage de l'actif net de CDA sans générer d'événement taxable</u>	94
CHAPITRE 2 – OPTIMISATION FISCALE OU ABUS DE DROIT ?	97
<i>A titre préliminaire : sur la distinction entre optimisation fiscale et abus de droit</i>	
I-. Une condition préalable : un gain fiscal effectif pour les cadres et mandataires de WENDEL	98

<u>1. Les obligations fiscales applicables</u>	98
<u>2. Le partage de l'actif net de CDA en évitant la distribution aux associés des actions WENDEL INVESTISSEMENT et LEGRAND : un gain fiscal de plus de 110 millions d'euros</u>	100
II-. Un montage dont le but est exclusivement fiscal : la création d'une situation juridique purement artificielle qui camoufle une situation au titre de laquelle des impositions sont légalement dues	102
<u>1. La poursuite artificielle de l'activité de CDA par Jean-Bernard LAFONTA</u> ..	102
1.1 <i>Position de l'administration et des juridictions administratives</i>	102
1.2 <i>Analyse du tribunal : la poursuite artificielle de l'activité de CDA camoufle la dissolution de la société et dont une situation au titre de laquelle des impositions sont légalement dues</i>	103
a) <u>La réalisation de la cause de CDA et la disparition de l'affectio societatis</u>	
b) <u>Sur le moyen de défense tiré de la nature de l'activité poursuivie</u>	
c) <u>Sur le moyen de défense tiré d'une impossible « dissolution fiscale » au regard des concepts du droit civil</u>	
d) <u>Sur le moyen de défense tiré de la garantie de passif au profit de CDA</u>	
<u>2. L'interposition artificielle des sociétés civiles soumises à l'IS et l'apport des titres de la société CDA dans un but exclusivement fiscal</u>	107
2.1 <i>La position de l'administration et des juridictions administratives</i>	107
a) <u>Une décision devenue définitive rendue à l'égard de Gérard LAMY</u>	
b) <u>Les arrêts du Conseil d'Etat du 12 février 2020 rendus à l'égard de M. MANGEOT et M. GAUTIER</u>	
2.2 <i>Analyse du tribunal</i>	114
Rappel préalable : les associés de CDA se sont placés abusivement sous le régime de l'apport-cession	
a) <u>Des SC IS créées de façon concomitante, sans utilité économique, par tous les associés en vue du rachat par la société CDA de ses propres titres dans le cadre d'une réduction de capital non motivée par des pertes</u>	
b) <u>Sur les moyens de défense soulevés par les quatre ex-associés de CDA qui ont reçu directement les titres WI au sein de leur SC IS : Ernest-Antoine SEILLIERE, Bernard GAUTIER, Yves-Robert MOUTRAN et Olivier CHAMBRIARD</u>	
c) <u>Sur les moyens de défense des 8 ex-associés de CDA qui ont reçu des OPCVM dans leur SC IS</u>	
d) <u>Sur l'intervention de la banque et les moyens soulevés par les prévenus qui ont emprunté pour acquérir des titres WENDEL</u>	
III-. Un montage contraire à l'esprit du législateur	120
<u>1. L'esprit du législateur : faciliter les opérations de restructurations d'entreprises, en vue de favoriser la création et le développement de celles-ci</u>	120

<u>2. Au regard de l'esprit de la loi, les opérations de rachat par une société en vue d'une réduction de capital non motivée par des pertes n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 150-0 B du Code général des impôts</u>	121
Conclusion	122
PARTIE IV – L'ÉLÉMENT MORAL : DE L'ABUS DE DROIT A LA FRAUDE FISCALE	123
CHAPITRE 1 – A TITRE PRÉALABLE, SUR L'ÉLÉMENT INTENTIONNEL	124
I-. Les textes et principes généraux	124
II-. L'intentionnalité en matière d'abus de droit	125
CHAPITRE 2 – LA CONNAISSANCE GLOBALE OBJECTIVE D'UN BUT EXCLUSIVEMENT FISCAL	126
I-. Un schéma global d'optimisation fiscale dans lequel tous et chacun avaient conscience de s'inscrire : un but fiscal	126
II-. La connaissance par les actionnaires de CDA du risque de requalification afférent à ce schéma d'optimisation fiscale	128
<u>1. Par Jean-Bernard LAFONTA et l'équipe-projet (Jean-Yves HEMERY, Arnaud DESCLEVES et Jean-Michel ROPERT)</u>	128
<u>2. La connaissance précise de l'existence d'un risque fiscal par tous les autres actionnaires</u>	129
2.1 <i>La note du 12 mars 2007 du cabinet DEBEVOISE</i>	129
2.2 <i>La note du 15 mars 2007 du cabinet DEBEVOISE</i>	134
III-. La connaissance par les actionnaires de CDA du but exclusivement fiscal du montage	136
<u>1. Jean-Bernard LAFONTA et l'équipe-projet (Jean-Yves HEMERY, Arnaud DESCLEVES et Jean-Michel ROPERT)</u>	136
<u>2. Les autres actionnaires</u>	137
2.1 <i>Le risque lié au PEA et les risques fiscaux CDLA/CDA</i>	137
2.2 <i>Des sociétés civiles constituées en vue « d'éviter le risque d'abus de droit » et devant être conservées jusqu'à une date fixée en fonction des règles de la prescription</i>	137
2.3 <i>Des sociétés civiles sans nécessité économique</i>	138

CHAPITRE 3 – LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE PIERRE-PASCAL BRUNEAU, AVOCAT AU SEIN DU CABINET DEBEVOISE & PLIMPTON.....140

I-. Les conditions de l'intervention du cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON et de Pierre-Pascal BRUNEAU dans le cadre de l'élaboration d'un montage constitutif d'un abus de droit 140

II-. La participation de Pierre-Pascal BRUNEAU, en connaissance de cause, à l'élaboration d'un montage constitutif d'un abus de droit 143

1. Le mail d'Éric BERENGIER du 27 octobre 2006 : un risque de requalification tant de la plus-value de cession de CDLA que de celle de CDA identifié et anticipé 144

2. Le mail de Gérard DUFRENE du 16 janvier 2007 : un montage constitutif d'un abus de droit, dont seule la complexité est de nature à limiter le risque de contrôle et de redressement..... 144

3. Le mail d'Éric BERENGIER du 9 mars 2007..... 145

III-. Le rôle de Pierre-Pascal BRUNEAU en vue de convaincre les associés de CDA de participer à ce montage abusif..... 146

1. Les notes destinées à convaincre l'ensemble des managers et présentant à tort la gestion exclusivement patrimoniale des sociétés civiles comme de nature à éviter tout risque d'abus de droit..... 147

2. Les réunions organisées avec un notaire pour envisager notamment des « purges » de plus-values..... 149

IV-. La question de la *legal opinion* du cabinet DEBEVOISE du 10 mai 2007..... 151

1. Une *legal opinion* sollicitée avec insistance par certains associés de CDA..... 151

2. Une note de structure destinée à pouvoir être produite à l'administration..... 152

3. Une lettre de couverture et une note contraires au contenu des échanges..... 153

4. Face au risque d'abus de droit clairement identifié : des moyens parfaitement inopérants..... 154

5. L'apparition de la condition de « l'usage à faire par les associés des structures » en lien avec celle, trompeuse, d'investissements « professionnels et/ou patrimoniaux »..... 154

CHAPITRE 4 – RESPONSABILITÉS PÉNALES INDIVIDUELLES DES ACTIONNAIRES DE CDA.....158

I-. Les mandataires sociaux de WENDEL..... 158

1. <u>Jean-Bernard LAFONTA</u>	158
2. <u>Ernest-Antoine SEILLIERE</u>	160
3. <u>Bernard GAUTIER</u>	161
II-. L'équipe projet	163
1. <u>Jean-Yves HEMERY</u>	164
2. <u>Arnaud DESCLEVES</u>	165
3. <u>Jean-Michel ROPERT</u>	168
III-. Les autres cadres-dirigeants de WENDEL, actionnaires de CDA	169
1. <u>Jean-Michel MANGEOT</u>	169
2. <u>David DARMON</u>	170
3. <u>Olivier CHAMBRIARD</u>	171
4. <u>Yves-Robert MOUTRAN</u>	172
5. <u>Stéphane BACQUAERT</u>	173
6. <u>Christine RIVOIRE épouse DUTREIL</u>	174
7. <u>Gérard LAMY</u>	176
PARTIE V – SUR LES PEINES	177
CHAPITRE 1 – RAPPEL DES CIRCONSTANCES DE L'INFRACTION	177
CHAPITRE 2 – SUR LA GRAVITÉ	179
I-. Les principes applicables en matière de cumul de sanctions fiscales et pénales	181
II-. La particulière gravité des faits	181
CHAPITRE 3 – LA DÉTERMINATION DES PEINES	183
I-. Les principes généraux	183
II-. Les peines individuelles	184
1. <u>Jean-Bernard LAFONTA</u>	184
2. <u>Pierre-Pascal BRUNEAU</u>	185

<u>3. Ernest-Antoine SEILLIERE de LABORDE</u>	186
<u>4. Bernard GAUTIER</u>	186
<u>5. Jean-Yves HEMERY</u>	187
<u>6. Arnaud DESCLEVES</u>	188
<u>7. Jean-Michel ROPERT</u>	189
<u>8. Jean-Michel MANGEOT de THIBALLIER</u>	189
<u>9. Stéphane BACQUAERT</u>	190
<u>10. Yves-Robert MOUTRAN</u>	191
<u>11. Olivier CHAMBRIARD</u>	191
<u>12. DAVID DARMON</u>	192
<u>13. Christine RIVOIRE épouse DUTREIL</u>	193
<u>14. Gérard LAMY</u>	193

**PARTIE VI – SUR LA CONSTITUTION DE PARTIE CIVILE DE LA
DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES.....195**

DISPOSITIF 195

RAPPEL DE LA PROCÉDURE

Le 22 juin 2012, l'administration fiscale déposait quatorze plaintes distinctes auprès des parquets des tribunaux de grande instance de Paris, Nanterre et Créteil à l'encontre de Ernest-Antoine SEILLIERE, Gérard LAMY, Jean-Bernard LAFONTA, Yves-Robert MOUTRAN, Stéphane BACQUAERT, Arnaud DESCLEVES, Jean-Michel MANGEOT, David DARMON, Arnaud FAYET, Jean-Yves HEMERY, Olivier CHAMBRIARD, Bernard GAUTIER, Jean-Michel ROPERT et Christine RIVOIRE épouse DUTREIL, tous cadres dirigeants de la société WENDEL à l'époque des faits, du chef de fraude fiscale par minoration déclarative se rapportant à l'impôt sur le revenu dû au titre de l'année 2007. Ces plaintes s'inscrivaient dans le prolongement de procédures de rehaussement de l'imposition des intéressés initiées par l'administration fiscale au cours du mois de décembre 2010.

Ces plaintes visaient les conditions dans lesquelles ces derniers avaient conçu et mis en œuvre un montage leur permettant d'appréhender, en franchise d'imposition immédiate, la somme totale de 315 millions d'euros correspondant au produit d'une opération d'intéressement préalablement menée par le groupe WENDEL (DI à D160).

Une information judiciaire visant les quatorze cadres dirigeants de la société WENDEL et tous autres était ouverte le 27 juin 2012 du chef de fraude fiscale (D161, D177).

Le 3 octobre 2012, la Direction générale des Finances Publiques déclarait se constituer partie civile.

1. LE MONTAGE DÉNONCÉ PAR L'ADMINISTRATION FISCALE

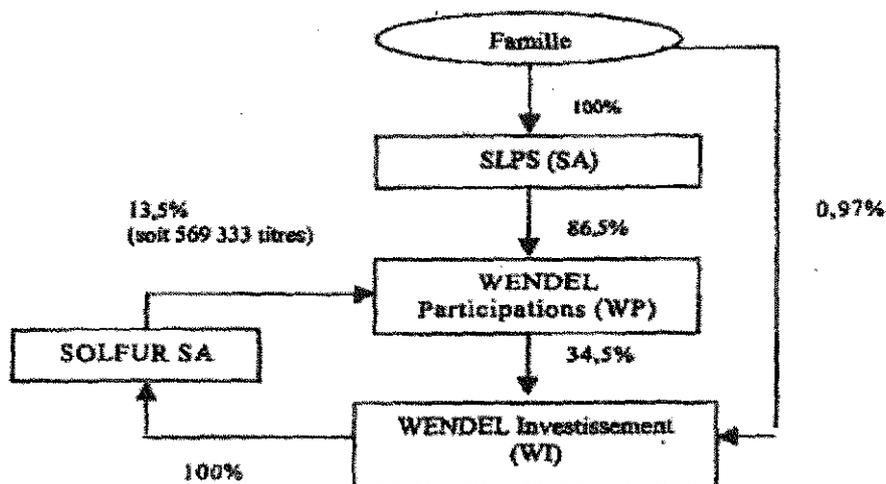
Ce montage reposait sur le dénouement successif de deux opérations d'intéressement (LEGRAND et COMPAGNIE DE L'AUDON) et permettait en parallèle la dissolution, souhaitée par l'actionnariat familial, d'une boucle d'auto-contrôle (SOLFUR) de la holding WENDEL. (DI à D160, D923, D929)

1.1 Le cadre général : la restructuration du groupe WENDEL et la politique d'intéressement mise en place dans la holding.

Issue de la fusion en 2002 entre MARINE WENDEL et CGIP (Compagnie Générale d'industrie et de participation), la société WENDEL INVESTISSEMENTS devenue WENDEL, est une holding cotée détenant des participations diverses, constituée sous forme de société anonyme à conseil de surveillance présidé à l'époque des faits par Ernest-Antoine SEILLIERE et à directoire présidé par Jean-Bernard LAFONTA.

Jusqu'en juin 2007, WENDEL était détenue par la société WENDEL PARTICIPATIONS (WP) à hauteur de 35 % du capital et 54,1 % des droits de vote. WENDEL PARTICIPATIONS était elle-même détenue à hauteur de 86,5 % par la société SLPS (Société Lorraine Participations Sidérurgiques), représentant 950 actionnaires familiaux, alors dirigée par Ernest-Antoine SEILLIERE et de 13,5 % par SOLFUR, elle-même filiale à 100 % de WENDEL INVESTISSEMENT. SOLFUR avait pour seul actif 13,5 % du capital de WENDEL PARTICIPATIONS. Cette situation constituait donc une boucle d'auto-contrôle au niveau de WENDEL PARTICIPATIONS.

La structure du groupe WENDEL se présentait ainsi que suit :



Sous l'impulsion de son nouveau directeur général, Jean-Bernard LAFONTA, WENDEL adoptait à partir de 2002 le profil d'un fond d'investissement en privilégiant la prise de participation dans des sociétés non-cotées (Private Equity) principalement par technique de LBO (Leverage Buy Out¹).

Dans ce contexte, WENDEL prenait notamment le contrôle le 10 décembre 2002 de l'équipementier industriel LEGRAND, qui était introduit en bourse en avril 2006.

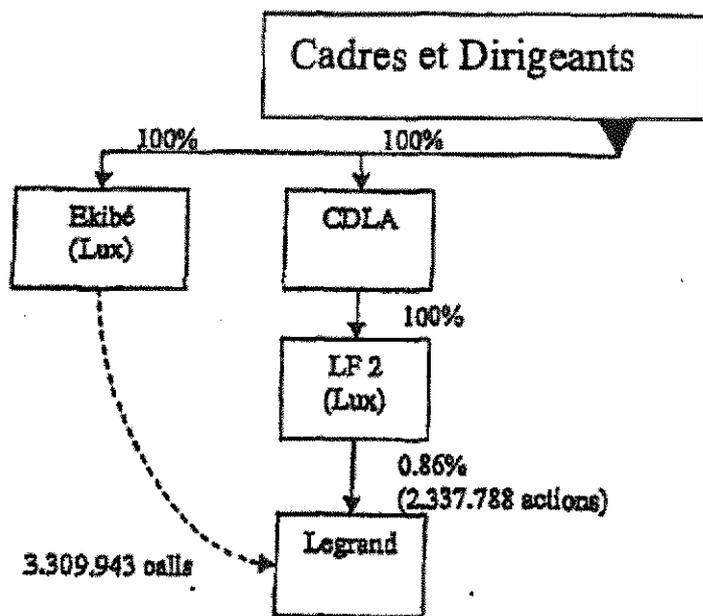
Dans le même temps, une nouvelle politique incitative de rémunération des managers se substituait au système d'attribution de stock-options jusque là en vigueur, estimé potentiellement dilutif, par la mise en place de programmes d'investissement ouverts aux cadres et dirigeants à des conditions préférentielles dans les nouvelles acquisitions du groupe, dans le but affiché de les motiver en alignant leurs intérêts financiers sur ceux des actionnaires.

En 2003 était ainsi initié un programme d'intéressement au développement de la société LEGRAND. A cette fin, un ensemble de cadres et dirigeants constituait le 21 mai 2003 une structure ad hoc, la société par actions simplifiée dénommée COMPAGNIE DE L'AURETTE (CDLA), qui faisait l'acquisition d'une participation minoritaire de 0,16% dans LEGRAND via une filiale luxembourgeoise détenue à 100%, la COMPAGNIE D'UZARU (CDU devenue LF2), financée par des apports en compte courant de ses associés. Parallèlement les mêmes dirigeants et les cadres constituaient une seconde société de droit luxembourgeois dénommée EKIBÉ, qui faisait l'acquisition en avril 2006 d'options d'achat sur environ 1,2% de LEGRAND, exerçables à environ 124% du prix de l'IPO (initial public offering), moyennant le versement d'une prime de 9,83 millions d'euros.

En avril 2006, la société LEGRAND était introduite en bourse avec succès par WENDEL.

Fin 2006, la structure de l'intéressement des cadres et dirigeants sur LEGRAND était la suivante :

¹ Un LBO ou achat par effet de levier est une technique de rachat d'entreprises par le biais d'une holding et d'un financement bancaire, remboursé par les dividendes.



Toutefois, l'introduction en bourse n'entraînait aucune distribution du produit de l'intéressement.

1.1.1 La mise en place du montage en 2004 : l'entrée des dirigeants dans la société COMPAGNIE DE L'AUDON (CDA) à des conditions préférentielles et l'acquisition d'une option d'achat sur le groupe.

En effet, les dirigeants de WENDEL avaient décidé de supprimer la boucle d'auto-contrôle exercée via SOLFUR afin de ne plus disposer que d'une seule structure intermédiaire entre l'actionariat familial, réuni dans SLPS et WENDEL INVESTISSEMENT, condition nécessaire pour permettre aux actionnaires familiaux du groupe de bénéficier d'une exonération partielle d'ISF et de droits de mutation dans le cadre du «Pacte Dutreil», en vigueur depuis fin 2003.²

Aussi était-il imaginé d'utiliser le produit de l'intéressement LEGRAND pour permettre aux managers d'acquérir la participation de 13,5% détenue par SOLFUR dans WENDEL PARTICIPATIONS, et de détenir in fine des actions WENDEL sans recourir au mécanisme de stock-options.

A cette fin, le 22 octobre 2004, Ernest-Antoine SEILLIERE de LABORDE constituait avec deux autres cadres dirigeants du groupe WENDEL, Jean-Bernard LAFONTA et Nicole DUPUIS³, secrétaire générale de WENDEL, la SAS COMPAGNIE DE SOLFUR, devenue COMPAGNIE DE L'AUDON (CDA) ayant pour objet la gestion de participations, destinée à servir de véhicule à ce nouveau dispositif d'intéressement.

Le 25 octobre 2004, la COMPAGNIE DE SOLFUR faisait l'acquisition auprès de SOLFUR, moyennant le paiement d'une prime de 4 millions d'euros, d'une option d'achat des 569.333 parts

² Le pacte Dutreil permet depuis 2000 une transmission facilitée de société afin que les héritiers ne soient pas contraints de vendre les parts de la société familiale pour pouvoir payer les droits de succession. Il permet aussi de bénéficier d'une exonération partielle d'ISF qui était fixée initialement à 50% et a été portée à 75% à partir de fin 2003

³ Dirigeante de la SAS Compagnie de Solfur jusqu'au 27 décembre 2004, date à laquelle elle était remplacée par M. ROPERT.

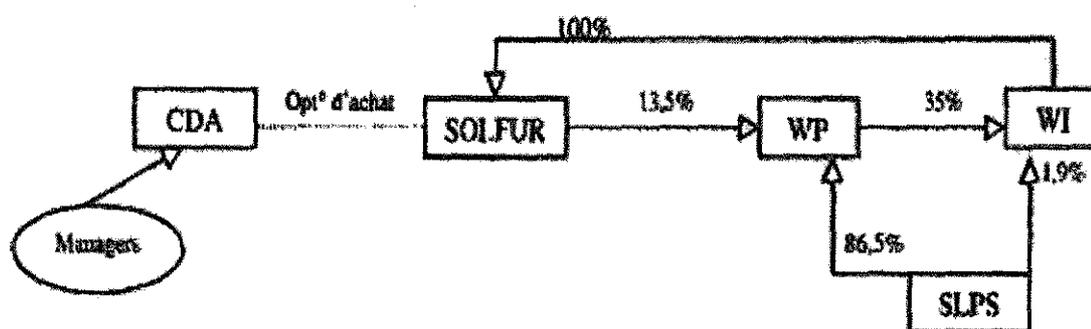
sociales, représentant 13,5% du capital de WENDEL PARTICIPATIONS détenue par SOLFUR, au prix de 179,28 € par part sociale, soit un prix d'exercice de 102.070.000 €, sous déduction de l'ensemble des dividendes et distributions de réserves à recevoir entre la date de l'option et son terme, le 25 octobre 2010.

Ce mécanisme permettait aux managers de WENDEL regroupés dans CDLA de devenir actionnaires de WENDEL PARTICIPATIONS, pour un prix correspondant à la valeur de celle-ci en 2004, diminuée des dividendes versés entre la date d'attribution de l'option et sa date d'exercice. L'objectif de cet achat était de permettre aux cadres dirigeants du groupe, par le biais de leur participation dans CDLA, d'être partie prenante aux résultats futurs du groupe et notamment de ceux de la SA WENDEL au travers de l'évolution du cours de l'action.

Dans un communiqué de presse du groupe WENDEL du 3 décembre 2004, il était indiqué «dans le cadre de l'association du management aux résultats de l'entreprise, le Conseil d'Administration de WENDEL INVESTISSEMENT a décidé le 22 octobre, de donner au management la faculté d'acquérir une option d'achat des actions WENDEL-PARTICIPATIONS détenues par SOLFUR, filiale à 100 % de WENDEL INVESTISSEMENT et correspondant en transparence à 4,6 % de son capital. Le prix d'exercice de ces titres résulte de la moyenne sur 6 mois des cours de WENDEL INVESTISSEMENT en date du 22 octobre 2004 (40€). Cette initiative permettra de limiter à 0,5 % du capital le cumul des stock-options qui seront émises dans les cinq prochaines années. Ce nouveau mode d'intéressement du management réduira très sensiblement la dilution inhérente aux stock-options et permettra à WENDEL INVESTISSEMENT de céder ses titres WENDEL-PARTICIPATIONS»

Le 27 décembre 2004, dix dirigeants et cadres de WENDEL étaient admis à entrer au capital de la COMPAGNIE DE SOLFUR. Le financement obtenu en suite de cette augmentation de capital permettait à la COMPAGNIE DE SOLFUR d'acquitter le versement de la première tranche du prix d'achat de l'option sur les parts de WENDEL PARTICIPATIONS payable avant le 31 décembre 2004.

Le schéma de la participation était le suivant :



1.1.2. Le dénouement du montage en 2007 : la remontée des liquidités entre les mains des dirigeants

Fin 2006, au regard de l'augmentation du cours de l'action WENDEL INVESTISSEMENT, passé de 30 euros à plus de 110 euros entre 2004 et 2007, dont la valeur des parts sociales WENDEL

PARTICIPATIONS avait bénéficié par transparence, les associés décidaient d'anticiper le débouclage du programme SOLFUR.

En février 2007, la COMPAGNIE DE SOLFUR, nouvellement nommée COMPAGNIE DE L'AUDON (CDA) empruntait auprès de la COMPAGNIE D'UZARU, filiale de la COMPAGNIE DE L'AURETTE, détenant la participation dans LEGRAND, le montant lui permettant d'acquitter le solde du prix d'achat de l'option auprès de SOLFUR.

Puis avaient lieu successivement la fusion-absorption de EKIBÉ par la COMPAGNIE D'UZARU/LF2 et l'apport par les associés des titres de la COMPAGNIE D'UZARU reçus en échange à la COMPAGNIE DE L'AURETTE.

Le 26 février 2007, CDA absorbait la COMPAGNIE DE L'AURETTE, qui détenait le produit de l'intéressement LEGRAND, ce qui permettait à CDA, le 3 avril 2007, d'acquérir auprès de la société WENDEL INVESTISSEMENT pour le prix de 78 700 000 € les titres de la société SOLFUR qu'elle absorbait le même jour par transmission universelle du patrimoine, entraînant l'extinction de l'option d'achat des titres WENDEL PARTICIPATIONS.

A la même période, chaque associé de CDA⁴ créait une ou deux sociétés civiles⁵ imposées à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés. Le 3 mai 2007, l'assemblée générale des associés de la société COMPAGNIE DE L'AUDON agréait la décision prise par les actionnaires d'apporter leurs actions à leurs sociétés civiles. Il s'agissait de la phase « apport » de l'opération d'apport cession.

Cet apport était réalisé sur la base d'une valeur unitaire des titres CDA à 19,17 €, leur valeur nominale étant évaluée à 0,10 €. La plus-value réalisée à l'occasion de cet apport était placée sous le régime du sursis d'imposition, applicable aux apports de titres à des sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés (articles 150-0 B et 150-0 D du Code général des impôts). Les actionnaires de CDA, dont les actions étaient logées dans un PEA, apportaient dans un premier temps ces actions à leur valeur nominale dans des sociétés civiles relevant du régime d'imposition des sociétés de personnes⁶, avant que celles-ci ne les apportent aux sociétés civiles distinctes assujetties à l'impôt sur les sociétés, cette fois avec une valeur d'apport égale à 19,17 €.

Il était ensuite procédé à la sortie de la COMPAGNIE DE L'AUDON de WENDEL PARTICIPATIONS : le 29 mai 2007, cette société procédait à une réduction de son capital en rachetant ses propres titres à la société COMPAGNIE DE L'AUDON, moyennant remise de titres WENDEL INVESTISSEMENT. A la suite de cette opération, COMPAGNIE DE L'AUDON se trouvait détentrice de 2.536.700 actions WENDEL représentant une valeur boursière de 324.418.563 euros, soit 4,66% du capital de WENDEL INVESTISSEMENT.

Le même jour s'ensuivait la phase « cession » de l'apport cession. La COMPAGNIE DE L'AUDON :

- cédait une partie de ses titres WENDEL et LEGRAND (pour 58 millions d'euros) afin de disposer de numéraire,
- rachetait ses propres titres auprès de ses actionnaires, à savoir les sociétés civiles de ses anciens associés (à l'exception des titres détenus par Jean-Bernard LAFONTA),
- annulait immédiatement ses titres,

4 A l'exception de Bernard GAUTIER qui détenait avec son épouse une société civile BJPG PARTICIPATION constituée le 1er septembre 2006.

5 Selon que les actions CDA étaient ou non détenues à l'intérieur d'un Plan Épargne en Actions.

6 Le but était d'éviter de se placer dans une situation d'utilisation non conforme du PEA puisque si les actions CDA avaient été maintenues dans le PEA, leur apport à la société civile IR aurait induit l'entrée dans le PEA des titres de celle-ci, alors même que son capital était quasi intégralement détenu par le titulaire du plan.

- réduisait son capital.

Cette cession était effectuée contre remise aux sociétés civiles de titres WENDEL INVESTISSEMENT et/ou de SICAV monétaires sur la base d'une valeur du titre CDA de 19,17€.

Le 3 juin 2007, SLPS et WENDEL PARTICIPATIONS fusionnaient.

A l'apport cession succédait une dernière phase : la banque JP MORGAN prêtait aux managers de WENDEL, à l'exception de certains d'entre eux qui optaient pour une perception partielle ou totale du prix en titres, le montant nécessaire à l'acquisition d'un nombre d'actions WENDEL équivalent à un pourcentage (50 à 100% selon leur choix) de leur quote-part dans l'actif de COMPAGNIE DE L'AUDON. Le prêt bénéficiait d'un double nantissement sur les titres et sur les SICAV reçus de COMPAGNIE DE L'AUDON.

Ce schéma de débouclage permettait aux intéressés de détenir, sur une base de 100 :

- 100 d'actifs financiers au sein de leur sociétés civiles respectives,
- 100 d'actions WENDEL détenues en direct,
- en contrepartie de 100 d'emprunt à la banque JP MORGAN.

Mais, il apparaissait que deux contrats de découvert successifs étaient en réalité conclus entre la banque JP MORGAN et les managers de WENDEL :

- un premier contrat en date du 16 mai 2007 accordant à chacun une ligne de découvert de compte courant d'un montant équivalent à la valeur de leur quote-part dans CDA, étant précisé que ledit crédit est *«uniquement destiné au financement de l'acquisition d'actions WENDEL INVESTISSEMENT»*;

- un second contrat en date du 21 mai 2007, annulant et remplaçant le précédent portant sur le même montant, ce nouveau contrat étant établi *«afin de faire bénéficier à l'emprunteur d'une plus grande souplesse dans l'utilisation des montants mis à disposition et dans la gestion des actifs nantis»*.

A noter que les managers qui recevaient directement leurs titres, bénéficiaient néanmoins in fine d'une ligne de crédit équivalente à celle consentie aux autres.

A l'issue de l'ensemble de ces opérations, les 14 cadres dirigeants du groupe WENDEL appréhendaient, en franchise d'imposition immédiate, un gain net de 315 M € pour un investissement de départ de 996 250 € (montant total des souscriptions au capital de la COMPAGNIE DE L'AUDON).

1.2. Les schémas particuliers

Le schéma générique était adapté à la situation particulière de certains des associés de la COMPAGNIE DE L'AUDON dans les conditions suivantes :

1.2.1. Le paiement direct en titres WENDEL INVESTISSEMENT

Le schéma générique prévoyait un paiement de la société civile en OPCVM (utilisées ensuite pour constituer un portefeuille de titres) et l'octroi, en parallèle, d'une autorisation de découvert par la banque JP MORGAN aux fins d'acquisition de titres WENDEL INVESTISSEMENT pour un montant au moins égal à 30% de la plus value réalisée dans le cadre du débouclage. Toutefois, en marge de ce schéma générique cinq bénéficiaires recevaient directement des titres WENDEL INVESTISSEMENT, sans recours à un emprunt auprès de la banque JP MORGAN : Jean-Bernard

LAFONTA, Ernest-Antoine SEILLIERE, Bernard GAUTIER, Olivier CHAMBRIARD et Yves MOUTRAN.

Les personnes mises en examen mentionnaient l'existence d'un engagement «moral», non écrit, de conserver les titres. Certains évoquaient une période égale à la durée de l'option d'achat initiale, jusque fin 2010, le manager étant par ailleurs délié en cas de départ de la société WENDEL.

On notera toutefois que cet engagement de ne pas vendre était rompu dès 2008 du fait de la crise financière et des appels de marge de la banque JP MORGAN.

1.2.2. Le cas particulier du maintien de Jean-Bernard LAFONTA dans la société CDA

Le 29 mai 2007, ainsi que précédemment décrit, la totalité des actionnaires de CDA à l'exception de Jean-Bernard LAFONTA quittait le capital de la société après avoir récupéré chacun sa quote-part dans l'actif net de la celle-ci (réduction de capital par rachat de titres). A la clôture de l'exercice, soit le 31 mai 2007, la société avait donc pour seul actionnaire Jean-Bernard LAFONTA, nouveau Président, et son actif était composé de la seule part d'intéressement revenant à ce dernier.

A partir de cette date, CDA, dont l'objet social était modifié, devenait le véhicule de gestion du patrimoine propre des époux LAFONTA, l'épouse de Jean-Bernard LAFONTA l'ayant rejoint au capital de la société le 5 juin 2007.

1.3. L'absence de mise en œuvre du schéma pour Dirk-Jan Van OMMEREN

Arrivé chez WENDEL en 1996, en qualité d'executive director de la société ORANJE-NASSAU groupe BV, Dirk-Jan VAN OMMEREN, de nationalité néerlandaise et résidant aux Pays-Bas, était le 15ème associé de CDA.

Il était toutefois le seul d'entre eux à avoir conservé, en mai 2007, ses titres CDA qu'il cédait à cette entité contre la remise directe de 10 168 titres WENDEL INVESTISSEMENT.

Ce faisant, il n'avait eu recours ni à une holding personnelle, ni à aucun élément du montage mis en œuvre par les autres associés.

Entendu à ce sujet dans le cadre du présent dossier, il donnait les éléments d'explication suivants : *«Je n'étais pas concerné parce que en tant que néerlandais non résident en France, et en vertu d'un traité fiscal entre les Pays-Bas et la France, je n'avais pas à payer de taxe sur la plus-value générée. Le dispositif mis en place au profit des managers français avait en revanche pour objectif d'optimiser fiscalement leur investissement au sein de CDA».* (D910)

2. LA REMISE EN CAUSE DU MONTAGE PAR LE COMITÉ DE L'ABUS DE DROIT FISCAL (D27, D37, D48, D59, D70, D87, D98, D111, D124, D134, D143, D158, D174)

Dans le cadre des opérations de contrôle fiscal diligentées à l'encontre des quatorze cadres dirigeants de la société WENDEL, l'administration fiscale saisissait le comité de l'abus de droit fiscal, en application des dispositions de l'article 64 du livre des procédures fiscales aux termes desquelles :

«Ne peuvent être opposés à l'administration des impôts les actes qui dissimulent la portée véritable d'un contrat ou d'une convention à l'aide de clauses:

- a) Qui donnent ouverture à des droits d'enregistrement ou à une taxe de publicité foncière moins élevés;*
- b) Ou qui déguisent soit une réalisation, soit un transfert de bénéfices ou de revenus;*

c) Ou qui permettent d'éviter, en totalité ou en partie, le paiement des taxes sur le chiffre d'affaires correspondant aux opérations effectuées en exécution d'un contrat ou d'une convention.
L'administration est en droit de restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse. En cas de désaccord sur les rectifications notifiées sur le fondement du présent article, le litige est soumis, à la demande du contribuable, à l'avis du comité consultatif pour la répression des abus de droit...».

Dans ses avis rendus à l'issue des séances des 15 et 16 mars 2012, ce comité se prononçait de la manière suivante: «la société CDA avait été créée de manière concertée entre les dirigeants du groupe WENDEL aux seules fins d'acquiescer auprès de la société SOLFUR l'option d'achat de la participation de 13,5 % détenue par cette société dans la société CDA et avait pour seuls associés des membres du comité opérationnel de ce groupe. La société avait ainsi réalisé en 2007 l'objet pour lequel elle avait été constituée. A l'issue de l'opération de réduction de capital, se traduisant par le départ de l'ensemble des associés, à l'exception de l'un d'entre eux, la société CDA n'a été consacrée qu'à la gestion du patrimoine de l'associé restant de cette société et de son épouse;

- l'affectio societatis unissant ces associés avait donc manifestement disparu lors du dénouement en mai 2007 de ce dispositif élaboré en 2004 dès lors que dans l'esprit même de ses promoteurs, la société CDA ne devait pas survivre au débouclage de l'opération lequel traduisait l'accomplissement définitif de son objet;
- l'ensemble des associés avait de la sorte décidé en réalité de se répartir l'actif de la société CDA en organisant un montage ayant pour seule finalité la réalisation de cette répartition en franchise d'impôt».

Le comité poursuivait en indiquant que les associés de CDA n'avaient «à aucun moment produit des éléments permettant d'estimer que l'apport, préalablement à cette répartition, [des] titres de la société CDA [aux sociétés civiles] avait un autre objet que celui de rechercher le bénéfice du régime du sursis d'imposition prévu par les dispositions de l'article 150-B du code général des impôts applicables aux plus-values mobilières réalisées lors d'une opération d'apport.

Le comité considère ainsi

- d'une part, que les décisions prises par l'assemblée générale des associés de la société CDA en mai 2007 avaient emporté des effets comparables à ceux d'une dissolution anticipée de cette société et, partant, que l'ensemble de ces décisions procédaient d'un montage artificiel ayant eu pour seul objet et pour seule finalité de répartir l'actif de cette société en dissimulant sa dissolution et sa liquidation anticipée;
- et, d'autre part, que l'apport des titres de la société CDA [aux sociétés civiles] ayant opté pour [leur] assujettissement à l'impôt sur les sociétés, participait de ce montage qui a permis en réalité [aux intéressés] d'échapper à l'imposition du gain résultant de cette répartition l'actif en plaçant artificiellement, par l'interposition de [ces] sociétés civiles, les opérations réalisées dans le champ de l'article 150-0 B du code général des impôts à l'encontre des objectifs que le législateur a poursuivis en procédant à son adoption aux seules fins de permettre l'application de cet article à ce gain, qualifié de plus-values mobilières.

En conséquence: le Comité émet l'avis que l'administration était fondée à mettre en œuvre la procédure, de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales pour écarter l'application du régime du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du code général des impôts».

Le montant des majorations prononcée par le comité de l'abus de droit à l'encontre des 14 personnes concernées (40 ou 80%) variait en fonction du rôle joué par chacun des intéressés dans l'élaboration du montage. Ainsi, seuls Jean-Bernard LAFONTA, Ernest Antoine SEILLIERE,

Bernard GAUTIER et Jean-Yves HEMERY voyaient prononcer à leur encontre des pénalités de 80%.

3. SYNTHÈSE DES DONNÉES FINANCIÈRES (D1 à D176, D861)

Les données financières en jeu pouvaient être résumées par le tableau ci-dessous, permettant pour chacun des 14 cadres de la société WENDEL de mettre en regard:

- la somme investie dans CDA en 2004;
- le montant de la plus-value constatée en 2007;
- le montant de l'impôt éludé.

Identité	Somme investie en capital dans CDA 2004/2005	Montant de la plus-value à l'occasion de l'apport des actions CDA à la société civile en 2007	Droits éludés et visés pénalement
Ernest-Antoine SEILLIERE	211 250,00 €	79 379 682,00 €	29 485 670,00 €
Arnaud DESCLEVES	30 000,00 €	11 017 813,00 €	3 514 993,00 €
Gérard LAMY	13 750,00 €	4 343 571,00 €	968 417,00 €
Jean-Michel ROPERT	30 000,00 €	9 377 463,00 €	3 586 880,00 €
Olivier CHAMBRIARD	30 000,00 €	9 246 998,00 €	2 629 116,00 €
Jean-Yves HEMERY	30 000,00 €	10 492 138,00 €	2 735 387,00 €
Christine RIVOIRE	25 000,00 €	8 005 520,00 €	2 083 617,00 €
Yves-Robert MOUTRAN	35 000,00 €	8 812 114,00 €	3 370 634,00 €
Jean-Michel MANGEOT	5 000,00 €	1 293 664,00 €	488 070,00 €
Stéphane BACQUAERT	30 000,00 €	7 588 026,00 €	2 195 035,00 €
Arnaud FAYET	12 500,00 €	6 030 996,00 €	2 301 454,00 €
David DARMON	30 000,00 €	7 588 031,00 €	2 412 265,00 €
Bernard GAUTIER	128 750,00 €	36 058 637,00 €	10 603 464,00 €
Jean-Bernard LAFONTA	385 000,00 €	116 308 538,00 €	44 211 481,00 €

4. L'INFORMATION JUDICIAIRE

Au mois de décembre 2012, les juges d'instruction adressaient à chacun des ex-associés de CDA, dans la perspective de leur convocation, un questionnaire leur demandant confirmation de l'apport des actions de la Compagnie de l'Audon (ci-après CDA) qu'ils détenaient directement ou indirectement via une société civile soumise à l'IR à une société civile soumise à l'IS. Il leur était également demandé de confirmer qu'au mois de mai 2007 cette société civile avait revendu à CDA ses propres actions CDA, ainsi que le prix de ce rachat et la nature du règlement (titres WENDEL INVESTISSEMENT et/ou SICAV JPM EUR LIQUIDITY FD). Enfin, les ex-associés de CDA étaient invités à décrire, jusqu'à ce jour, l'évolution de la consistance de cet actif, autrement dit son emploi le cas échéant et à préciser si tout ou partie de cet actif avait été donné en garantie.

Tous les ex-associés de CDA adressaient aux juges d'instruction des réponses dont il résultait que les bilans des sociétés civiles clos les 31 décembre des années 2007, 2008 et 2009 présentaient à l'actif pour l'essentiel des valeurs mobilières, titres financiers ou de portefeuilles d'actions. Elles se sont toutes cantonnées dans une activité purement patrimoniale, déclarant pour l'essentiel des produits financiers ou des produits exceptionnels sur opérations en capital ou de gestion et aucun produit d'exploitation.

Ainsi, les sociétés civiles de MM. Arnaud DESCLEVES, Stéphane BACQUAERT, David DARMON, Christine RIVOIRE, Arnaud FAYET, Gérard LAMY, Jean-Michel MANGEOT, Jean-Yves HEMERY, Jean-Michel ROPERT ont conservé les portefeuilles d'OPCVM, ou souscrit des contrats de capitalisation et/ou des portefeuilles de titres (actions, instruments financiers), parfois gérés par la banque JP MORGAN, ou d'autres établissements financiers, dans le cadre d'un mandat de gestion.

Les sociétés de MM. Bernard GAUTIER, Ernest-Antoine SEILLIERE, Yves-Robert MOUTRAN, Olivier CHAMBRIARD, ayant opté pour le paiement des titres CDA en titres WENDEL INVESTISSEMENT, se sont contentées de détenir ces titres ou d'en acquérir de nouveaux.

Christine RIVOIRE a indiqué avoir investi dans des entreprises américaines, mais ce en dehors de sa société civile.

Quelques managers ont investi dans des entreprises par le biais de leur société civile, mais pour des montants très faibles au regard des plus-values réalisées au moment du débouclage, et le plus souvent tardivement :

- Jean-Yves HEMERY : 143.270 € dans la Sarl Basilisse (centre de bronzage à Paris) en 2010 – pour une plus value de 10 492 000 €
- Yves MOUTRAN : 50.000 € dans la co-production du film «*Nous Resterons Sur Terre*» en 2008 ; 750.000 € dans la société «*Karioba Développement SAS*» (Pizzeria Pizza Mimi) en 2011, et 300 000 dollars dans un fonds de commerce (vente de produits de loisirs créatifs à FERFIELD-Connecticut), dirigé par son épouse. - pour une plus value de 8 812 000 €.

D'autres ont affirmé avoir eu l'intention d'utiliser leur société civile pour se lancer dans des activités diverses, PME, chambres d'hôtes (MM. DARMON, ROPERT), et/ou avoir engagé des démarches avancées dans ce sens (MM. DESCLEVES, CHAMBRIARD), mais n'avoir pu mener à bien ces projets du fait de la crise économique de 2008 et de la baisse de valeur du titre WENDEL.

Les investigations se poursuivaient sur commission rogatoire.

Il était procédé à l'exploitation de 37 DVD contenant l'intégralité des messageries électroniques de Jean-Bernard LAFONTA, Bernard GAUTIER, Jean-Michel ROPERT, Arnaud DESCLEVES,

Stéphane BACQUAERT, Yves MOUTRAN, Jean-Michel MANGEOT, Jean-Yves HEMERY et Ernest-Antoine SEILLIERE pour la période 2006/2008 collectées au cours d'une enquête diligentée par l'AMF sur le titre WENDEL. Les enquêteurs exploitaient également des documents saisis à l'occasion de perquisitions effectuées au domicile des personnes visées par les plaintes de l'administration fiscale, ainsi que dans les locaux du cabinet d'avocats DEBEVOISE & PLIMPTON et de la banque JP MORGAN (D211 à D213, D863, D901, D913, D117 à D1176).

Ces éléments permettaient de connaître précisément les évolutions du projet et de cerner les objectifs poursuivis, ainsi que le rôle des conseils, Pierre-Pascal BRUNEAU du cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON, avocat fiscaliste et la banque JP MORGAN.

Divers témoins étaient entendus, notamment Jean-Baptiste DOUIN, directeur de la banque JP MORGAN en France (D 918 et 919) et Ludovic MAILLET, conseiller en gestion de patrimoine (D 924). Pierre-Pascal BRUNEAU, avocat fiscaliste du cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON était entendu le 12 décembre 2013 sous le régime de l'audition libre (D 920 et D 921).

Au cours du mois de juillet 2014, les juges d'instruction procédaient aux interrogatoires de première comparution de Arnaud DESCLEVES (D 954), Jean-Michel MANGEOT (D 955), Yves-Robert MOUTRAN (D 956) et Gérard LAMY (D 957).

Au cours du mois de septembre 2014, ils procédaient aux interrogatoires de première comparution de Arnaud FAYET (D 989), de Christine RIVOIRE épouse DUTREIL (D 1005), de David DARMON (D 1006), de Stéphane BACQUAERT (D 1115) et d'Olivier CHAMBRIARD (D 1116).

Au cours du mois d'octobre 2014, ils procédaient aux interrogatoires de première comparution de Bernard GAUTIER (D 1180) et de Ernest-Antoine SEILLIERE (D 1181).

Jean-Michel ROPERT (D 1186), Jean-Yves HEMERY (D 1187) et Jean-Bernard LAFONTA (D 1188) étaient mis en examen au cours du mois de janvier 2015.

De manière générale, les managers mis en examen ont tous soutenu la régularité des opérations, mettant en avant que le schéma fiscal avait été conçu et validé par des avocats fiscalistes réputés dans lesquels ils avaient placé toute leur confiance.

Certains ont fait valoir qu'ils n'avaient au surplus pas participé aux discussions préalables, et/ou que l'adhésion au schéma leur avait été imposée par leur hiérarchie qui avait présenté cette solution comme licite, obligatoire et dépourvue d'alternatives.

Tous soutiennent avoir parfaitement respecté les recommandations du cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON et réinvesti les fonds dans une activité économique.

Enfin, Pierre-Pascal BRUNEAU, avocat au sein du cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON était mis en examen le 13 avril 2015 (D 1202). Son avocat produisait une note (D 1206). Le professeur LE GALL adressait aux juges d'instruction une note datée du 25 février 2013 (D 1207) explicitant les termes d'une consultation qu'il avait précédemment adressée à Pierre-Pascal BRUNEAU dans ce dossier et qui avait été saisie en perquisition (D 741). IL concluait :

« Le Cabinet Debevoise était fondé à écarter l'abus de droit en 2007 dès lors qu'il rappelait des conditions d'exécution de l'opération qui s'inspiraient de celles retenues aujourd'hui par le législateur, mutatis mutandis, et qui étaient au surplus dans la ligne des positions connues en 2007, en ce compris l'avis du CCRAD. »

Pierre-Pascal BRUNEAU et la banque JPM soutiennent que le montage n'était pas frauduleux en soi mais qu'en ne respectant pas, ou insuffisamment, leurs recommandations, les managers ont commis une fraude, notamment par une utilisation de leur capacité d'emprunt abusive et contraire au schéma conseillé en empruntant des montants supérieurs à la valeur des actifs des sociétés civiles, alors que le cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON avait requis un seuil d'investissement de 50% dans leur note.

5. ETAT DES MESURES CONSERVATOIRES : SAISIES PÉNALES (D244 À D293) ET MAINLEVÉES (D424 À D503).

Courant octobre 2012, il était procédé, sur réquisitions conformes du parquet, à la saisie des soldes créditeurs des comptes et des créances figurant aux comptes titres, comptes de placements, comptes de valeurs mobilières, plans d'épargne et assurance-vie, dont les titulaires sont les sociétés civiles susceptibles d'avoir été créées par les personnes visées au réquisitoire introductif dans l'objectif de se soustraire à l'établissement et au paiement partiel de l'impôt sur le revenu dû au titre de l'année 2007, outre les soldes créditeurs des comptes et des créances figurant aux comptes titres, comptes de placements, comptes de valeurs mobilières, plans d'épargne et assurance-vie de la société COMPAGNIE DE L'AUDON (CDA) dans laquelle M. LAFONTA aurait logé une activité uniquement dédiée à la gestion de son patrimoine et de celui de son épouse dans le même but, et ce à concurrence des droits éludés hors pénalités.

Il était ensuite procédé à la mainlevée de ces saisies pénales, les intéressés ayant souscrit l'engagement de procéder à un virement à l'ordre du trésor public dès réception de la notification de la mainlevée des saisies.

6. CLOTURE DE L'INFORMATION ET RENVOI DEVANT LE TRIBUNAL

L'avis de fin d'information a été délivré le **9 juillet 2015**.

Par requête motivée, déposée au greffe de la Chambre de l'instruction le 6 octobre 2015, le conseil de la société JP MORGAN CHASE BANK NA, a saisi cette chambre pour statuer sur la nullité éventuelle d'actes de procédure.

Le réquisitoire définitif du parquet national financier en date du 2 novembre 2015 a été notifié le **6 novembre 2015**.

Les conseils de Gérard LAMY, David DARMON, Bernard GAUTIER, Jean-Michel MANGEOT, Jean-Yves HEMERY, Ernest-Antoine SEILLIERE et Jean-Michel ROPERT, ont déposé des observations en réponse aux réquisitions du Parquet, demandant tous le prononcé d'une ordonnance de non-lieu au bénéfice de leur client.

Par arrêt en date du **16 juin 2016**, la chambre de l'instruction, saisie le 19 janvier 2015 d'une requête en nullité déposée par le conseil de Madame Christine DUTREILL, a dit n'y avoir lieu à annulation de l'interrogatoire de première comparution de cette dernière.

Par arrêt en date du même jour, le 16 juin 2016, la chambre de l'instruction a dit n'y avoir lieu à annulation de l'interrogatoire de première comparution, de la mise en examen de la société JP MORGAN CHASE BANK NA et des actes subséquents.

La société JP MORGAN CHASE BANK NA a formé un pourvoi en cassation contre l'arrêt du 16 juin 2016.

Par ordonnance du 26 septembre 2016, le président de la chambre criminelle a ordonné l'examen immédiat du pourvoi.

L'ordonnance de renvoi a été rendue le **2 novembre 2016**.

Par arrêt en date du **7 février 2017**, la Cour de cassation, chambre criminelle a cassé et annulé l'arrêt de la chambre de l'instruction du 16 juin 2016, mais en ses seules dispositions ayant statué sur la régularité de l'interrogatoire de première comparution et de la mise en examen de la société JP MORGAN CHASE BANK NATIONAL ASSOCIATION.

Par arrêt du **22 janvier 2018**, la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris autrement composée, sur renvoi de la Cour de cassation, prononçait l'annulation de l'interrogatoire de première comparution de la société JP MORGAN CHASE BANK NA⁷ et a annulé les références à ces actes contenues dans le réquisitoire définitif et l'ordonnance de renvoi.

Par arrêt en date du **26 septembre 2018**, la Cour de cassation, chambre criminelle a cassé et annulé l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, en date du 22 janvier 2018 mais en ses seules dispositions relatives à la portée de l'annulation de l'interrogatoire de première comparution et de la mise en examen de la société JP Morgan Chase Bank, toutes autres dispositions étant expressément maintenues, au motif que la chambre de l'instruction s'était abstenue de prononcer l'annulation du renvoi de cette société devant le tribunal correctionnel.

Par arrêt en date du **4 juin 2019**, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Versailles, spécialement désignée comme juridiction de renvoi, a ordonné la cancellation de pièces supplémentaires.

Par arrêt en date du 29 janvier 2020, la chambre criminelle de la Cour de cassation:

- a cassé et annulé l'arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Versailles du 4 juin 2019 en ses seules dispositions ayant dit n'y avoir lieu à annulation ou cancellation d'autres actes ou pièces de la procédure,
- a prononcé l'annulation du renvoi de la société JP Morgan Chase Bank National Association devant le tribunal correctionnel,
- a ordonné la cancellation appropriée,
- a dit n'y avoir lieu à renvoi et ordonné le retour de la procédure à la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris.

Par arrêt du **14 janvier 2021**, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, statuant après cassation en application des dispositions de l'article 609-1 alinéa 2 du code de procédure pénale, a déclaré recevables les demandes de supplément d'information formulées par la partie civile et plusieurs des prévenus mais, les disant mal fondées, a dit n'y avoir lieu à supplément d'information ou renvoi à un juge d'instruction.

La chambre de l'instruction a rappelé, à l'appui de sa décision, que l'arrêt de la Cour de cassation du 29 janvier 2020 annulant le renvoi de la société JP Morgan Chase Bank National Association (« JP MORGAN ») était sans effet sur le caractère définitif de l'ordonnance de renvoi du 29 novembre 2016.

Par jugement du **21 janvier 2021**, la 32ème chambre de ce tribunal a constaté que les opérations d'annulation ultérieurement intervenues emportaient pour conséquence que l'ordonnance de

⁷ Dans la mesure où il ne résultait pas du procès-verbal d'interrogatoire de première comparution que le représentant de la personne morale ait été informé du droit de se taire.

règlement ne statuait plus sur les faits contenus dans l'information judiciaire relatifs au rôle de la banque et n'avait ainsi pas épuisé la saisine de la juridiction d'instruction. Il a dès lors ordonné que la procédure soit transmise au Parquet national financier pour saisir un juge d'instruction de toutes réquisitions appropriées visant les faits sur lesquels il n'a pas été statué dans l'ordonnance de règlement.

La société JP Morgan Chase Bank National Association a formé un pourvoi contre le jugement du tribunal correctionnel de Paris, 32ème chambre, en date du 18 janvier 2021, qui a été déclaré non admis.

Le 26 avril 2021, le procureur financier a saisi le juge d'instruction aux fins de régularisation de l'ordonnance de renvoi et prenait des réquisitions de mise en examen de la banque JP MORGAN CHASE BANK NATIONAL ASSOCIATION (JP MORGAN) du chef de complicité de fraude fiscale.

Deux juges d'instruction ont été désignés le 27 avril 2021.

Sur requête du ministère public, le juge d'instruction a communiqué le 21 juillet 2021 la procédure au procureur national financier aux fins de mise en œuvre d'une convention judiciaire d'intérêt public.

Le **26 août 2021**, la société JPMORGAN CHASE BANK et le parquet national financier ont signé une convention judiciaire d'intérêt public, comportant l'obligation pour la banque de s'acquitter d'une amende d'intérêt public de 25 millions d'euros dans un délai de trente jours calendaires.

La convention judiciaire d'intérêt public a été validée le **2 septembre 2021** par le président du tribunal.

En ce qui concerne le rôle de la banque, l'ordonnance de validation précise :

« Le rôle de JPMORGAN dans l'opération était de fournir un financement. A ce titre, elle a participé au schéma en acquérant auprès de CDA des titres WENDEL INVESTISSEMENT en contrepartie de SICAV monétaires. Il lui a également été demandé, comme à une autre banque, de détenir dans certaines sociétés civiles une «golden share» lui permettant, par l'intermédiaire d'une fiducie luxembourgeoise, de disposer d'un droit de veto, notamment sur la décision d'agréer un nouvel associé. Ce mécanisme visait à offrir une garantie à JPMORGAN.

Le mécanisme prévenait également toute cession de ces sociétés en ordre dispersé ce qui aurait pu faire apparaître le caractère artificiel du schéma élaboré. JPMORGAN indique qu'elle n'a pas été consultée sur cet aspect et indique n'avoir de fait jamais exercé son droit de veto.

Le rôle de prêteur de JPMORGAN a consisté à octroyer des prêts à plusieurs des cadres dirigeants du groupe WENDEL, ce qui a leur permis de bénéficier du sursis d'imposition tout en appréhendant les liquidités correspondant à leur quote-part dans le rachat par CDA de ces titres.

Les investigations ont montré que JPMORGAN, bien qu'extérieure à la plupart des discussions relatives aux développements du schéma, était consciente du sursis d'imposition recherché par les cadres dirigeants du groupe WENDEL et de l'existence d'un risque de remise en cause par l'administration fiscale sur la base de l'abus de droit. »

7. L'ETAT DES CONTENTIEUX ET LES TRANSACTIONS INTERVENUES AVEC L'ADMINISTRATION FISCALE

A l'audience du 19 janvier 2022, le représentant de la Direction Générale des Finances Publiques (ci-après DGFIP) a été invité à apporter des précisions sur la situation de chacun des prévenus, notamment sur l'avancement des procédures contentieuses et/ou transactionnelles intervenues avec l'administration fiscale. Il a à cet égard précisé que :

- l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 12 avril 2018 rendu à l'égard de Gérard LAMY était devenue définitif
- des transactions étaient intervenues au cours de l'été 2021 entre l'administration fiscale et chacun des prévenus suivants : Jean-Bernard LAFONTA, Ernest-Antoine SEILLIERE, Bernard GAUTIER, Jean-Yves HEMERY, Jean-Michel ROPERT, David DARMON, Yves-Robert MOUTRAN, Olivier CHAMBRIARD, Stéphane BACQUAERT MANGEOT et Christine DUTREIL
- aucune décision définitive n'était intervenue à l'égard de Arnaud DESCLEVES.

Les décisions de justice et accords transactionnels ont été versés au débat.

PARTIE I - LES EXCEPTIONS IN LIMINE LITIS

CHAPITRE I - LES QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITÉ

Les conseils respectifs de M. Ernest-Antoine SEILLIERE et de M. Jean-Baptiste LAFONTA ont formulé leur question prioritaire de constitutionnalité dans les mêmes termes, de la manière suivante :

1) *« Les dispositions combinées des articles 150-0 B et 1741 du Code général des impôts et de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales portent-elles atteinte au principe constitutionnel de légalité des délits et des peines par la possibilité qu'elles offrent d'engager des poursuites pénales sur le fondement de la soustraction frauduleuse à l'établissement de l'impôt par défaut de déclaration, infraction prévue et réprimée par l'article 1741 du Code général des impôts, poursuites fondées sur l'abus de droit au sens de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales dans le bénéfice du régime automatique de sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du Code général des impôts, alors même que cette notion n'est pas définie en des termes clairs et précis ? »*

Le Conseil de M. Arnaud DESCLEVES, pour sa part a formulé deux questions prioritaires de constitutionnalité :

2) *« Les dispositions combinées des articles 1741 et 150-0 B du CGI ainsi que de l'article L. 64 du LPF, en ce qu'elles permettent, en l'absence de termes clairs et précis, d'engager des poursuites pénales pour fraude fiscale sur la base d'un abus de droit dans le cadre d'opérations d'« apport-cession » bénéficiant du sursis d'imposition de droit prévu à l'article 150-0 B du CGI et posent une présomption d'intention frauduleuse à l'égard du contribuable, sont-elles contraires aux principes d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi découlant des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, au principe de légalité des délits et des peines protégé par l'article 8 de cette Déclaration et par l'article 34 de la Constitution et, surtout, au principe de la présomption d'innocence, consacré par l'article 9 de la Déclaration de 1789 ? »*

3) *« Les dispositions de l'article L. 230 du LPF (particulièrement son dernier alinéa), auquel renvoie le dernier alinéa de l'article 1741 du CGI, en ce qu'elles ne prévoient pas les modalités de dépôt ou de réception de l'acte de saisine de la commission des infractions fiscales par le contribuable, ne lui laissant ainsi aucune possibilité de contrôle procédural, et alors même que cette saisine suspend de plein droit la prescription de l'action publique, sont-elles contraires au principe du contradictoire et aux dispositions de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ? »*

La Direction Générale des Finances Publiques a soutenu à l'audience que les questions n'étaient pas nouvelles et qu'elles étaient dépourvues de caractère sérieux.

Les représentants du parquet national financier ont requis le rejet des demandes de transmission des questions prioritaires de constitutionnalité.

I. - Sur la recevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité

Les conseils de Ernest-Antoine SEILLIERE, Arnaud DESCLEVES, et Jean-Bernard LAFONTA ont déposé des conclusions distinctes aux fins de transmission de leurs trois questions prioritaires de constitutionnalité, conformément aux dispositions de l'article 23-1 de l'ordonnance n° 58 1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel selon lequel *« devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une*

disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé».

Les moyens sont donc recevables en ce qu'ils ont été présentés dans des mémoires écrits, distincts et motivés, et que les dispositions législatives contestées et les principes à valeur constitutionnelle qui en constitueraient la violation sont précisément identifiés.

II-. Sur la transmission des questions prioritaires de constitutionnalité relatives à la combinaison des articles 150-0 B et 1741 du CGI ainsi que l'article L.64 du livre des procédures fiscales

L'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 **portant loi organique sur le Conseil constitutionnel** prévoit que la juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation si les conditions suivantes sont remplies :

- 1° La disposition contestée est applicable au litige et à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;
- 2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;
- 3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

Les conditions étant cumulatives, il suffit que l'une d'entre elles ne soit pas remplie pour justifier un refus de transmission.

1. L'applicabilité au litige des dispositions législatives contestées

Ernest SEILLIERE DE LABORDE, Jean-Baptiste LAFONTA et Arnaud DESCLEVES sont renvoyés devant ce tribunal pour des faits de soustraction frauduleuse à l'établissement et au paiement de l'impôt **par dissimulation d'une partie des sommes sujettes à l'impôt et non par défaut de déclaration**, modalité de la soustraction frauduleuse visée dans les questions prioritaires de constitutionnalité dont les conseils de Messieurs SEILLIERE et LAFONTA demandent la transmission à la Cour de cassation.

Les poursuites pénales exercées à l'encontre des prévenus sont fondées notamment sur l'**article 1741 du code général des impôts**, qui incrimine la fraude fiscale et en particulier la dissimulation volontaire d'une part des sommes sujettes à l'impôt, mais en lien aussi avec l'**article L.64 du livre des procédures fiscales** qui définit l'abus de droit, en l'espèce appliqué à une situation dans laquelle les contribuables se seraient placés de façon artificielle sous le régime du sursis d'imposition en cas d'opération d'apport-cession prévu à l'**article 150-0-B du code général des impôts**.

C'est la combinaison de ces trois dispositions qui, selon les prévenus, serait contraire au principe de légalité des délits et des peines et à la présomption d'innocence.

L'article 1741 **du code général des impôts constitue le fondement des poursuites.**

L'**article L. 64 du livre des procédures fiscales** définit la notion d'abus de droit et en fixe le régime procédural, autorisant l'administration à écarter comme ne lui étant pas opposables les actes constitutifs d'abus de droit. Elle en fixe également le régime en prévoyant la saisine du comité de l'abus de droit fiscal en cas de désaccord sur les rectifications notifiées. L'abus de droit

emporte notamment l'application de majorations de 40 ou de 80% en vertu de l'article 1729 du code général des impôts. Les dispositions de l'article L.64 du livre des procédures fiscales sont applicables au litige.

L'article 150-0-B CGI établit un régime de sursis à imposition sur les plus-values réalisées par les échanges de titres en cas notamment d'apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés. Il s'agit du régime sous lequel les prévenus se seraient artificiellement placés.

Si l'article 150-0-B du CGI ne définit pas une infraction, les dispositions des articles 150-0 B et 1741 du Code général des impôts ainsi que de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales dont la combinaison est contestée sont néanmoins applicables au litige.

2. La nouveauté des questions posées

Il ressort de la consultation des sites internet de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel, consacrés aux questions prioritaires de constitutionnalité, que l'article 1741 du code général des impôts a déjà fait l'objet d'examen de constitutionnalité :

- à l'occasion de trois précédentes questions prioritaires de constitutionnalité concernant la disposition qui incrimine la fraude fiscale caractérisée par le fait d'avoir : « volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt »⁸ ;
- lors de l'examen de la Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière de 2013, et plus particulièrement, le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer sur la nécessité et la proportionnalité des peines aggravées réprimant le délit de fraude fiscale.

Ainsi les dispositions de l'article 1741 alinéa 1er du code général des impôts relatives au délit de fraude fiscale par dissimulation volontaire ont déjà été examinées par le Conseil constitutionnel et déclarées conformes à la constitution, et notamment au principe de légalité des délits et des peines.

S'agissant de l'article L.64 du Livre des Procédures Fiscales dans sa version applicable à l'époque des faits, si le Conseil constitutionnel ne l'a pas examiné, il a d'ores et déjà été saisi d'un contrôle de constitutionnalité portant sur la réforme de l'article L. 64 du LPF par la loi de finance de 2014 et à cette occasion rappelé que la modification de la définition de l'acte constitutif de l'abus de droit envisagée était contraire au principe de clarté et d'intelligibilité de la loi en ce qu'il a estimé que la modification du législateur, qui entendait substituer au critère au but « *exclusivement fiscal* » celui du but « *principalement fiscal* », avait pour effet de conférer une importante marge d'appréciation à l'administration fiscale, ce qui aurait introduit un risque d'arbitraire inacceptable (décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013).

Pour autant, il apparaît que les dispositions de l'article L. 64 du LPF, et a fortiori, la combinaison des articles 150-0 B et 1741 du CGI ainsi que de l'article 64 du livre des procédures fiscales, n'ont

⁸Notamment, dans sa décision n°2016-545 QPC du 24 juin 2016 le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la constitution, et notamment au principe de légalité des délits et des peines, les mots « *soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt* » figurant dans la première phrase du premier alinéa de l'article 1741 du code général des impôts dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000. Dans sa motivation, le Conseil indique explicitement « sous les réserves énoncées aux paragraphes 13, 21 et 24, l'article 1729 et les dispositions contestées de l'article 1741 du code général des impôts ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit » et conclut dans son dispositif à la conformité de ces textes à la Constitution.

jamais été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel.

3. Le caractère sérieux des questions

3.1 S'agissant de l'atteinte au principe de légalité des délits et des peines

a) Position de la défense

Les questions prioritaires de constitutionnalité de M. Ernest-Antoine SEILLIERE DE LABORDE, M. Jean-Bernard LAFONTA et de M. Arnaud DESCLEVES contestent l'application combinée des articles 150-0 B, 1741 du code général des impôts et de l'article L.64 du LPF, comme étant contraires au principe de légalité des délits et des peines, prévu à l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Il est soutenu que le régime de l'abus de droit par bénéfice du sursis d'imposition en cas d'apport-cession n'était pas encadré au moment des faits de manière suffisamment claire et précise.

Avant la loi de finances rectificative pour 2012, les modalités du emploi des liquidités obtenues en cas d'apport-cession n'étaient absolument pas encadrées par la loi. La jurisprudence, et notamment celle du Conseil d'État, n'a dégagé les critères du caractère abusif ou licite d'un tel sursis d'imposition en cas d'apport cession que tardivement, bien après les faits faisant l'objet de la poursuite, et de façon peu précise et peu constante.

La défense fait encore valoir qu'il régnait fin 2005 et début 2006 un manque de constance et de prévisibilité dans les décisions des juges administratifs, provenant du manque de clarté et de précision des dispositions encadrant la notion d'abus de droit en matière de report d'imposition dans les opérations d'apport-cession. Ce manque de prévisibilité et de constance aurait pris fin à l'initiative du Comité de l'Abus de Droit Fiscal (alors dénommé Comité Consultatif pour la Répression des Abus de Droit - CCRAD), qui décidait de clarifier l'application de ces dispositions ambiguës. En effet, le CCRAD considérait que le sursis d'imposition attaché, depuis la loi de finances pour 2000, à l'apport de titres à une structure passible de l'impôt sur les sociétés, était exclusif de tout abus de droit à défaut de choix laissé au contribuable.

Les conseils de la défense exposent que le rapport annuel du CCRAD pour l'année 2005 reflète une politique délibérée de l'administration fiscale fondée sur une position de principe (absence d'application de la théorie de l'abus de droit dans le cas du sursis d'imposition) et non d'une analyse au cas par cas en fonction des faits de l'espèce, et conforme à la position du CCRAD, qui ne pouvait que conforter les contribuables en 2007 sur l'absence de critique possible au plan fiscal de l'opération qu'ils envisageaient de réaliser.

Ils soulignent que, prenant le contre-pied de cette position claire du CADF, le Conseil d'État, statuant pour la première fois sur le régime de sursis applicable depuis 2000, dans une décision du 27 juillet 2012 (n° 327295, Berjot), a jugé qu'en dépit du caractère automatique du sursis, un montage d'apport-cession peut aussi être considéré comme constitutif d'un abus de droit. Il a alors appliqué les mêmes critères que ceux qu'il a dégagés pour les apports ouvrant droit à un report d'imposition, aussi imprécis et peu prévisibles.

Les raisons ayant motivé en 2012 l'instauration de l'article 150-0 B ter du Code général des impôts, telles qu'elles ressortent du rapport de la commission des finances de l'Assemblée nationale, suffisent à démontrer, selon les conseils des prévenus, que la notion d'abus de droit

dans les opérations d'apport-cession ne faisait pas, avant cette nouvelle intention du législateur, l'objet d'une définition claire et précise.

b) Analyse du tribunal

Selon l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 :

« La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. »

L'obligation pour le législateur de définir les infractions en des termes clairs et précis découle également de l'article 34 de la Constitution qui dispose :

« La loi fixe les règles concernant [...] la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale, l'amnistie, la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ».

Le Conseil constitutionnel affirme de manière constante *« qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée : qu'il en résulte la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire »* (décision n°80-127 DC du 20 janvier 1981, 2004-492 DC du 2 mars 2004, 2006-540 DC).

- **L'article 1741 du Code général des impôts, rédigé en des termes clairs et précis, est conforme au principe de légalité**

Les dispositions de l'article 1741 du Code général des impôts dans sa version applicable au litige disposent: *« Sans préjudice des dispositions particulières relatives dans la présente codification, quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification, soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt, soit qu'il ait organisé son insolvabilité ou mis obstacle par d'autres manœuvres au recouvrement de l'impôt, soit en agissant de toute autre manière frauduleuse, est passible, indépendamment des sanctions fiscales applicables, d'une amende de 37 500 euros et d'un emprisonnement de cinq ans. Lorsque les faits ont été réalisés ou facilités au moyen soit d'achats ou de ventes sans facture, soit de factures ne se rapportant pas à des opérations réelles, ou qu'ils ont eu pour objet d'obtenir de l'État des remboursements injustifiés, leur auteur est passible d'une amende de 75 000 euros et d'un emprisonnement de cinq ans ».*

La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises que l'article 1741 du code général des impôts, qui constitue le support de l'incrimination reprochée aux requérants, était rédigé en termes suffisamment clairs et précis, le jugeant conforme au principe de légalité des délits et des peines : *« l'incrimination visée aux poursuites définit en des termes clairs et précis les obligations fiscales pesant sur le prévenu et les sanctions qui y sont attachées »* (Cass. crim., 16 janv. 1997, n°96-80.952).

De même, elle a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les deux premiers alinéas de ce texte, en jugeant que ce grief *« ne présent[ait] pas un caractère sérieux en ce que les dispositions de l'article précité, qui incriminent tout procédé frauduleux*

tendant à se soustraire intentionnellement à l'établissement et au paiement de l'impôt, ne méconnaissent pas à l'évidence l'obligation de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire » (Cass. crim., 26 janv. 2011, n° 10-90.120).

L'article 1741 CGI, sur le fondement duquel les requérants sont poursuivis, est suffisamment clair et précis, donc conforme au principe de légalité.

- **L'article L 64 du Livre des procédures fiscales (LPF) tel que défini par la loi et interprété par la jurisprudence est conforme au principe de légalité**

La loi du 13 janvier 1941 portant simplification, coordination et renforcement des dispositions du code des impôts directs a institué la procédure de répression des abus de droit aujourd'hui codifiée à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

Cet article définit la notion d'abus de droit et en fixe le régime procédural, autorisant l'administration à écarter comme ne lui étant pas opposables les actes constitutifs d'abus de droit. Elle en fixe également le régime en prévoyant la saisine du comité de l'abus de droit fiscal en cas de désaccord sur les rectifications notifiées. L'abus de droit emporte notamment l'application de majorations de 40 ou de 80% en vertu de l'article 1729 du code général des impôts.

Selon l'article L. 64 du Livre de procédure fiscale, dans sa rédaction antérieure à la loi du 31 décembre 2008 de finances rectificative pour 2008 :

« ne peuvent être opposés à l'administration des impôts a) les actes qui dissimulent la portée véritable d'un contrat ou d'une convention à l'aide de clauses : (...)

b) Ou qui déguisent soit une réalisation, soit un transfert de bénéfices ou de revenus ;

L'administration est en droit de restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse. En cas de désaccord sur les rectifications notifiées sur le fondement du présent article, le litige est soumis, à la demande du contribuable, à l'avis du comité consultatif pour la répression des abus de droit. L'administration peut également soumettre le litige à l'avis du comité dont les avis rendus feront l'objet d'un rapport annuel.

Si l'administration ne s'est pas conformée à l'avis du comité, elle doit apporter la preuve du bien-fondé de la rectification. »

Le Conseil d'État a été amené à se prononcer sur le caractère suffisamment clair et précis de la définition de l'abus de droit prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, lorsqu'il est assorti d'une sanction fiscale.

Il a ainsi jugé à au moins deux reprises⁹ que le régime de l'abus de droit tel que défini à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales et les pénalités de 40% prévues au b de l'article 1729 du code général des impôts en cas d'abus de droit ne présentaient aucune ambiguïté en ce qui concernait la définition des infractions qu'ils sanctionnaient.¹⁰

En conséquence, il a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité qui soutenaient que la rédaction de ces dispositions portait atteinte au principe de légalité de légalité des délits et des peines.

Ce raisonnement, retenu par le Conseil d'État lorsque l'abus de droit est sanctionné par une majoration fiscale, ne peut qu'être étendu aux circonstances dans lesquelles il est réprimé par le délit de fraude fiscale tel que défini par l'article 1741 du code général des impôts.

⁹Voir notamment CE 23 juin 2014, n°360708 et CE 28 décembre 2018, n°406709.

¹⁰CE 23 juin 2014, n°360708 cons 8.

En effet, le Conseil d'État avait pris soin de rappeler que « *la majoration prévue par le b) de l'article 1729 du code général des impôts constitu[ait] une sanction ayant le caractère d'une punition au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* ». Il lui a donc appliqué le même degré d'exigence de conformité au principe de légalité des délits et des peines qu'une sanction pénale, tel le délit de fraude fiscale.

La décision du 23 juin 2014 précitée² écarte l'argument qui tendait à exiger de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales qu'il précise les cas de fraude à la loi susceptibles d'être sanctionnés sur le fondement de l'abus de droit. Il n'est donc pas nécessaire que l'abus de droit anticipe les types de contournement aux dispositions fiscales qu'il a vocation à sanctionner pour être conforme au principe de légalité des délits et des peines. Cet exercice serait d'ailleurs impossible. Il suffit qu'il dégage des principes clairs d'identification des situations d'abus de droit qu'il sanctionne.

En second lieu, ces décisions rappellent que l'abus de droit, tel que défini à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, a fait l'objet d'une interprétation constante par le Conseil d'État depuis sa décision du 10 juin 1981 (n°19079). La décision fondatrice du 10 juin 1981 a eu pour effet d'étendre l'abus de droit, au-delà des situations mettant en jeu un acte fictif jusqu'alors seules sanctionnées, aux hypothèses de fraude à la loi.

Le Conseil d'État par un arrêt rendu le **27 septembre 2006¹¹** avait notamment eu l'occasion de préciser, que l'administration fiscale peut toujours écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable dès lors qu'il établit que ces actes ont un caractère fictif, et peut également se fonder sur le principe général du droit à la répression des abus de droit pour écarter les actes qui, **recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs**, n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles

Ainsi la décision précitée du 23 juin 2014³ précise :

« Que toutefois il résulte des dispositions de l'article L 64 du Livre des procédures fiscales telles qu'interprétées selon une jurisprudence constante par le Conseil d'État depuis sa décision n°19 079 du 10 juin 1981 que lorsque l'administration use des pouvoirs qu'elles lui confèrent dans des conditions telles que la charge de la preuve lui incombe, elle est fondée à écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable dès lors qu'elle établit que ces actes, même s'ils n'ont pas un caractère fictif, n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles ; que depuis sa décision n° 284565 du 28 février 2007, le Conseil d'État subordonne en outre la qualification d'abus de droit, s'agissant d'un acte n'ayant pas un caractère fictif, à la condition que l'acte en cause procède de la recherche du bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs; qu'au regard de cette interprétation résultant d'une jurisprudence constante, antérieure aux faits de l'espèce, l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, dans sa rédaction antérieure à la loi du 30 décembre 2008 de finances rectificative pour 2008, et le b de l'article 1729 du code général des impôts, en tant qu'il institue une majoration en cas d'abus de droit, ne présentent aucune ambiguïté en ce qui concerne la définition des infractions qu'ils sanctionnent ; »

¹¹Société Janfin, Section, 260050, 27 septembre 2006, A, M. Genevois, pdt., M. Andrieu, rapp., M. Olléon.

Hormis les cas de fictivité, deux conditions doivent donc être remplies pour caractériser l'abus de droit :

- le fait que les actes n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales de l'intéressé
- le fait que l'intéressé ait recherché le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs.

La loi de finances rectificative pour 2008 consacrera dans le texte de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales cette évolution jurisprudentielle, qui est demeurée inchangée depuis lors.¹²

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que lorsque l'abus de droit constitue le fondement d'une sanction, les termes de sa définition sont suffisamment clairs et précis, ses critères étant énoncés par la jurisprudence depuis 1981.

- **L'article 150-0 B du Code général des impôts (CGI) et sa combinaison avec l'article 1741 du CGI et l'article L 64 du LPF**

L'article 150-0-B du CGI établit un régime de sursis à imposition sur les plus-values réalisées par les échanges de titres en cas notamment d'apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés. Il n'a donc aucun caractère de sanction ni d'incrimination.

En vertu de l'article 150-0 B du code général des impôts, les dispositions de l'article 150 A du code général des impôts relatives à l'imposition des plus-values de cession, « [...] *ne sont pas applicables, au titre de l'année de l'échange des titres, aux plus-values réalisées dans le cadre d'une opération d'offre publique, de fusion, de scission, d'absorption d'un fonds commun de placement par une société d'investissement à capital variable, de conversion, de division, ou de regroupement, réalisée conformément à la réglementation en vigueur ou d'un apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés.* / [...] »

Cet article ne peut dès lors être assimilé à la définition de l'infraction, devant répondre aux principes à valeur constitutionnelle de clarté et de précision de la loi.

Néanmoins, l'abus de droit peut trouver à s'appliquer à n'importe quelle disposition fiscale, sans que cette dernière ne devienne pour autant une incrimination pénale ou une sanction fiscale.

Il convient dès lors de confronter la combinaison de cet article avec les articles L 64 du LPF et 1741 du CGI au principe constitutionnel de légalité des délits et des peines.

¹²L'article L. 64 du livre des procédures fiscales résultant de l'article 35 de la loi de finances rectificative pour 2008 et applicable au litige (propositions de rectification en décembre 2010) dispose :

« 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'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.

En cas de désaccord sur les rectifications notifiées sur le fondement du présent article, le litige est soumis, à la demande du contribuable, à l'avis du comité de l'abus de droit fiscal. L'administration peut également soumettre le litige à l'avis du comité.

Si l'administration ne s'est pas conformée à l'avis du comité, elle doit apporter la preuve du bien-fondé de la rectification.

Les avis rendus font l'objet d'un rapport annuel qui est rendu public ».

- **Les avis du CCRAD de 2004 et 2005**

Le tribunal relève que les avis du Comité Consultatif de Répression de l'Abus de Droit (CCRAD) et a fortiori des extraits de son rapport annuel ne constituent pas à une source de droit.

Le tribunal constate néanmoins que, contrairement à ce qui est soutenu en défense, dans le rapport annuel de 2005, est exprimée non pas une position de principe mais le résultat de l'examen au cas par cas des six affaires soumises au comité en matière de sursis d'imposition. Il résulte de l'examen des avis correspondant aux affaires citées dans le rapport figurant en annexe de ce dernier que le comité a émis l'avis que l'administration n'était pas fondée à mettre en œuvre la procédure prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales dans trois affaires (2004/35, 37 et 38) après avoir constaté que la société intercalaire avait réemployé, au 31 décembre 2002, la majeure partie des fonds résultant de la cession des titres en investissements à caractère professionnel. Dans une quatrième affaire (2004/36) le Comité émettait le même avis, après avoir constaté que la société n'avait pas réemployé, au 31 décembre 2002, la majeure partie des fonds résultant de la cession des titres en **investissements à caractère professionnel, mais après avoir relevé que cette limitation dans le réinvestissement à caractère professionnel pouvait être justifiée par des considérations de caractère familial et personnel indépendantes de la volonté du contribuable.**

Enfin, dans les deux dernières affaires (2004/ 63 et 64) correspondant manifestement à la même situation, il s'agissait d'un contexte spécifique (apport réalisé en 2000, année du changement de régime du report au sursis d'imposition, par une société ayant dans le cadre d'une opération précédente opté pour le report d'imposition et qui, à l'occasion de ce nouvel apport à une autre société, n'avait plus le choix de payer l'impôt ou d'en demander le report). Le CCRAD relevait :

« Le Comité relève que l'article 94 de la loi de finances pour 2000 a remplacé le régime du report d'imposition précédemment applicable sur option du contribuable par un mécanisme de sursis d'imposition automatique (article 150-0 B nouveau du code général des impôts).

Celui-ci ne laisse désormais aucun autre choix au contribuable qui souhaiterait être immédiatement imposé que de procéder à une cession directe des titres, l'opération d'échange étant en effet traitée comme une opération intercalaire ne donnant pas lieu à liquidation de l'impôt sur le revenu, la plus-value d'échange étant imposée ultérieurement, notamment lors de la cession des titres reçus en échange.

Il s'ensuit que le bénéfice de ce dispositif légal n'est pas, dans les circonstances de l'espèce, constitutif d'un abus de droit. »

Les faits de l'espèce relevaient d'une singularité qui ne permettait pas a priori d'en tirer de conclusion générale puisque les titres avaient bénéficié dans un premier temps du mécanisme de report d'imposition et n'ont été soumis au régime du sursis à imposition que durant deux jours.

Il ne découle aucunement de ces six avis, selon le tribunal, que le CCRAD considérait de façon générale que le sursis d'imposition attaché, depuis la loi de finances pour 2000, à l'apport de titres à une structure passible de l'impôt sur les sociétés, était exclusif de tout abus de droit à défaut de choix laissé au contribuable.

En tout état de cause ces avis, qui datent de 2004, sont antérieurs à la jurisprudence du Conseil d'État en matière d'abus de droit précisée à l'occasion des arrêts rendus le **27 septembre 2006** (Janfin n° 260050) et le 28 février 2007 (Persicot n° 284565).

A supposer que le CCRAD considérait en 2004, comme soutenu par les conseils des prévenus, *que le sursis d'imposition attaché, depuis la loi de finances pour 2000, à l'apport de titres à une structure passible de l'impôt sur les sociétés, était exclusif de tout abus de droit à défaut de choix laissé au contribuable*, cette position d'un comité consultatif, qui n'est pas source de droit, serait contraire à la jurisprudence établie du Conseil d'État en matière d'abus de droit à la date des faits.

Nonobstant les mentions du rapport annuel du CCRAD pour 2005 sur ce point et la position suivie par l'administration, aux termes de la loi et de son interprétation jurisprudentielle, il apparaît de façon claire et précise que **caractérise un abus de droit le fait de constituer une structure ad hoc artificielle, sans aucune substance propre ni existence ou justification autonome, dans le seul but de se placer dans une situation fiscale donnée.**¹³

C'est donc sans surprise au regard de sa jurisprudence établie que, dans une décision du 27 juillet 2012 (n° 327295, Berjot), concernant le régime de sursis d'imposition applicable depuis 2000, le Conseil d'État a jugé qu'en dépit du caractère automatique du sursis, un montage d'apport-cession peut aussi être considéré comme constitutif d'un abus de droit.

Ainsi la combinaison et l'interprétation par la jurisprudence des textes applicables définit les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour permettre au tribunal d'exercer son office et apprécier les faits qui lui sont soumis.

Dans ces conditions, le moyen tiré de l'atteinte au principe constitutionnel de légalité des délits et des peines doit être regardé comme non sérieux.

3.2 S'agissant de l'atteinte au principe de la présomption d'innocence

Le conseil de M. Arnaud DESCLEVES fait valoir que, en matière d'abus de droit, un renversement de la charge de la preuve est opéré, qui porte atteinte à la présomption d'innocence en ce que le contribuable, se voit contraint de démontrer que l'opération litigieuse avait une visée économique et non purement fiscale, alors même qu'en principe, il incombe à l'administration fiscale et au ministère public de rapporter la preuve de l'intention frauduleuse du contribuable.

L'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 consacre le principe de la présomption d'innocence en ces termes :

« Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il soit déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi. »

En application du principe de présomption d'innocence, il appartient au ministère public, devant les juridictions correctionnelles, d'apporter la preuve de la matérialité du délit et de l'intention délictuelle.

S'agissant du délit prévu à l'article 1741 du code général des impôts, il appartient notamment à l'accusation d'apporter la preuve du caractère intentionnel de la soustraction à l'établissement ou au paiement de l'impôt.

¹³Arrêt (CE SAGAL 18 mai 2005 req 267087) qui porte sur le même cas d'espèce que l'arrêt Pléiade (CE 18 févr. 2004, n° 247729, SA PLEIADE, RJF 2004, n° 510), et aboutit à la même solution.

Ce principe est réaffirmé par l'article L. 227 du livre des procédures fiscales : « *Au cas de poursuites pénales tendant à l'application des articles 1741 et 1743 du code général des impôts, le ministère public et l'administration doivent apporter la preuve du caractère intentionnel soit de la soustraction, soit de la tentative de se soustraire à l'établissement eu paiement des impôts mentionnés par ces articles* ».

A ce titre, comme le rappelle le BOFIP « *il est bien établi que les principes posés par le CGI en ce qui concerne la charge et l'objet de la preuve devant la juridiction compétente pour connaître des litiges relatifs à l'exigibilité ou à la quotité de l'impôt ne s'appliquent pas devant la juridiction pénale.*

La spécificité de la preuve pénale, déjà évoquée à propos de l'indépendance des procédures administrative et judiciaire, a été en effet abondamment illustrée par la jurisprudence de la Cour de cassation qui énonce régulièrement que l'existence des délits visés à l'article 1741 du CGI ne peut se déduire des seules évaluations que l'Administration a été amenée à faire selon ses procédures propres, mais doit résulter des constatations puisées par les magistrats dans les éléments soumis aux débats judiciaires contradictoires »¹⁴.

En matière d'abus de droit, la Cour de cassation a ainsi expressément rappelé que « *la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 64 précité, qui est de nature à modifier la charge de la preuve devant le juge de l'impôt, est sans incidence devant le juge répressif qui doit se déterminer par rapport aux règles de preuve qui lui sont propres* »¹⁵.

Ce principe a été rappelé par le législateur au moment de l'examen de la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière : « *La caractérisation des infractions pénales en matière fiscale est soumise au régime de la preuve pénale. Il en résulte notamment que le principe de liberté de la preuve s'applique entièrement aux éléments constitutifs de la fraude fiscale, y compris aux composantes fiscales de l'infraction. Il a été spécifiquement énoncé, s'agissant de l'abus de droit, que la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, qui modifie la charge de la preuve devant le juge de l'impôt, est sans incidence devant le juge répressif qui doit se déterminer par rapport aux règles de preuve qui lui sont propres* »¹⁶.

Il s'en déduit que la présomption tirée de l'article L. 64 n'est pas applicable devant le tribunal correctionnel, qui statue au regard des principes généraux applicables à la preuve en matière pénale.

La question posée est donc dépourvue de caractère sérieux.

Il n'y a dès lors pas lieu de renvoyer à la Cour de cassation en vue de leur transmission au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité n°s 1) et 2).

III-. Sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article L. 230 du livre des procédures fiscales

La question posée est la suivante : « *Les dispositions de l'article L. 230 du LPF (particulièrement son dernier alinéa), auquel renvoie le dernier alinéa de l'article 1741 du CGI, en ce qu'elles ne prévoient pas les modalités de dépôt ou de réception de l'acte de saisine de la commission des infractions fiscales par le contribuable, ne lui laissant ainsi aucune possibilité de contrôle*

¹⁴ BOFIP, BOI-CF-INF-40-10-10-20, n°490 s.

¹⁵ Cass. crim., 13 juin 1996, n° 95-83.386.

¹⁶ Sandrine Mazetier, Avis n°1125 de la commission des finances de l'Assemblée nationale sur le projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

procédural, et alors même que cette saisine suspend de plein droit la prescription de l'action publique, sont-elles contraires au principe du contradictoire et aux dispositions de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ? ».

La question porte notamment sur l'article L. 230 du livre des procédures fiscales qui n'a pas déjà été déclaré conforme à la Constitution. En cela, la question posée est nouvelle.

L'article L. 230 du livre des procédures fiscales suspend la prescription de l'action publique pendant une durée maximum de six mois entre la date de saisine de la commission des infractions fiscales et la date à laquelle cette commission émet son avis.

Il est soulevé que l'article L 230 du Livre des procédures fiscales prévoit que le délai de prescription est suspendu pour une durée maximale de six mois entre la saisine de la CIF et l'avis de cette dernière **et ce, sans que le contribuable ne se soit vu communiquer l'acte de saisine. Il en résulte que ce dernier n'est pas en mesure de vérifier la date de cet avis et ce d'autant que le texte ne prévoit pas de délai dans lequel le contribuable devra être informé de la saisine intervenue. Les droits de la défense seraient, selon le conseil de M. DESCLEVES, nécessairement méconnus.**

L'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et des citoyens de 1789 dispose que « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.* »

Les droits de la défense que le Conseil constitutionnel, qualifiait de principe fondamental reconnu par les lois de la République depuis sa décision 76-70 DC, sont rattachés depuis 2006 à la garantie de l'article 16.

Ces droits de la défense impliquent « *notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable, garantissant l'équilibre des droits des parties* » (89-260 DC).

Ils sont repris dans l'article préliminaire du code de procédure pénale qui dispose que « la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties ».

Les droits de la défense ont également pour corollaire, devant le juge de l'impôt, le respect du principe du contradictoire (89-268 DC).

Ce principe n'est toutefois pas absolu et doit parfois se confronter à d'autres exigences constitutionnelles, comme l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude fiscale (2010-19/27 QPC).

Le régime de saisine de la commission des infractions fiscales est déterminé par les articles R. 228-1 à R. 228-6 du livre des procédures fiscales, notamment :

- Article R. 228-1 LPF : « *I.-Pour l'application du premier alinéa du II de l'article L. 228, la commission des infractions fiscales est saisie par le ministre chargé du budget ou, sur délégation, par le directeur général, le directeur général adjoint ainsi que les chefs de service, les sous-directeurs, les chefs de bureau de l'administration centrale ou les directeurs ou directeurs adjoints des directions nationales ou spécialisées de contrôle fiscal de la direction générale des finances publiques désignés par arrêté du ministre chargé du budget. Le changement de ministre ne met pas fin à cette délégation, sauf si le ministre en décide autrement par arrêté publié au Journal officiel de la République française.*

II.-Pour l'application du dernier alinéa du II de l'article L. 228, la commission des infractions fiscales est saisie par le directeur général, le directeur général adjoint ou les chefs de service de l'administration centrale de la direction générale des finances publiques désignés par arrêté du ministre chargé du budget.

III.-L'autorité qui saisit la commission en application des I ou II lui adresse le dossier de l'affaire accompagné de ses propositions. »

- Article R. 228-2 LPF : « *Lorsque la commission est saisie, le secrétariat en informe le contribuable par lettre recommandée avec avis de réception. Il lui communique l'essentiel des griefs qui motivent cette saisine et l'invite en même temps à faire parvenir à la commission, dans un délai de trente jours, les informations qu'il estimerait nécessaires.* »
- Article R. 228-6 LPF : « *Le contribuable est informé de l'avis de la commission par le secrétariat si cet avis est défavorable à l'engagement de poursuites ou, dans le cas contraire, par l'administration lors du dépôt de la plainte.* »

Il convient de rappeler que la CIF est un simple organe administratif qui émet un avis préalable aux poursuites pénales. Ainsi, le caractère non contradictoire de la procédure devant la CIF et l'impossibilité pour le contribuable d'avoir accès à certains documents de la procédure devant la commission ont été jugés conformes au droit à un procès équitable (CEDH, 26 septembre 1996, Mialhe c. France). La Cour rappelle notamment à ce titre que l'avis de la CIF ne constitue que « *l'intervention préalable d'un organe consultatif* », complété par une information judiciaire.

La date de saisine de la commission figure nécessairement dans les pièces de la procédure d'information judiciaire. En l'espèce, l'avis favorable de la commission (D39/11 pour M. DESCLEVES) est signé par la présidente suppléante de la CIF et mentionne la date de saisine (21 décembre 2011), ainsi que la date de l'avis (21 juin 2012), permettant aux parties de contrôler le respect du délai de suspension de la prescription. L'avis mentionne que Arnaud DESCLEVES a reçu une lettre avec AR l'avisant de la saisine de la CIF le 11 avril 2012.

En outre la Cour de cassation rappelle que l'avis de la CIF constitue un document administratif auquel s'attache une présomption d'authenticité¹⁷. En effet, la nature même de la composition de la commission permet de présumer la véracité des éléments contenus dans son avis, s'agissant d'une commission administrative indépendante composée en 2007 de douze conseillers d'État et douze conseillers-maîtres de la Cour des comptes. La qualité du signataire, conseiller d'État ou conseiller-maître à la Cour des comptes, emporte pour conséquence que ce document fait foi, sauf à ce que son auteur ne réalise un faux en écriture publique.

Le tribunal relève que Arnaud DESCLEVES, qui tente par le moyen de cette question prioritaire de constitutionnalité, de laisser entendre que la mention de la date de saisine figurant sur l'avis de la CIF pourrait ne pas être exacte, n'a néanmoins saisi la chambre de l'instruction d'aucune difficulté afférente aux règles de prescription résultant de la saisine de la CIF.

La question posée se trouve donc dépourvue de caractère sérieux.

Il n'y a dès lors pas lieu de renvoyer à la Cour de cassation en vue de sa transmission au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité n°3.

¹⁷ Cass. crim. 26 septembre 1996, n°95-84.767.

CHAPITRE 2 - LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES

I- Les questions posées en matière de cumul des poursuites pénales et fiscales

Par conclusions régulièrement déposées et soutenues oralement avant tout débat au fond, Maître Florent LOYSEAU DE GRANDMAISON, avocat de M. Arnaud DESCLEVES a demandé au tribunal correctionnel de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne les questions suivantes :

« Les dispositions combinées des articles 150-0 B, 1729 et 1741 du code général des impôts qui prévoient et définissent les circonstances dans lesquelles les dissimulations déclaratives en matière de sursis d'imposition à l'occasion d'une opération d'apport-cession peuvent faire l'objet d'un cumul de poursuites et de sanctions de nature pénale, sont-elles conformes à l'exigence de clarté et de prévisibilité à travers les règles du droit français présentées ci-avant » ?

L'exigence de nécessité et de proportionnalité du cumul de telles sanctions est-elle satisfaite par les règles nationales telles que celles présentées ci-avant ».

Par conclusions régulièrement déposées et soutenues oralement avant tout débat au fond, Maîtres Eric DEZEUZE et Sébastien PRAT, avocats de M. Ernest-Antoine SEILLIERE DE LABORDE ont demandé au tribunal correctionnel de renvoyer à ladite Cour les questions suivantes :

« L'exigence de clarté et de prévisibilité des circonstances dans lesquelles les dissimulations déclaratives en matière de sursis d'imposition à l'occasion d'une opération d'apport-cession, régime prévu par l'article 150-0 B du code général des impôts, peuvent faire l'objet d'un cumul de poursuites et de sanctions de nature pénale est-elle remplie par des règles nationales telles que celles décrites ci-après ?

L'exigence de nécessité et de proportionnalité du cumul de telles sanctions est-elle remplie par des règles nationales telles que celles décrites ci-après ? ».

Les conseils des prévenus demandent au tribunal de surseoir à statuer jusqu'à la décision de la Cour de justice de l'Union européenne.

Il y a lieu de relever que, comme le soulignent les conseils des parties, la chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis par deux arrêts du 21 octobre 2020 deux questions préjudicielles rédigées dans les mêmes termes¹⁸ devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) saisie en matière de TVA (Crim, 21 octobre 2020, 19-81.929).

II- Les textes et principes applicables

En application de l'article 267 TFUE, « la Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel :

a) sur l'interprétation des traités,

181°/ L'exigence de clarté et de prévisibilité des circonstances dans lesquelles les dissimulations déclaratives en matière de TVA due peuvent faire l'objet d'un cumul de poursuites et de sanctions de nature pénale est-elle remplie par des règles nationales telles que celles précédemment décrites ? 2°/ L'exigence de nécessité et de proportionnalité du cumul de telles sanctions est-elle remplie par des règles nationales telles que celles précédemment décrites ?

b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.

Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. »

Il convient de relever que si les deux questions préjudicielles transmises à la CJUE en matière de TVA par la Cour de cassation par arrêts du 21 octobre 2020 sont pendantes devant la CJUE :

- ces questions ne concernent pas l'impôt sur le revenu, seul impôt en cause dans la présente procédure, mais la TVA,
- si la CJUE est compétente pour fournir à la juridiction nationale tous les éléments d'interprétation relevant du droit de l'Union qui permettent à celle-ci d'apprécier la compatibilité de normes de droit interne avec la réglementation de l'Union, il n'incombe pas à cette dernière de se prononcer sur la compatibilité de normes de droit interne avec les dispositions du droit de l'Union,
- lorsque la question soulevée est pendante devant la CJUE, seules les juridictions nationales rendant en cette matière une décision non susceptible de recours juridictionnel en droit interne sont tenues de saisir la CJUE. Cette saisine demeure une faculté pour les autres juridictions.

Il appartient aux seules juridictions nationales d'apprécier, au regard des particularités de chaque affaire, tant la nécessité d'une réponse à une question préjudicielle pour être en mesure de rendre leur jugement, que la pertinence des questions qu'elles posent à la Cour¹⁹. Ainsi, l'appréciation de l'opportunité du renvoi d'une question préjudicielle relève du seul juge national²⁰.

En l'espèce, les questions préjudicielles posées contestent la conformité au droit communautaire de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la chambre criminelle de la Cour de cassation en matière de de cumul des poursuites pénales et fiscales.

Elles fondent leur argumentation sur l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (la Charte) aux termes duquel « *Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi* ».

Il convient d'apprécier si le litige soumis au tribunal entre dans le champ d'application de la Charte, tel que défini par son article 51 :

« 1. Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils res-

¹⁹ CJUE, 5 décembre 2000, C-448/98.

²⁰ CJUE, 12 avril 2005, C145/03.

pectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités. (...) »

La Cour de justice de l'Union européenne a ainsi été amenée à définir la notion de « *mise en œuvre de droit de l'Union* » telle que prévue à l'article 51 de la Charte.

Elle s'est déclarée manifestement incompétente pour répondre aux demandes de décisions préjudicielles concernant l'interprétation de dispositions de la Charte lorsque la décision de renvoi ne contient aucun élément concret permettant de considérer que la décision nationale en cause **constituerait une mesure de mise en œuvre du droit de l'Union** ou qu'elle présenterait **d'autres éléments de rattachement à ce dernier**²¹.

III-. L'imposition sur le revenu (articles 1729 et 1741 du code général des impôts) n'entre pas dans le champ d'application du droit de l'Union

Si la Cour de justice a, dans son arrêt du 26 février 2013 (Akerberg Fransson, C-617/10), expressément jugé que l'article 50 de la Charte trouve à s'appliquer lorsqu'un État membre met en œuvre une réglementation destinée à lutter contre la fraude à la TVA en ce que l'article 325 TFUE oblige les États membres à lutter contre les activités illicites portant atteintes aux intérêts financiers de l'Union (point 26), **tel n'est pas le cas en matière d'impositions directes qui ne constituent pas une ressource propre de l'Union**.

Dans une décision ultérieure²², elle s'est ainsi déclarée manifestement incompétente pour répondre à une question préjudicielle posée par le tribunal ordinaire de Turin qui s'interrogeait sur la compatibilité avec l'article 50 de la Charte du cumul d'une procédure pénale et de sanctions administratives en matière d'impôt sur le revenu.

Dans sa décision, la Cour de justice souligne que contrairement aux circonstances ayant donné lieu à l'arrêt Akerberg Fransson précité, la réglementation nationale en cause au principal concernait l'absence de versement de retenues à la source relatives à l'impôt sur le revenu et non à des manquements à des obligations en matière de TVA (points 28 à 30).

Procédant d'un même raisonnement, la chambre criminelle de la Cour de cassation a refusé de surseoir à statuer jusqu'à la décision de la CJUE saisie de la question préjudicielle pendante relative au cumul de poursuites pénales et fiscales « **dès lors que l'imposition sur le revenu n'entre pas dans le champ d'application du droit de l'Union** »²³.

Or, dans la présente affaire, le fondement de l'incrimination de fraude fiscale réside dans le défaut de déclaration de sommes au titre de l'impôt sur le revenu, impôt n'entrant pas dans le champ d'application du droit de l'Union.

IV-. L'article 150-0 B du Code général des impôts n'entre pas dans le champ d'application du droit de l'Union

21 CJUE, ord. 12 novembre 2010, C-339/10.

22 CJUE, ord. 15 avril 2015, C-497/14.

23 Cass. crim. 8 avril 2021, n°19-87.905.

Les faits reprochés aux prévenus revêtent en l'espèce un caractère purement interne, mettant en cause des ressortissants de nationalité française sans aucun flux identifié avec un autre pays de l'Union européenne au titre de l'opération qualifiée d'abus de droit.

L'absence d'éléments d'extranéité n'écarte pas nécessairement la compétence de la CJUE. Il faut examiner si l'objet du litige permet d'établir un rattachement au droit de l'Union en recherchant si les sanctions fiscales et poursuites pénales pour fraude fiscale en raison de dissimulations déclaratives en matière d'impôt sur le revenu **constituent, comme soutenu en défense, une mise en œuvre** de l'article 8 de la directive 90/434/CEE, et donc du droit de l'Union au sens de l'article 51 de la Charte.

En l'espèce, la réglementation nationale concernée est l'**article 150-0-B** du Code général des impôts et le texte de droit de l'Union mentionné dans la question préjudicielle est l'**article 8 de la directive du Conseil 90/434/CEE** du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents.

Le requérant indique que si l'article 8 de la directive 90/434/CEE est applicable dans les opérations transnationales et non dans les opérations internes, toutefois, le législateur français **n'a pas entendu traiter différemment** les contribuables entrant dans le champ de la Directive et les autres contribuables et a pris le parti de ne créer **qu'un seul dispositif** pour différer l'imposition en la matière, codifié tout d'abord à l'article 92 B du Code général des impôts, puis intégré à l'article 150-0 B plusieurs fois modifié du même code. Il en conclut que cet article **transpose** l'article 8 de la directive précitée²⁴.

La CJUE a ainsi déjà reconnu sa compétence concernant l'interprétation de l'article 92 du CGI à la lumière de la directive 90/434/CEE²⁵ : *« dès lors que la législation nationale en cause au principal*

²⁴Pour en arriver à une telle conclusion, le requérant mentionne :

- la position du rapporteur public dans l'arrêt Min. c. B. du Conseil d'État (19 juillet 2016, n° 360352) qui indique que les dispositions de l'article 8 de la directive 90/434/CEE *« (...) ont été transposées en droit interne par l'article 24 de la loi 91-716 du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, qui a inséré à l'article 92 B du CGI un II (...) »* ;
- une décision de la CJCE à **propos de cette même directive** dans le cas d'une fusion survenue aux Pays-Bas : *« est compétente, au titre de l'article 177 (59) du traité [devenu l'article 267 TFUE], pour interpréter le droit communautaire lorsque celui-ci ne régit pas directement la situation en cause, mais que le législateur national a décidé, lors de la transposition en droit national des dispositions d'une directive, d'appliquer le même traitement aux situations purement internes et à celles régies par la directive, en sorte qu'il a aligné sa législation interne sur le droit communautaire. »*
- une décision récente de la CJUE à propos de cette même directive (CJUE, 18 septembre 2019, C-662/18, AQ et DN.) : *« Il convient de rappeler que la Cour a déjà déclaré comme étant recevables des demandes de décision préjudicielle dans des cas où, même si les faits au principal ne relevaient pas directement du champ d'application du droit de l'Union, les dispositions de ce droit avaient été rendues applicables par la législation nationale, laquelle s'était conformée, pour les solutions apportées à des situations dont tous les éléments se cantonnaient à l'intérieur d'un seul État membre, à celles retenues par le droit de l'Union (arrêt du 22 mars 2018, Jacob et Lassus, C-327/16 et C-421/16, EU:C:2018:210, point 33 ainsi que jurisprudence citée). [...] En l'occurrence, en premier lieu, il convient de relever que les questions préjudicielles portent sur l'interprétation des dispositions du droit de l'Union. En second lieu, il découle du dossier dont dispose la Cour que la législation nationale applicable dans les affaires au principal, adoptée pour mettre en œuvre la directive 90/434, remplacée par la directive 2009/133, se conforme, pour les solutions, apportées à des situations telles que celles en cause dans ces affaires, à celles retenues par ces directives. Dès lors, il y a lieu de constater que les demandes de décision préjudicielle sont recevables. »*

²⁵ CJUE, 22 mars 2018, C-327/16, Jacob.

[en l'espèce l'article 92 B du CGI] se conforme, pour les solutions apportées à des situations où l'opération d'échange de titres est purement interne, à celles retenues par la directive fusions, il convient de constater que les questions posées par la juridiction de renvoi dans l'affaire C327/16 sont recevables.»²⁶

Il appartient dès lors de rechercher si la directive 90/343/CEE impose une obligation spécifique de lutte contre la fraude fiscale en matière d'impôt sur le revenu imposée par le droit de l'Union aux États membres.

Concernant les obligations découlant de la directive 90/343/CEE, l'article 8 impose un **principe de neutralité fiscale**, tout en laissant une certaine marge de manœuvre aux États membres concernant les mesures fiscales appropriées à mettre en œuvre pour assurer cette neutralité fiscale²⁷.

Selon la CJUE, la directive 90/434/CEE vise à « *éliminer [l]es obstacles fiscaux aux restructurations transfrontalières d'entreprise, d'une part, en assurant que des éventuelles*

26 Conclusions de l'avocat général présentées le 15 novembre 2017, affaires jointes C-327/16 et C-421/16 :

« Il ressort de la demande de décision préjudicielle dans l'affaire Jacob (C327/16) que les faits à l'origine du litige au principal concernaient des opérations d'échange d'actions impliquant des sociétés établies **dans un seul et même État membre**, ce qui les excluait, a priori, du champ de la directive 90/434 et constituait donc **une situation purement interne**. [...] À la suite d'une demande d'information de la Cour du 21 juillet 2016 adressée au Conseil d'État, le président de la troisième chambre du Conseil d'État a confirmé, par lettre du

1^{er} août 2016, que « les dispositions, en litige, des articles 92 B et 160 du CGI, **prises pour la transposition de la directive [90/434]**, sont applicables dans les mêmes conditions aux opérations d'échange d'actions qu'elles aient lieu entre des sociétés françaises, entre des sociétés d'États membres différents ou d'États tiers, dès lors que [...] le contribuable détenteur des actions a son domicile fiscal en France à la date de l'échange ».

[...] En application de cette jurisprudence, la Cour s'est, à maintes reprises, déclarée **compétente** pour statuer sur les demandes préjudicielles portant sur des dispositions du droit de l'Union dans des situations **dans lesquelles les faits au principal se situaient en dehors du champ d'application direct** du droit de l'Union, **mais dans lesquelles lesdites dispositions avaient été rendues applicables par la législation nationale, laquelle se conformait, pour les solutions apportées à des situations purement internes, à celles retenues par le droit de l'Union**.

En effet, dans de tels cas, il existe un intérêt certain de l'Union à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, les dispositions ou les notions reprises du droit de l'Union reçoivent une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont appelées à s'appliquer.

S'agissant de la demande de décision préjudicielle dans l'affaire Jacob (C327/16) comme il ressort de la réponse du Conseil d'État du 1^{er} août 2016 que le législateur français a décidé d'appliquer un traitement identique aux situations internes et aux situations régies à l'article 8 de la directive 90/434, force est de constater que la Cour est compétente pour répondre aux questions posées, portant sur cet article. »

27 CJUE, 22 mars 2018, C-327/16, Jacob, §47 et suivants :

« Par cet **impératif de neutralité fiscale** à l'égard d'un tel associé, la directive vise, ainsi qu'il ressort de ses premier et quatrième considérants, à garantir qu'un échange de titres intéressant des sociétés d'États membres différents **ne soit pas entravé par des restrictions, des désavantages ou des distorsions particuliers découlant des dispositions fiscales des États membres**.

Toutefois, il y a lieu de rappeler que la directive fusions vise, selon son quatrième considérant, à **sauvegarder les intérêts financiers de l'État de la société apporteuse ou acquise**. Or, parmi ces intérêts financiers figure la compétence d'imposer la plus-value afférente aux titres existant avant l'opération d'échange de titres. [...]

La direction fusions n'harmonise pas les critères de répartition de la compétence fiscale entre les États membres. Elle ne régleme donc pas l'attribution du pouvoir d'imposition d'une telle plus-value.

En l'absence d'harmonisation à l'échelle de l'Union, les États membres demeurent compétents pour définir, par voie conventionnelle ou unilatérale, dans le respect du droit de l'Union, les critères de répartition de leur compétence fiscale, en vue d'éliminer les doubles impositions. **En l'occurrence, la juridiction de renvoi considère que les plus-values issues des opérations d'échange de titres concernées relèvent, en vertu du droit national et du droit conventionnel, de la compétence fiscale de la République française».**

augmentations de valeur de parts sociales ne soient pas taxées avant leur réalisation effective, et d'autre part, en évitant que des opérations impliquant des plus-values très importantes réalisées lors d'un échange de parts sociales soient soustraites à l'impôt simplement parce qu'elles s'inscrivent dans le cadre d'une restructuration »²⁸.

Le neuvième considérant de la directive 90/434/CEE dispose : *«considérant qu'il convient de prévoir la faculté pour les États membres de refuser le bénéfice de l'application de la présente directive lorsque l'opération de fusion, de scission, d'apport d'actifs ou d'échange d'actions a pour objectif la fraude ou l'évasion fiscales ou a pour effet qu'une société, que celle-ci participe ou non à l'opération, ne remplit plus les conditions requises pour la représentation des travailleurs dans les organes de la société».*

La formulation du considérant ne prévoit pas d'obligation de lutter contre la fraude fiscale dans ce domaine mais seulement une **faculté pour les Etats membres de refuser l'application de la directive 90/434/CEE.**

A l'inverse, en matière de TVA, le droit de l'Union prévoit que chaque État-membre a *« l'obligation de prendre toutes les mesures législatives et administratives propres à garantir la perception de l'intégralité de la TVA due sur son territoire et à lutter contre la fraude »²⁹.*

Il apparaît donc que l'obligation inhérente à la directive 90/434/CEE et à son article 8 est bien d'assurer une neutralité fiscale dans les opérations de fusion et d'échange, et non pas de lutter contre la fraude fiscale par des sanctions administratives ou pénales.

En conclusion, si l'absence d'extranéité du litige n'écarte pas par principe la compétence de la CJUE, les dispositions combinées des articles 150-0 B, 1729 et 1741 du code général des impôts ne comportent pas de rattachement au droit de l'Union, en ce que ce dernier n'impose pas d'obligations spécifiques aux Etats membres de réprimer la fraude fiscale en matière d'impôt sur le revenu dans les opérations de fusion, au nom du droit de l'Union, à la différence de ce que le droit européen impose en matière de TVA.

Il s'en déduit que la Charte des droits fondamentaux n'est manifestement pas applicable à cette situation, ce que la Cour de justice de l'Union européenne ne pourrait qu'être amenée à constater.

Il est dans ces conditions inopportun de transmettre ces questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne.

28 CJUE, 5 juillet 2007, C-321/05, Kofoed.

29 En matière de TVA, il découle, « d'une part, des articles 2, 250 paragraphe 1 et 273 de la directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 [...], qui reprennent notamment les dispositions de l'article 2 de la sixième directive et de l'article 22, paragraphes 4 et 8 de la même directive [...] et d'autre part, de l'article 4, paragraphe 3 TUE que chaque Etat membre a **l'obligation de prendre toutes les mesures législatives et administratives propres à garantir la perception de l'intégralité de la TVA due sur son territoire et à lutter contre la fraude** » (CJUE, 26 février 2013, C-617/10, Akerberg Fransson).

PARTIE II – L'ÉLÉMENT LÉGAL

CHAPITRE I - A TITRE PREALABLE, SUR LES MOYENS DE DÉFENSE TIRÉS DE L'APPLICATION DE LA RÈGLE *NE BIS IN IDEM*

Après les avoir présentés (I), pour répondre à ces moyens de défense qui dénie à la juridiction en application de la règle *ne bis in idem* le droit de poursuivre et de condamner, le tribunal appréciera les critères dégagés en droit interne autorisant le cumul de poursuites pénales et fiscales (II) avant d'examiner ce système à l'aune du droit de l'Union européenne et de la CEDH (III).

I-. Les moyens de défense tirés de l'application de la règle *ne bis in idem*

1. La contestation de la possibilité de poursuivre pénalement en raison de la violation de la règle *ne bis in idem* en droit de l'Union européenne et de la Convention EDH

A l'appui des questions préjudicielles posées par les conseils de messieurs SEILLIERE et DESCLEVES, certains conseils des prévenus, dans leurs écritures, ont soutenu que, en application de la règle *ne bis in idem*, articulée tant par le droit de l'Union européenne que par celui de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention EDH), les intéressés ne peuvent plus faire l'objet de poursuite pénale en raison des faits pour lesquels ils ont subi la répression fiscale.

Ainsi, à titre principal, au soutien de ses conclusions de relaxe, le conseil de Monsieur Ernest-Antoine SEILLIERE sollicite de voir constater que la double poursuite dont ce dernier fait l'objet viole les impératifs édictés par l'article 50 de la Charte fondamentale des droits de l'Union européenne et par l'article 4 du protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il est soutenu notamment par ce dernier que le régime français de limitation du cumul des peines serait contraire au droit de l'Union européenne et à la CEDH en ce qu'il n'exclut jamais en matière de fraude fiscale l'infliction d'une peine privative de liberté, qu'elle qu'ait été la sévérité de la sanction pécuniaire fiscale imposée par l'administration lorsqu'elle soumet le contribuable aux majorations de l'article 1729 du Code général des impôts.

Par arrêt rendu le 20 mars 2018 dans une affaire Menci, la Cour de justice a exposé les conditions et limites de ce cumul. Elle a considéré que la réglementation italienne prévoit des conditions propres à assurer que les autorités compétentes limitent la sévérité de l'ensemble des sanctions imposées à ce qui est strictement nécessaire par rapport à la gravité de l'infraction commise. Elle a ainsi relevé que cette réglementation, d'une part, limite les poursuites pénales aux infractions **présentant une certaine gravité, à savoir celles portant sur un montant de TVA impayée supérieur à 50 000 euros, pour lesquelles le législateur national a prévu une peine d'emprisonnement**, d'autre part, **fait définitivement obstacle à l'exécution des sanctions administratives de nature pénale après la condamnation pénale de la personne concernée.**

En revanche, dans une décision du même jour (**arrêt du 20 mars 2018, *Garlsson Real Estate e.a.*, C-537/16**), la Cour de justice a considéré que la réglementation italienne en matière de manipulations de marché ne garantit pas que la sévérité de l'ensemble des sanctions imposées soit limitée à ce qui est strictement nécessaire par rapport à la gravité de l'infraction concernée. Elle a ainsi relevé que cette réglementation se borne à prévoir que, lorsque, pour les mêmes faits, une amende pénale et une sanction administrative pécuniaire de nature pénale ont été infligées, le

recouvrement de la première est limité à la partie excédant le montant de la seconde et vise uniquement le cumul de peines pécuniaires et non le cumul d'une sanction administrative pécuniaire de nature pénale et d'une peine d'emprisonnement (point 60).

Cette carence qui se retrouve, selon les conseils de la défense dans le système français aurait conduit la chambre criminelle de la Cour de cassation, doutant de la compatibilité du droit français avec la règle *ne bis in idem* telle qu'appréhendée par le droit de l'Union européenne, à saisir par un arrêt du 21 octobre 2020³⁰ la Cour de justice d'une question préjudicielle sur ce sujet.

2. La contestation de la possibilité de condamner pénalement en raison de l'application du principe *ne bis in idem* en droit interne

Monsieur Arnaud **DESCLEVES** invoque aussi à titre principal la règle *ne bis in idem* mais sous l'angle, en droit interne, de **la nécessaire prise en compte des réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel en matière de cumul de sanctions fiscales et pénales dans sa décision du 24 juin 2016 n°2016-546 QPC.**

En se fondant sur la première réserve qui implique qu'une sanction pénale pour fraude fiscale ne peut être appliquée pour un contribuable qui a été définitivement jugé non-redevable de l'impôt, il fait valoir qu' **une procédure administrative est encore en cours** en ce qui le concerne. Il demande dès lors au tribunal de le relaxer.

Sur le fondement de la deuxième réserve d'interprétation qui impose que les sanctions pénales ne s'appliquent qu'aux cas les plus graves de dissimulation frauduleuse de sommes soumises à l'impôt, les conseils de Monsieur Arnaud **DESCLEVES**, comme ceux de Monsieur Jean-Bernard **LAFONTA** et d'autres prévenus font valoir au soutien de conclusions de relaxe que ce critère de gravité n'est pas caractérisé en ce qui les concerne.

II. Les critères dégagés en droit interne autorisant le cumul de poursuites pénales et fiscales

1. Les conditions du cumul de poursuites et sanctions

L'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que : *« la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée »*.

Il ressort de cet article, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel, notamment dans sa décision n°2016-546 QPC en date du 24 juin 2016 que, le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature administrative ou pénale en application de corps de règles distincts.

Par quatre décisions, le Conseil constitutionnel a en effet déclaré conforme aux principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines le cumul des poursuites et sanctions

30 Pourvoi n° 19-81.929.

pénales et fiscales en cas de dissimulation de sommes sujettes à l'impôt, comme en cas d'omission de déclaration³¹.

Le Conseil constitutionnel a considéré que les procédures pénale et fiscale étaient complémentaires, énonçant :

*« [...] les dispositions de l'article 1729 comme les dispositions contestées de l'article 1741 permettent d'assurer ensemble la protection des intérêts financiers de l'État ainsi que l'égalité devant l'impôt, en poursuivant des finalités communes, à la fois dissuasive et répressive. Le recouvrement de la nécessaire contribution publique et l'objectif de lutte contre la fraude fiscale justifient l'engagement de procédures complémentaires **dans les cas de fraudes les plus graves**. Aux contrôles à l'issue desquels l'administration fiscale applique des sanctions pécuniaires peuvent ainsi s'ajouter des poursuites pénales dans des conditions et selon des procédures organisées par la loi. »*

Cependant, le Conseil constitutionnel a émis trois réserves d'interprétation limitant ce cumul :

- 1) un contribuable qui a été déchargé de l'impôt par une décision juridictionnelle devenue définitive pour un motif de fond ne peut pas être condamné pénalement pour fraude fiscale (première réserve) ;
- 2) l'article 1741 du code général des impôts qui sanctionne la fraude fiscale ne s'applique qu'aux cas les plus graves de dissimulation frauduleuse de sommes soumises à l'impôt, ou d'omissions déclaratives, cette gravité pouvant résulter du montant des droits fraudés, de la nature des agissements de la personne poursuivie ou des circonstances de leur intervention (deuxième réserve) ;
- 3) si l'éventualité que deux procédures soient engagées peut conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues (troisième réserve).

La chambre criminelle de la Cour de cassation a été amenée à expliciter ces réserves d'interprétation.

S'agissant de la deuxième réserve, elle a ainsi retenu comme éléments susceptibles de caractériser le critère de gravité propre à autoriser le cumul de sanctions :

- En matière de déclaration de sommes sujettes à l'impôt sur le revenu : la réitération de faits d'omission déclarative sur une longue période en dépit de plusieurs mises en demeure, la qualité d'élu de la République de l'un des deux prévenus.
- En matière de dissimulations de sommes sujettes à l'impôt sur le revenu et à l'impôt de solidarité sur la fortune : le recours à des intermédiaires établis à l'étranger, le montant des droits éludés (235 580 euros). La Cour a refusé en revanche de prendre en considération l'absence de justification de l'origine des fonds non déclarés et le comportement du prévenu postérieurement à la fraude.

³¹Décisions n° 2016-545 QPC du 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC du 24 juin 2016, n° 2016-556 QPC du 22 juillet 2016 et n° 2018-745 QPC du 23 novembre 2018.

- En matière de dissimulation de sommes sujettes à l'impôt sur le revenu : l'existence de manœuvres de dissimulation des sommes sujettes à l'impôt et le montant des droits éludés (276 562 euros).

S'agissant de la troisième réserve relative au critère de proportionnalité du cumul des sanctions pénales et fiscales, la Cour de cassation en a précisé les modalités d'application en énonçant que *« lorsque le prévenu justifie avoir fait l'objet, à titre personnel, d'une sanction fiscale définitivement prononcée pour les mêmes faits, le juge pénal n'est tenu de veiller au respect de l'exigence de proportionnalité que s'il prononce une peine de même nature »*³².

Il en résulte, selon la Cour de cassation, que le principe de proportionnalité n'est pas méconnu lorsque les juges condamnent un prévenu, à l'encontre duquel des pénalités fiscales définitives ont été prononcées, à une peine d'emprisonnement avec sursis dès lors qu'aucune amende pénale ne lui a été infligée (arrêts précités).

2. Sur la situation de Monsieur Arnaud DESCLEVES au regard de la 1ère réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel

Il suffit à ce stade de relever qu'aucune décision administrative définitive n'est intervenue à ce jour à l'égard de Monsieur Arnaud DESCLEVES. Il n'entre donc pas dans la situation de cumul de sanctions pénales et fiscales.

Il n'a a fortiori pas été déchargé de l'impôt par une décision juridictionnelle devenue définitive pour un motif de fond. Il n'entre donc pas dans les prévisions de la première réserve qui feraient obstacle aux poursuites et à sa condamnation pénales.

Il n'existe pas non plus en ce qui le concerne de décision non définitive le déchargeant de l'impôt pour un motif de fond. Il appartiendra, le cas échéant au tribunal, s'il envisageait d'entrer en voie de condamnation et constatait un risque sérieux de contrariété de décisions entre les décisions administrative et judiciaire d'envisager de surseoir à statuer dans l'attente du résultat définitif de la procédure pendante devant le juge de l'impôt tendant à une décharge de l'imposition pour un motif de fond.

3. S'agissant de l'application du critère de gravité

S'agissant de l'application du critère de gravité limitant le prononcé de sanctions pénales - donc la possibilité de poursuites fiscales et pénales - aux cas les plus graves de dissimulation frauduleuse de sommes soumises à l'impôt, il y a lieu de constater que, aux termes de l'ordonnance de renvoi (p.10), **le montant cumulé des dissimulations s'élève à plus de 315 millions d'euros dont 116 millions concernant Jean-Bernard LAFONTA**. Les droits éludés visés pénalement par les différentes plaintes de l'administration fiscale s'élèvent à **un total cumulé de 110 millions d'euros**, allant de 488 000€ pour Jean-Michel MANGEOT à **plus de 3,5 millions d'euros pour Arnaud DESCLEVES**, près de **29,5 millions d'euros pour Ernest-Antoine SEILLIERE** ou encore **plus de 44,2 millions d'euros pour Jean-Bernard LAFONTA**.

En conséquence, au regard de la gravité des faits appréciée au seul regard du montant des droits éludés, l'engagement de procédures conduisant à l'application de plusieurs sanctions n'apparaît pas en l'espèce contraire aux dispositions précitées.

³² Cass. crim. 11 septembre 2019, n°18-81.067 et 18-82.430.

Il appartiendra en tout état de cause au tribunal, dans l'hypothèse où il aura caractérisé les éléments constitutifs de l'infraction au regard de l'article 1741 du code général des impôts, et préalablement au prononcé de sanctions pénales, de vérifier, à l'égard de chaque prévenu, que les faits retenus présentent le degré de gravité de nature à justifier la répression pénale complémentaire. A défaut d'une telle gravité, le tribunal ne pourrait entrer en voie de condamnation.

III-. Un système de cumul de sanctions fiscale et pénale qui n'entraîne pas de violation du droit de l'Union européenne ni de celui de la Convention EDH

1. L'application du principe ne bis in idem tel qu'appréhendé en droit de l'Union et par la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas de nature à prohiber les poursuites en écartant les textes fondant la prévention.

1.1 Au regard du droit de l'Union

L'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne est libellé comme suit : « *Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi.* »

Selon la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne, un cumul de poursuites et de sanctions administrative et pénale constitue une limitation du droit fondamental à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction.

Aux termes de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, une réglementation nationale ne peut imposer une telle limitation qu'en la subordonnant à une série de conditions cumulatives :

- elle doit être prévue par la loi ;
- elle doit respecter le contenu essentiel du droit concerné ;
- elle doit être nécessaire, conformément au principe de proportionnalité ;
- elle doit répondre effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne, notamment de l'arrêt MENCİ (20 mars 2018) que l' « *article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale en vertu de laquelle des poursuites pénales peuvent être engagées contre une personne pour omission de verser la taxe sur la valeur ajoutée due dans les délais légaux, alors que cette personne s'est déjà vu infliger, pour les mêmes faits, une sanction administrative définitive de nature pénale au sens de cet article 50, à condition que cette réglementation :*

- *vise un objectif d'intérêt général qui est de nature à justifier un tel cumul de poursuites et de sanctions, à savoir la lutte contre les infractions en matière de taxe sur la valeur ajoutée, ces poursuites et ces sanctions devant avoir des buts complémentaires,*
- *contienne des règles assurant une coordination limitant au strict nécessaire la charge supplémentaire qui résulte, pour les personnes concernées, d'un cumul de procédures,*
- *prévoit des règles permettant d'assurer que la sévérité de l'ensemble des sanctions imposées soit limitée à ce qui est strictement nécessaire par rapport à la gravité de l'infraction concernée ».*

Il a été exposé dans la première partie (chapitre 2) relative aux questions préjudicielles que les dispositions combinées des articles 150-0 B, 1729 et 1741 du code général des impôts fondant la

poursuite ne constituent pas une mise en œuvre du droit de l'Union, au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, de sorte que les dispositions de cette dernière, notamment l'article 50 ne sont pas applicables.

Ainsi, il apparaît que l'application du principe *ne bis in idem*, tel qu'appréhendé en droit de l'Union européenne n'est pas, en l'espèce, de nature à prohiber les poursuites en écartant les textes fondant la prévention.

1.2 Au regard de la Convention EDH

La règle *ne bis in idem* est en outre énoncée par l'article 4 du protocole additionnel n° 7 à la Convention EDH, lequel dispose en son premier paragraphe :

« 1. Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État.(...) »

Il ressort de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme que la garantie consacrée par l'article 4 du Protocole n°7 occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention découlant du principe général d'équité du procès en matière pénale, mais que pour autant, un grief fondé sur cet article spécifique, disposition distincte de l'article 6 de la Convention, sera déclaré irrecevable si l'État défendeur n'a pas ratifié le protocole.

Il ressort du décret n°89-37 du 24 janvier 1989 portant publication du protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait à Strasbourg le 22 novembre 1984, ainsi que des déclarations et réserves accompagnant l'instrument français de ratification et de la déclaration française du 1er novembre 1988, que la règle « non bis in idem », telle qu'elle résulte des stipulations précitées, ne trouve à s'appliquer, selon la réserve accompagnant l'instrument de ratification de ce protocole par la France que pour "*les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale*", de sorte que ces stipulations n'interdisent pas le prononcé de sanctions fiscales parallèlement aux peines infligées par le juge pénal.

La CEDH a, comme le soulignent les conseils des prévenus, déclaré illégales et inapplicables des réserves à l'article 4 du protocole additionnel n° 7 formulées par d'autres Etats parties à la Convention EDH en des termes identiques à la réserve française³³.

Pour autant, la Cour de cassation compte tenu de cette réserve, dont elle considère ne pas pouvoir apprécier la légalité, **refuse d'appliquer le protocole additionnel n°7 au cumul des sanctions administratives et pénales**³⁴.

En effet, au regard de la jurisprudence de la Chambre criminelle Cour de cassation il n'appartient pas au juge national de se prononcer sur la validité de cette réserve, non dissociable de la décision de la France de ratifier ce protocole.

En l'espèce, il n'y a pas lieu, au regard des réserves accompagnant l'instrument français de ratification du protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

33CEDH 23 octobre 1995, Gradinger requête n° 15693/90 ; 4 mars 2014, Grande Stevens c. Italie, nos 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10).

34Voir, en matière boursière, Cass. Crim. 22 janvier 2014, n° 12-83.579, ; et en matière fiscale : Cass. Crim. 6 décembre 2017, n° 16-81.857, 11 septembre 2019, n° 18-81.067 et n° 18-82.430.

fondamentales, d'examiner la conventionalité des dispositions fondant la poursuite au regard de l'article 4 du protocole additionnel précité, celui-ci n'étant pas applicable.

Néanmoins le tribunal relève qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme que pour reconnaître que les procédures fiscales et pénales sont assimilées, et par voie de conséquence, que la répétition de procès ou de peines proscrite par l'article 4 du Protocole no 7 n'est pas caractérisée, ces procédures doivent être unies par un lien matériel et temporel suffisamment étroit, et ainsi faire part d'un tout cohérent.

Or, en l'espèce, les procédures fiscales et pénales sont indubitablement unies par un lien matériel étroit, dès lors que les deux procédures visent des buts complémentaires – lutter contre la dissimulation frauduleuse par les contribuables d'une partie des sommes sujettes à l'impôt – ont eu des conséquences prévisibles, dès lors que l'abus de droit visé dans la procédure fiscale peut aisément aboutir en des poursuites pour fraude fiscale dans le cadre d'une procédure pénale, et sont liées par une collecte commune des éléments de preuve.

Concernant le lien temporel étroit entre les procédures fiscales et pénales, la Cour Européenne des droits de l'homme admet que les deux procédures n'ont pas à être menées simultanément du début à la fin, et que la décision fiscale et la condamnation pénale peuvent notamment être séparées de plus de 9 mois. La Cour a revanche reconnu qu'un délai supérieur à dix ans entre les décisions pénales et administratives est trop long pour reconnaître l'existence d'un lien temporel étroit (CEDH, 30 avril 2015, n°3453/12, n°42941/12, n°9028/13, Kapetanios et a. c/ Grèce). Or, en l'espèce, la procédure contentieuse est toujours pendante concernant Monsieur DESCLEVES, s'est clôturée pour Monsieur LAMY le 12 avril 2018 par une décision de la Cour administrative d'appel de Paris, et s'est clôturée courant juin et juillet 2021 par la signature d'une transaction et/ou d'un règlement d'ensemble pour Monsieur SEILLIERE, Monsieur LAFONTA, Monsieur DARMON, Monsieur MANGEOT, Monsieur ROPERT, Monsieur HEMERY, Monsieur GAUTIER, Madame RIVOIRE, Monsieur CHAMBRIARD, Monsieur MOUTRAN, et Monsieur BACQUAERT. Par conséquent, le lien temporel suffisamment étroit est bien caractérisé.

Ainsi, il apparaît que l'application du principe *non bis in idem*, tel que défini dans l'article 4 précité et appréhendé par la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas de nature à prohiber les poursuites en écartant les textes fondant la prévention.

2. Les motifs ayant conduit la Cour de cassation à douter de la compatibilité du droit français avec la règle *ne bis in idem* telle qu'appréhendée par le droit de l'Union européenne ne sont en tout état de cause pas pertinents dans la présente espèce

Le tribunal s'attachera néanmoins à examiner les motifs ayant conduit la Cour de cassation saisie en matière de TVA à transmettre des questions préjudicielles à la CJUE en les confrontant aux circonstances de la présente espèce.

Dans sa décision de renvoi à la Cour de justice de l'Union européenne du 21 octobre 2020³⁵, la Cour de cassation saisie en matière de TVA estime qu'il existe un doute raisonnable quant à la conformité des critères rappelés ci-dessus au regard de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux pour deux raisons qui ne trouvent pas à s'appliquer dans l'espèce soumise au Tribunal dans la présente instance :

35 Cass. Crim., 21 octobre 2020, n°19-81.929.

S'agissant du critère de gravité, la chambre criminelle estime que le doute raisonnable de non-conformité naît de ce que ce critère ne résulte pas uniquement du montant des droits fraudés éludés mais peut également prendre en considération d'autres circonstances tenant à la nature et au contexte des agissements de l'intéressé (points 55 et 56). La Cour considère donc que l'incertitude de ce critère naît de la possibilité de prendre en compte des éléments ne relevant pas du seul montant des droits éludés.

Or dans la présente espèce, le montant des droits éludés en matière d'impôt sur le revenu qui s'élève à un total cumulé de 110 millions d'euros selon les plaintes déposées par l'administration suffit à lui seul à remplir le critère de gravité tel que précisé par la Cour de cassation.

Le montant des droits prétendument éludés par les intéressés se révèle donc nettement supérieur à celui retenu par la législation italienne telle que validée par la CJUE dans l'affaire Menci pour franchir le seuil de gravité autorisant le cumul de poursuites, à savoir les infractions **portant sur un montant de TVA impayée supérieur à 50 000 euros, pour lesquelles le législateur national a prévu une peine d'emprisonnement.**

Il est également très largement supérieur à ceux retenus par la Cour de cassation pour franchir le seuil de gravité autorisant le cumul de poursuites : 235 580 € et 276 562 €.

S'agissant du critère de proportionnalité, la chambre criminelle, se fondant sur l'arrêt du 20 mars 2018 de la CJUE « *Garlsson Real Estate* »³⁶, estime que le doute raisonnable de non-conformité résulte du fait que si la jurisprudence prévoit que la faculté de cumuler des sanctions pénale et fiscale est limitée par l'impossibilité de dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues, cette règle ne concerne que les sanctions de même nature, à savoir les sanctions pécuniaires.

En matière de fraude fiscale, le cumul de sanctions peut en effet être de deux natures : soit un cumul de deux sanctions pécuniaires, soit un cumul d'une sanction pécuniaire et d'une peine d'emprisonnement.

En cas de cumul de sanctions pécuniaires, le critère de proportionnalité est rempli en ce que le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation exigent dans leurs décisions susvisées que le second juge s'assure que le montant du cumul des amendes ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues.

En l'espèce, le montant de l'amende délictuelle encourue à l'époque des faits est de 37 500 € et la sanction fiscale s'élève à 80% des droits éludés. Compte-tenu des transactions conclues avec l'administration par la plupart des prévenus et du caractère définitif de la décision de la Cour administrative d'appel rendue à l'égard de Monsieur Gérard LAMY, M. Arnaud DESCLEVES est le seul prévenu pour lequel il n'existe pas à ce jour de sanction administrative définitive.

Il appartiendra au tribunal, s'il entendait entrer en voie de condamnation à leur encontre, de faire appliquer le respect de ce plafond pour tous les prévenus sauf pour M. Arnaud DESCLEVES, pour lequel c'est la juridiction administrative qui statuera en dernier dans le respect de ce plafond.

Il convient de relever que dans le cadre des transactions conclues au cours de l'été 2021 (tous les prévenus sauf M. Gérard LAMY et M. Arnaud DESCLEVES) les pénalités prononcées ont été significativement diminuées, très en deçà des sanctions de 80% et 40% encourues, et qu'il est mathématiquement impossible, même si le tribunal prononçait l'amende pénale maximum encourue

³⁶ CJUE, 20 mars 2018, C-537/16.

de 37 500 euros, que le montant du cumul des amendes dépasse le montant des sanctions encourues au plan fiscal.

En ce qui concerne M. Arnaud DESCLEVES, il convient de rappeler qu'il n'a pas encore été sanctionné de façon définitive au plan fiscal et qu'aucun cumul de sanctions n'est caractérisé à ce stade. En cas de condamnation pénale, la juridiction administrative verrait en tout état de cause sa faculté de prononcer des sanctions pécuniaires réduite de façon très relative dans la mesure où l'amende pénale encourue représente à peine plus de 1% des droits que M. Arnaud DESCLEVES aurait, selon l'ordonnance de renvoi, éludés.

En cas de cumul d'une sanction pécuniaire et d'une peine d'emprisonnement, il convient de souligner en premier lieu que l'arrêt *Garlsson Real Estate* statuait dans une hypothèse où la sanction administrative intervenait postérieurement à une condamnation pénale devenue définitive (point 61).

Or, lorsqu'il appartient au juge pénal de statuer postérieurement aux sanctions fiscales, il est tenu de respecter le principe constitutionnel d'individualisation de la peine. Sa déclinaison prévue à l'article 132-1 du code pénal lui demande de déterminer la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de l'auteur, ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale.

Il lui appartiendra, en application de ce principe, de tenir compte du prononcé préalable d'une sanction fiscale antérieure lorsqu'il procédera au choix des natures et quantum de peines délictuelles et d'en contrôler la proportionnalité, répondant ainsi à l'exigence de la CJUE dans l'arrêt *Garlsson Real Estate*.

En second lieu, en appliquant les modalités de mise en œuvre du critère de proportionnalité dégagé par le Conseil constitutionnel à la présente espèce, les sanctions que pourraient prononcer cumulativement les juridictions administratives et judiciaires ne pourront être supérieures à 5 ans d'emprisonnement et 80 % des droits éludés s'agissant de la sanction financière (ce montant étant très probablement supérieur à celui de l'amende pénale encourue : 37 500 €).

Or, force est de constater que le cumul de ces quantum est inférieur aux peines prévues pour le seul délit de fraude fiscale depuis la loi du 23 octobre 2018 : 5 ans d'emprisonnement et une amende pouvant être portée au double du produit tiré de l'infraction, le produit de l'infraction pouvant être, en matière de fraude fiscale, assimilé à minima au montant des droits éludés.

Il ne paraîtrait dès lors pas cohérent que les sanctions encourues depuis 2018 pour le délit de fraude fiscale puissent être qualifiées de proportionnées lorsqu'elles sont prononcées par le seul juge pénal³⁷ et qu'elles ne puissent pas l'être lorsqu'elles résultent d'un cumul de décisions administratives et pénales, alors même que le montant de l'amende serait plafonné à 80% du montant des droits éludés.

Il serait encore plus paradoxal que ce mécanisme aboutisse à interdire le prononcé cumulé de sanctions de natures différentes, alors que le code pénal permet au juge répressif de prononcer pour la très grande majorité des délits à la fois une peine d'amende et une peine d'emprisonnement.

³⁷ Le Conseil d'Etat, dans son avis sur le projet de loi relatif à la lutte contre la fraude, avait ainsi jugé que « le montant maximal de cette amende n'est pas manifestement hors de proportion avec la gravité des manquements réprimés ». CE, 22 mars 2018, Avis sur un projet de loi relatif à la lutte contre la fraude, n°394 440.

Pour l'ensemble de ces raisons, le tribunal considère que les motifs ayant conduit la Cour de cassation saisie en matière de TVA à transmettre des questions préjudicielles à la CJUE ne sont en tout état de cause pas pertinents dans la présente espèce.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, il apparaît que l'application du principe *non bis in idem* n'est pas, en l'espèce, de nature à prohiber les poursuites.

CHAPITRE II – LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ DES DÉLITS ET DES PEINES : ETAT DU DROIT EN 2007 ET PRÉVISIBILITÉ DE L'INTERPRÉTATION JURISPRUDENTIELLE EN MATIÈRE D'ABUS DE DROIT

Les conseils des prévenus ont exposé, concernant le principe de légalité, un certain nombre d'arguments auxquels il a en partie été répondu dans la partie réservée aux questions prioritaires de constitutionnalité (1ère partie-chapitre I- 2.3.1)

Les parties font valoir en substance que la notion d'abus de droit, mise en œuvre pour apprécier le caractère exigible de l'impôt, plus largement, l'élément matériel de l'infraction de fraude fiscale, était, au moment des faits, non applicable aux situations de sursis à imposition et définie dans des termes distincts de ceux finalement retenus par la jurisprudence postérieure aux faits, ces deux considérations justifiant d'écarter les textes et notions en cause, faute pour le justiciable de pouvoir déterminer quels actes et omissions engageaient sa responsabilité pénale.

I-. Les moyens de défense tirés de l'absence de prévisibilité des textes fondant l'incrimination et de leur interprétation jurisprudentielle

Messieurs SEILLIERE, LAFONTA et DESCLEVES ont formé une demande de transmission de questions prioritaires de constitutionnalité tendant à faire constater l'atteinte portée aux principes constitutionnels de légalité des délits et des peines et de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère du fait de l'application cumulée des articles L. 64 du Livre des procédures fiscales, 150-0 B et 1741 du Code général des impôts.

Sur l'élément légal, les conseils de certains prévenus considèrent en outre que les textes qui fondent l'incrimination d'abus de droit **ne répondent pas à la condition de prévisibilité de la loi posée par la Cour européenne des droits de l'homme en application de l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.**

Ils précisent que le principe de légalité des délits et des peines et son corollaire, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, interdisent au tribunal d'appliquer de façon rétroactive des règles de droit pénal. Ils soutiennent que le mécanisme d'abus de droit en matière de sursis à imposition relève d'une solution imprévisible et contraire aux dispositions de l'article 7 précité.

Ainsi, le conseil de M. Pierre-Pascal BRUNEAU indique que la CEDH comme la Cour de cassation rappellent de façon constante que le principe de légalité des délits prohibe l'application rétroactive du droit pénal lorsqu'elle s'opère au détriment de la personne poursuivie, tant pour la loi nouvelle que la jurisprudence nouvelle³⁸ : l'interprétation jurisprudentielle doit être accessible et raisonnablement prévisible.

38 CEDH 10 octobre 2006, n°40403/02, Pessino c. France : « le gouvernement n'a pas été en mesure de produire des décisions des juridictions internes, que ce soit de la Cour de cassation ou de juridictions du fond, établissant qu'avant l'arrêt rendu dans la présente affaire, il a été jugé explicitement que le fait (poursuivi) constituait une infraction pénale. [...] Il en résulte que, faute au minimum d'une interprétation jurisprudentielle accessible et raisonnablement prévisible, les exigences de l'article 7 ne sauraient être regardées comme respectées à l'égard d'un accusé » - Cass. Crim., 25 novembre 2020 n°18-86.955.

Il rappelle que pour apprécier cette condition de prévisibilité, la CEDH examine non pas la jurisprudence contemporaine de l'arrêt de condamnation mais la jurisprudence antérieure aux faits poursuivis, tant par les décisions de première instance que par les pratiques de l'administration³⁹.

Par ailleurs, selon le conseil de Monsieur Pierre-Pascal BRUNEAU et contrairement à ce que retient l'ordonnance de renvoi, l'état du droit en mai 2007 justifiait la légalité des opérations d'apport-cession.

Ces considérations sont partagées par d'autres prévenus, notamment par la défense de M. Jean-Yves HEMERY ou encore celle de M. Jean-Bernard LAFONTA selon laquelle, en 2007, l'état du droit permettait de revendiquer de bonne foi le sursis d'imposition sans craindre l'application des dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales relatives à la répression de l'abus de droit. Au soutien de cette position, le conseil de M. Jean-Bernard LAFONTA fait valoir qu'à la date des faits reprochés, soit en 2007, le bénéfice d'un sursis d'imposition n'était pas susceptible de relever d'un abus de droit :

« Le CCRAD a attendu 2006 pour se prononcer sur la question du sursis d'imposition. Or, dans son rapport annuel publié au titre de l'année 2005 (BOI 13 L-3-06 n°58 du 30 mars 2006), le CCRAD distingue très clairement les deux régimes de différé d'imposition en excluant de manière expresse tout abus de droit en matière de sursis d'imposition. Cette différence s'expliquait en partie en raison du caractère automatique du sursis, contrairement à l'option laissée au contribuable concernant le mécanisme du report :

« Le Comité a examiné au fond les premières affaires mais a considéré par la suite que le mécanisme de sursis d'imposition automatique ne laissait désormais aucun autre choix au contribuable qui souhaiterait être immédiatement imposé que de procéder à une cession directe des titres [...]

Le Comité a donc conclu que le bénéfice de ce nouveau dispositif légal n'était pas constitutif d'un abus de droit. » (Rapport annuel 2005, CCRAD, publié au BOI 13 L-3-06 n°58 du 30 mars 2006, page 5).

À la suite de la publication de ce rapport, il était donc légitime de croire que les opérations placées sous le régime du sursis d'imposition ne pouvaient constituer un abus de droit au sens de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales et de facto ne caractérisaient pas l'infraction de fraude fiscale. Cette croyance ne pouvait être que renforcée au regard des nombreux articles de doctrine publiés sur le sujet mais également de la position exposée lors d'un colloque organisé au Conseil d'Etat.

Lors de cette réunion intitulée Les Entretiens du Palais Royal, qui s'est tenue le 7 mars 2007, le président du CCRAD, Monsieur Jean François DE VULPILLIERES a réaffirmé la position adoptée en 2005 :

« Quand c'était un mécanisme de report, on a suivi l'administration dans les redressements. Depuis 2000, c'est un mécanisme de sursis d'imposition et là nous avons déconseillé à l'administration de redresser. L'administration nous a suivi : elle a retiré toute une série d'affaires en 2006 pour suivre l'avis du comité. » (PIECE N° 16, page 11).

Ainsi, non seulement la nouvelle position du CCRAD est claire, mais elle est présentée comme entérinée par l'administration fiscale, devant ses représentants au plus haut niveau, dans le cadre d'un événement de prestige organisé pour la première fois par le

³⁹ CEDH 21 octobre 2013, Del Rio Prada c. Espagne.

Conseil d'Etat , ouvert à tous les avocats, et dont les débats font l'objet d'une large publicité.

A cet égard, s'appuyant sur les échanges tenus le 7 mars 2007 à l'occasion des Entretiens du Palais Royal, Monsieur Jean-Yves HEMERY et Maître Pierre Pascal BRUNEAU rapportaient à Monsieur Jean-Bernard LAFONTA que la validité de leur schéma ne faisait aucun doute. »⁴⁰

Le conseil de M. Jean-Bernard LAFONTA ajoute que ce n'est qu'à partir de 2009 que la jurisprudence a pu envisager que le sursis d'imposition puisse tomber sous le coup d'un abus de droit, par une évolution progressive, confirmée par les avis du comité de l'abus de droit fiscal en date du 2 février 2012, et par l'arrêt Berjot du Conseil d'Etat du 27 juillet 2012 consacrant l'alignement du régime du sursis sur le report en matière d'abus de droit.

Le conseil de M. Jean-Yves HEMERY précise qu'appliquer de nouveaux critères postérieurs à un mécanisme qui, à l'époque des faits, n'étaient pas exigés, aboutirait à appliquer rétroactivement une loi plus sévère à celle en vigueur au moment où une prétendue infraction aurait été commise.

Il soutient qu'en 2007, à la date des faits, la position de l'Administration était **conforme et alignée avec celle du CCRAD**, qui rappelait que le sursis d'imposition attaché à l'apport de titres à une société soumise à l'IS était **exclusif de tout abus de droit**, et ce **sans autre choix possible laissé au contribuable**, en raison du caractère automatique du sursis d'imposition – **position de principe, publiquement et clairement énoncée**. Il ajoute qu'aucun autre avis relatif à des cas d'apport-cession n'a été rendu entre 2006 et 2011. En ce qui concerne les conditions du réinvestissement, il souligne que « *un tel degré d'entropie dans la juridiction administrative et notamment les arrêts Bazire et Bauchard du 8 octobre 2010, et ceux de 2012, révèle l'océan d'indétermination et d'incompréhension dans lequel le législateur, par sa carence, a placé tous les acteurs, au premier rang desquels le contribuable.* »

II- L'application de l'abus de droit au mécanisme du sursis d'imposition en 2007 : une interprétation prévisible à la lumière de la jurisprudence de l'époque

1. Les textes et principes qui fondent la notion de prévisibilité

L'article 111-2 du code pénal dispose que la loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs. Le règlement détermine les contraventions et fixe, dans les limites et selon les distinctions établies par la loi, les peines applicables aux contrevenants.

L'article 111-3 du même code dispose que nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement.

Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention.

Il est constant que ce principe général de la légalité des délits et des peines constitue une garantie fondamentale dans la protection des libertés du justiciable contre le pouvoir répressif, permettant d'assurer : la **connaissance** ou prévisibilité de la loi, afin d'éviter que les justiciables se voient reprocher des comportements dont ils ne pouvaient prévoir le caractère répréhensible lors de leur

40 Pages 55 et 56 des conclusions.

commission ; la **nécessité de la norme pénale**, qui doit répondre exclusivement à un besoin d'ordre social ; l'**égalité devant les textes d'incrimination**, tous les citoyens devant avoir la même connaissance des interdits, le législateur imposant, en contrepartie un devoir de se renseigner avant d'agir, qui se traduit par la présomption de connaissance de la loi et les conditions très restrictives enserrant l'erreur de droit.

Le juge est conduit à devoir interpréter la loi pénale, pour en confronter la définition, par nature générale et impersonnelle, aux circonstances particulières de l'espèce dont il est saisi, notamment lorsque se pose la question de la portée du texte. Il peut, en pareilles situations, rechercher la « **préoccupation essentielle de la loi** » (Crim., 18 oct. 1951: S. 1952,1,109; RSC1952, 598).

L'article 7 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (CESDH) dispose que « *1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise* ».

Il est constant, au regard de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, que l'article 7 de la Convention requiert l'existence d'une base légale pour le prononcé d'une condamnation et d'une peine, la loi, au sens de large de la jurisprudence européenne, devant remplir des conditions qualitatives, notamment celles d'accessibilité et de prévisibilité. Il s'ensuit que la loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment, cette condition se trouvant remplie **lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux et le cas échéant après avoir recouru à des conseils éclairés, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine il encourt de ce chef** (confer *Cantoni c. France*, 15 novembre 1996).

S'agissant plus spécifiquement de la notion de prévisibilité, il ressort de la jurisprudence de la Cour que la portée de cette notion dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires, la prévisibilité de la loi ne s'opposant pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé, les compétences professionnelles des personnes en cause devant être prises en compte.

Il est également établi par la jurisprudence de la Cour que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal, l'article 7 de la Convention ne pouvant être interprété comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible (confer *S.W. c. Royaume-Uni*, 1995).

Afin d'apprécier le caractère raisonnablement prévisible de l'interprétation judiciaire, il convient d'examiner si le requérant pouvait raisonnablement prévoir au moment des faits, au besoin avec l'aide d'un juriste, qu'il risquait d'être accusé et reconnu coupable du crime en question (confer *Jorgic c. Allemagne*, 2007). La Cour vérifie ainsi si l'interprétation judiciaire de la loi pénale se bornait à poursuivre une tendance perceptible dans l'évolution de la jurisprudence des tribunaux (confer *S.W. c. Royaume-Uni et C.R. c. Royaume-Uni*, 1995) ou bien si les juridictions internes ont opéré un revirement jurisprudentiel qui ne pouvait pas être prévu par l'intéressé.

Elle précise encore que l'interprétation nouvelle de la portée d'une infraction existante peut être raisonnablement prévisible au regard de l'article 7, pourvu qu'elle soit raisonnable au regard du droit interne et cohérente avec la substance de l'infraction.

En l'espèce, il y a lieu de rappeler, à titre liminaire, que si le principe premier, en toute matière, demeure celui du respect de la loi, cette dernière ne saurait être appréciée abstraitement, indépendamment de l'interprétation, certes évolutive, qui en est faite par les cours et tribunaux, a fortiori lorsque l'appréciation du comportement incriminé, **en l'espèce la fictivité ou la fraude, nécessite de recourir à des notions telles que celle de l'abus de droit, en partie explicitée par la jurisprudence administrative.**

De la même façon, si une règle de non-rétroactivité identique à celle prévalant pour les lois pénales plus sévères ne saurait être appliquée à la jurisprudence, par nature évolutive, il convient néanmoins d'apprécier celle-ci à travers le prisme de la notion de prévisibilité, seule à même de garantir le respect du principe de légalité tel que défini en droit interne et européen.

Ainsi, en application de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, la question fondamentale est la suivante : au moment des faits, la combinaison des articles L.64 du LPF et 1741 et 150-0-B du code général des impôts, telle que lue à la lumière de la jurisprudence de l'époque, était-elle susceptible de s'appliquer à un mécanisme de sursis d'imposition qui avait remplacé depuis 2000 un précédent régime de report d'imposition ?

Une interprétation de l'abus de droit telle que celle découlant notamment des décisions administratives intervenues dans la présente espèce était-elle raisonnablement prévisible, même avec l'aide d'un juriste, pour les prévenus au moment où ils commettaient les faits poursuivis ?

2. Sur l'allégation selon laquelle à la date des faits reprochés, en 2007, le bénéficiaire d'un sursis d'imposition n'était pas susceptible de relever d'un abus de droit

S'agissant de l'impossibilité alléguée d'appliquer la notion d'abus de droit au mécanisme de sursis à imposition, il y a lieu de se replacer dans le contexte de l'année 2007 en tenant compte des textes en vigueur, de la jurisprudence alors applicable, mais également du contexte administratif et doctrinal.

Force est de constater, comme le soulignent avec une certaine unanimité les conseils des prévenus, au regard de l'évolution législative ayant transformé en 2000 le régime de report d'imposition en sursis d'imposition, que le caractère automatique de ce nouveau régime a entraîné une évolution des pratiques administratives et fiscales. Ainsi, il ressort du rapport du comité consultatif pour la répression des abus de droit pour l'année 2004/2005 (n°58 du 30 mars 2006) que *« Le Comité a examiné au fond les premières affaires mais a considéré par la suite que le mécanisme de sursis d'imposition automatique ne laissait désormais aucun autre choix au contribuable qui souhaiterait être immédiatement imposé que de procéder à une cession directe des titres, l'opération d'échange étant en effet traitée comme une opération intercalaire ne donnant pas lieu à liquidation de l'impôt sur le revenu, la plus-value d'échange étant imposée ultérieurement, notamment lors de la cession des titres reçus en échange. Le Comité a donc conclu que le bénéfice de ce nouveau dispositif légal n'était pas constitutif d'un abus de droit ».*

Il est constant que, comme le soulignent les conseils de prévenus, aucune jurisprudence n'avait alors statué sur les situations de sursis à imposition, les décisions des 13 décembre 2005 et 17 janvier 2006 du Tribunal administratif de Versailles relevant du régime du report.

Il y a lieu de renvoyer aux développements relatifs au refus de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité (1ère partie- chapitre 1- 2.3.1) et de rappeler que les avis du Comité de l'abus de droit et a fortiori des extraits de son rapport annuel ne constituent pas une source de droit. En outre, les avis concernent deux cas d'espèce ((2004/ 63 et 64), au demeurant très spécifiques. Enfin et surtout, ces avis datent de 2004 et sont donc antérieurs à la jurisprudence du Conseil d'État en matière d'abus de droit précisée à l'occasion des arrêts rendus le **27 septembre 2006 (Janfin n° 260050)**⁴¹ et le 28 février 2007 (Persicot n° 284565)⁴² mais aussi à l'arrêt Sagal (*CE Sagal 18 mai 2005 req 267087*).

Le tribunal relève au surplus que, contrairement à ce qui est soutenu en défense notamment par le conseil de M. Jean-Bernard LAFONTA, lors de l'événement organisé par le Conseil d'État intitulé Les Entretiens du Palais Royal, qui s'est tenu le 7 mars 2007, **le président du CCRAD, Monsieur Jean François de VULPILLIERES n'a pas "réaffirmé la position adoptée en 2005"**.

Il ressort en effet de la lecture des actes de ces entretiens versés au débat que Monsieur Jean-François de VULPILLIERES, alors Président du CCRAD, comité qu'Olivier FOUQUET, président de section, venait de présenter comme « **un des tribunaux les plus secrets de France** » répondait à une question introductive concernant le Comité posée par ce dernier en ces termes : « **Sert-il à quelque chose ? Faut-il le supprimer? Existe-t-il des chances pour que ce tribunal ressemble dans l'avenir, à autre chose qu'à un tribunal de l'inquisition ?** »⁴³

Monsieur Jean-François de VULPILLIERES répondait à cette première question :

« La question est de savoir si le comité consultatif pour la répression des abus de droit sert à quelque chose n'est pas nouvelle, mais les raisons pour lesquelles elle se pose évoluent au fil des années.(...)

Il s'agit donc d'un comité qui a une réelle utilité face à l'administration. La notion « d'abus de droit » est difficile à appliquer. Sa dénomination n'est pas très éclairante et ses dispositions sont rédigées de manière critiquable dans le CGI et dans le LPF. L'administration fiscale tient incontestablement compte de l'avis du CCRAD et abandonne des pans entiers de redressements lorsqu'il lui semble que l'avis du comité est ferme et convaincant. L'observation des affaires étudiées révèle l'évolution suivante : il y a quelques années, il s'agissait majoritairement d'affaires concernant les droits d'enregistrement et, notamment, des donations déguisées en vente. Depuis quelques années, sont apparues des affaires de TVA (dissociation artificielle dans une opération pour bénéficier d'exonération de TVA ou de taux réduit) et d'impôt sur les sociétés (pour lesquelles il est difficile de dégager une impression générale, car il s'agit de montages très spécifiques).

En matière d'impôt sur le revenu, les affaires soumises au comité sont assez stables numériquement mais leur contenu varie et tous ceux qui s'intéressent de près à ces

41L'arrêt Janfin du 27 septembre 2006 a reconnu un concept général de fraude à la loi (auparavant reconnu en droit public mais non invoqué en droit fiscal) comme moyen de remettre en cause des montages et d'établir l'imposition lorsque les conditions de mise en œuvre de la procédure de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales ne sont pas réunies, donc sans les garanties afférentes à celle-ci.

42Arrêt Persicot du 28 février 2007 à l'occasion duquel la définition de fraude à la loi donnée par l'arrêt min. c/ Sté Janfin est reprise à l'identique pour définir la seconde branche de l'abus de droit.

43 Entretien du Palais-Royal du 7 mars 2007- Débat autour de l'abus de droit- paragraphes 1 et 2.

activités ont vu que nous avons changé notre point de vue sur le report d'imposition des plus-values. Quand c'était un mécanisme de report, on a suivi l'administration dans les redressements. Depuis 2000, c'est un mécanisme de sursis d'imposition et là nous avons déconseillé à l'administration de redresser. L'administration nous a suivi : elle a retiré toute une série d'affaires en 2006 pour suivre l'avis du comité. Enfin, au cours des dernières années, on a vu commencer à apparaître ce que nous n'avions pas étudié jusqu'à présent : les affaires d'ISF ; »

Il ressort de ces déclarations, replacées dans leur contexte, que Monsieur Jean-François de VULPILLIERES n'a donc pas réaffirmé le 7 mars 2007 la position prise par le CCRAD à l'occasion d'avis rendus en 2004 et suivie par l'administration en 2006. Il ne s'est pas prononcé sur la position du CCRAD en mars 2007 sur ce sujet, se contentant de rappeler, en vue de démontrer l'utilité de ce comité face à l'administration, qu'il avait rendu en 2004 des avis qui avaient été suivis ensuite par l'administration en 2006.

Comme évoqué dans la partie consacrée à la question prioritaire de constitutionnalité, à supposer que le CCRAD considérait en 2005, comme soutenu par les conseils des prévenus, que le sursis d'imposition attaché, depuis la loi de finances pour 2000, à l'apport de titres à une structure passible de l'impôt sur les sociétés, était exclusif de tout abus de droit à défaut de choix laissé au contribuable, cette position serait contraire à la jurisprudence établie du Conseil d'État en matière d'abus de droit en 2007.

Nonobstant les mentions du rapport annuel du CCRAD pour 2005 sur ce point et la position suivie en 2006 par l'administration, aux termes de la loi et de son interprétation jurisprudentielle, il apparaît de façon claire et précise que **caractérise un abus de droit en 2007 le fait de constituer une structure ad hoc artificielle, sans aucune substance propre ni existence ou justification autonome, dans le seul but de se placer dans une situation fiscale donnée.**⁴⁴

Par ailleurs, il apparaît qu'au moment des faits, le Conseil d'État faisait application d'une jurisprudence constante et bien établie aux termes de laquelle *« l'administration est fondée à écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, dès lors que ces actes ont un caractère fictif, ou, que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, auraient normalement supportées, eu égard à sa situation ou à ses activités réelles »*, s'appuyant tant sur l'application littérale des textes contraire à l'esprit du législateur, que sur l'intention exclusive de bénéficier d'un avantage fiscal, le caractère purement artificiel des montages réalisés par le contribuable devant être recherché.

Il en résulte clairement qu'est susceptible de constituer un abus de droit le fait d'interposer artificiellement une société soumise à l'impôt sur les sociétés en vue de bénéficier du régime du sursis d'imposition des plus-values résultant d'un apport-cession.

C'est donc sans surprise au regard de sa jurisprudence établie que, dans une décision du 27 juillet 2012 (n° 327295, Berjot), concernant le régime de sursis d'imposition applicable depuis 2000, le Conseil d'État a jugé qu'en dépit du caractère automatique du sursis, un montage d'apport-cession peut aussi être considéré comme constitutif d'un abus de droit. Cet arrêt ne constitue pas un revirement de jurisprudence, aucune décision antérieure n'ayant établi de solution contraire, ni même comme allégué une décision inédite et imprévisible, dès lors qu'elle s'inscrit dans la

⁴⁴Arrêt CE SAGAL 18 mai 2005 req 267087 qui porte sur le même cas d'espèce que l'arrêt Pléiade CE 18 févr. 2004, n° 247729, SA PLEIADE, RJF 2004, n° 510 et aboutit à la même solution.

continuité de la jurisprudence administrative en matière d'abus de droit et apparaît cohérente avec la substance de cette notion basée sur l'artificialité et le but poursuivi.

En conséquence, il n'y a pas lieu de considérer que l'application du mécanisme d'abus de droit en matière de sursis à imposition relève d'une solution imprévisible et contraire aux dispositions de l'article 7 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme.

III-. L'état du droit en 2007 et la prévisibilité de la jurisprudence postérieure concernant le report/ sursis d'imposition

1. L'abus de droit : une jurisprudence établie en 2007 et stable

Il apparaît qu'au moment des faits, l'abus de droit était caractérisé, dans le cadre d'une jurisprudence bien établie « *dès lors que ces actes ont un caractère fictif, ou, que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes 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, s'il n'avait pas passé ces actes, auraient normalement supportées, eu égard à sa situation ou à ses activités réelles* » (confer notamment arrêt JANFIN, CE 27 septembre 2006).

Le Conseil d'État avait eu l'occasion de préciser que « *l'objectif ainsi poursuivi, [...] consiste spécifiquement à exclure du bénéfice de dispositions fiscales favorables les montages purement artificiels dont le seul objet est de contourner la législation fiscale française* » (confer arrêt SAGALL, CE 18 mai 2005).

Selon les actes des Entretiens du Palais-Royal en date du 7 mars 2007 versés au débat par les conseils de prévenus et par ceux de la partie civile :

«⁴⁵ La décision min. c/Sté Janfin ajoute à la définition traditionnelle de l'abus de droit l'idée que la fraude à la loi se caractérise par la recherche du bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs. C'est l'idée de détournement de l'esprit de la norme qui est présente également dans le point 86 de l'arrêt Halifax e. a.. Cette adjonction reflète l'idée que le principe jurisprudentiel a sa légitimité propre. Autrement dit, le but fiscal ne suffit pas à caractériser l'illégalité: Il n'est pas illégal en soi de vouloir économiser de l'impôt. En revanche l'optimisation devient illégale s'il y a détournement de l'esprit de la norme, ce qui légitime le concept de fraude à la loi. »

Autrement formulé, au moment des faits, hormis les cas de fictivité, deux conditions doivent être remplies pour caractériser l'abus de droit : le fait que les actes n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales de l'intéressé ; le fait que l'intéressé ait recherché le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leur auteur.

Comme précisé dans les entretiens du Palais-Royal du 7 mars 2007⁴⁶ :

« L'existence d'un abus de droit pour fraude à la loi suppose aujourd'hui, premièrement, l'existence d'un montage artificiel c'est-à-dire dénué de substance économique et juridique

⁴⁵ Entretiens du Palais-Royal du 7 mars 2007.

⁴⁶ Entretiens du Palais-Royal- Yann de Givré, avocat fiscaliste point 6.

et, deuxièmement, une application littérale des textes allant à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur. »

Au regard des décisions les plus récentes, notamment celle en date des 10 février 2020 rendue dans la présente affaire concernant Monsieur Bernard GAUTIER, il apparaît que la jurisprudence du Conseil d'État n'a pas fait évoluer la définition ou les conditions permettant de retenir un abus de droit.

2. L'abus de droit appliqué aux reports/sursis à imposition : les critères retenus par la jurisprudence postérieure aux faits n'étaient pas imprévisibles

Si la jurisprudence administrative en matière d'abus de droit appliquée aux reports/sursis à imposition a pu évoluer depuis les faits s'agissant des questions de réinvestissement des fonds placés en sursis à imposition, de l'appréhension des fonds, voire de la prise en compte de la chronologie des opérations, **tous ces critères relèvent de l'appréciation concrète par les juridictions de l'artificialité des situations ouvrant droit à un sursis à imposition**, de la recherche d'un objectif fiscal poursuivi ou encore de la recherche du bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur. Ils permettent d'aiguiller l'administration et les juges dans leur appréciation des situations soumises à leur examen, sans remettre en cause ou modifier les conditions de l'abus de droit.

En somme, ces critères, sujets à évolution, constituent de simples déclinaisons des conditions déjà énoncées en matière d'abus de droit appliquées au sursis à imposition, permettant de clarifier graduellement, au fil des situations, ce qui peut constituer une situation artificielle. Ils ne sauraient donc donner lieu à revirement, mais s'inscrivent au contraire dans la logique suivie par la jurisprudence administrative en matière d'abus de droit et sont cohérents avec la substance de la notion d'abus de droit. Ainsi que le rappelle la rapporteure publique Madame ILJIC il y a lieu s'en tenir à « *la matrice de l'article L.64* » et d'apprécier si « *les opérations passées par les contribuables [...] paraissent relever d'un montage artificiel, autrement dit d'une série d'actes cohérents et convergents, passés en vue de créer (...) une situation juridique ou économique artificielle à seule fin d'entrer dans les prévisions d'une disposition fiscale favorable* ».

Ainsi, sur le critère de réinvestissement, s'il n'est pas inexact que ce critère n'était pas explicité par la jurisprudence du Conseil d'État, il était néanmoins repris dans les jurisprudences des juridictions du fond, notamment du Tribunal Administratif de Versailles, lesquels appréciaient la réalité de l'activité des sociétés en cause en vérifiant si elles avaient « *réalisé des investissements professionnels et patrimoniaux* » (TA VERSAILLES 13 décembre 2005, 17 janvier 2006) ou dans les avis du CCRAD.

Il n'est pas non plus inexact que la jurisprudence administrative et la loi ont, postérieurement aux faits, précisé les critères de ce réinvestissement, d'abord en 2010 en précisant qu'il devait avoir un caractère économique, puis en 2011 en excluant un réinvestissement à caractère patrimonial. Pour autant, ces précisions ne relèvent pas d'un revirement de jurisprudence ou d'une appréciation inédite dès lors qu'elles s'inscrivent dans la logique déjà énoncée en 2005, consistant à vérifier si la société bénéficiant du report/sursis à imposition à une activité réelle et si elle réinvestit de manière effective dans autre chose que son seul patrimoine, les termes « *professionnel* » et « *économique* » s'inscrivant dans une même logique énoncée par les conditions cumulatives (et non alternatives) des décisions de Versailles, que le Conseil d'État reformule dans son arrêt du 10 février 2020 en reprochant à la société civile d'avoir pour seul objet « *la gestion patrimoniale de titres* ».

Il en va de même de la question de l'appropriation des fonds, il apparaît que le Conseil d'État a explicité dans un arrêt Moreau, en date du 24 août 2011, donc postérieur aux faits, que la possibilité pour le contribuable d'appréhender le produit de la cession pouvait caractériser un abus de droit. Pour autant, là encore, cette précision s'inscrit dans la logique d'appréciation de l'artificialité, le Conseil d'État procédant à une appréciation globale *in concreto* de l'artificialité dans laquelle ce critère est un indice parmi d'autres, il relève ainsi dans l'arrêt précité que « *eu égard au caractère conjoint de l'apport, de la cession, du réemploi et de la gestion du produit de cette cession, ce produit pouvait être appréhendé par les contribuables* ». L'imprévisibilité de ce critère ne saurait donc être caractérisée, dès lors qu'il s'inscrit dans l'appréciation de l'artificialité.

Le même raisonnement est applicable à la prise en compte de la chronologie des opérations, laquelle s'inscrit dans l'appréciation globale de l'artificialité et ne constitue pas, à elle seule, un critère nouveau permettant de caractériser l'abus de droit.

Pour reprendre les termes de Monsieur Jean-Pierre LIEB, chef du service juridique à la Direction Générale des Impôts, lors des entretiens du Palais-Royal ⁴⁷:

« Parce que pour pouvoir apprécier correctement l'existence ou non d'un abus de droit, l'existence ou non d'une fraude à la loi, il faut avoir une vision claire du film complet des opérations. Au cas particulier, la discussion est réductrice car elle se limite à quelques éléments sans prendre en compte la totalité des éléments de fait dont nous disposons.

S'il est possible de réduire l'incertitude sur un certain nombre de points, croire que l'on peut la supprimer est une erreur. Il y a toujours une zone grise qui n'est réductible qu'à partir du moment où l'on regarde objectivement les faits de l'opération. On ne peut pas avoir en la matière une appréciation américaine du type check the box, c'est-à-dire, je réponds à tel ou tel critère, car c'est une vision simpliste et toute la discussion que nous avons eue jusqu'à présent et que nous aurons à cette table ronde va montrer que l'on ne peut que vivre avec une marge d'incertitude. C'est dommage mais, en la matière, je crains que la sécurité juridique soit difficilement atteignable. »

En conséquence, il apparaît que les critères retenus par la jurisprudence postérieure aux faits pour définir l'abus de droit en matière d'apport-cession ne sont **pas imprévisibles dès lors qu'ils s'inscrivent dans la continuité de la jurisprudence administrative en matière d'abus de droit et apparaissent cohérents avec la substance de cette notion basée sur l'artificialité et le but poursuivi.**

Au regard de l'ensemble de ces éléments les dispositions législatives et jurisprudences en cause apparaissent conformes aux exigences de prévisibilité énoncées par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, plus largement au principe de légalité des délits et des peines tels que défini dans le code pénal et par l'article 7 de la CESDH, il n'y a donc pas lieu de les écarter.

47 Entretiens du Palais-Royal- Jean-Pierre LIEB- point 8.

CHAPITRE III - L'APPLICATION DE LA LOI DANS LE TEMPS

I-. Le moyen tiré de l'application de la loi dans le temps

Enfin, le conseil de M. Pierre-Pascal BRUNEAU soutient que puisque la loi du 29 décembre 2012 est une **loi pénale plus douce**, sa **rétroactivité *in mitius*** s'impose, conformément au **principe de nécessité des peines**. Or, l'article 18 de la loi de finances du 29 décembre 2012 a modifié l'article 150-0 B du CGI pour disposer qu'il s'appliquait sous réserve des dispositions de l'article 150-0 B ter.

La loi a ainsi, selon le conseil de la défense, posé que **la sanction du non-respect de l'obligation de réinvestissement ne consistait pas en une requalification rétroactive sur le fondement de l'abus de droit**, mais consistait en la **fin du sursis d'imposition au titre de l'année au cours de laquelle le délai de deux ans pour y procéder expirait**.

Il en conclut que depuis 2012, il n'existe **aucune possibilité de requalifier en abus de droit un apport-cession en l'absence de réinvestissement dans un certain délai**, et donc aucune possibilité de poursuite fondée sur un prétendu abus de droit lié à une absence de réinvestissement.

II-. L'appréciation du tribunal

L'article 112-1 du code pénal dispose que sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis. Peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date. Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes.

Il est constant, au regard de la jurisprudence constitutionnelle, que le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle, plus douce, revient à permettre au juge de condamner sur le fondement d'une incrimination et d'une pénalisation prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires.

Il est également constant, notamment au regard de la jurisprudence judiciaire, que **ce principe n'est pas limité aux dispositions strictement pénales, ni même aux lois de pénalisation, mais s'applique à l'ensemble des lois plus douces sur lesquelles repose une incrimination**.

En l'espèce, il ressort de l'ensemble des développements précédents que le texte d'incrimination repose, en partie, sur des dispositions administratives visées aux articles L.64 du Livre des procédures fiscales et 150-0 A et suivants du Code général des impôts.

Si les dispositions de l'article L.64 précité n'ont pas connu d'évolution « plus douce », justifiant de s'interroger sur leur application dans le temps, il en va différemment des dispositions des articles 150-0 A et suivants. Il apparaît ainsi que depuis les faits en cause, **la loi de finance n°212-1510 du 29 décembre 2012 a ajouté, à la suite de l'article 150-0 B du code des impôts, relatif au sursis à imposition, un article 150-0 B ter précisant la condition de réinvestissement et indiquant que le non-respect de ces conditions entraînait la fin du sursis et l'exigibilité immédiate de l'impôt**.

Il est d'ailleurs intéressant de relever que lors de la réforme de ce dispositif par la loi de finances rectificative pour 2012, qui a soustrait les opérations d'apport à une société contrôlée par le

contribuable du champ du sursis pour lui substituer un mécanisme de report, le législateur a subordonné le bénéfice de ce report, en cas de cession des titres apportés, à une condition de réinvestissement dans une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale, agricole ou financière, **à l'exception de la gestion d'un patrimoine mobilier ou immobilier (article 150-0 B ter du CGI)**. Pour autant, le tribunal relève que, comme évoqué supra, le critère du réinvestissement n'est qu'un élément parmi d'autres qui **relève de l'appréciation concrète par les juridictions de l'artificialité des situations ouvrant droit à un sursis à imposition**.

En outre, et contrairement à ce qu'indique la défense, rien ne permet de déduire de ces dispositions nouvelles que le législateur a entendu, en introduisant ce nouvel article, exclure toute possibilité de requalification sur le fondement d'un abus de droit en matière de sursis à imposition.

En effet, il apparaît que la notion d'abus de droit, y compris lorsqu'elle est appliquée au sursis à imposition, dépasse la seule question du réinvestissement, en tenant compte de l'artificialité et des autres critères développés par la jurisprudence administrative, **de sorte que l'introduction du nouvel article 150-0 B ter n'a pas pour effet d'exclure l'application de l'abus de droit**. Ainsi, si par l'introduction du nouvel article 150-0 B ter, le législateur a logiquement limité la possibilité de recours à l'article L. 64 précité par l'administration fiscale, en modifiant les conditions devant être réunies pour pouvoir bénéficier du sursis d'imposition, et donc le champ des abus de droit potentiels, il n'a pour autant pas procédé à une éviction totale de l'abus de droit en matière d'apports-cessions. C'est ainsi que, par un arrêt en date du 12 juillet 2017 (n°401997), le Conseil d'Etat a pu valider la doctrine administrative selon laquelle l'administration est susceptible de remettre en cause, sur le terrain de l'abus de droit, des versements de soulte réalisés dans le cadre du régime de report de plein droit de la plus-value d'apport à une société contrôlée prévu à l'article 150-0 B ter, dès lors que l'opération se traduisait en une réappropriation du prix de cession.

La loi de finance n°212-1510 du 29 décembre 2012 n'ayant ni abrogé la sanction de l'abus de droit, ni prévu des sanctions moins sévères, la procédure de répression des abus de droit peut toujours être appliquée en la matière, même sous l'empire de l'article 150-0 B ter, et reste sanctionnée par une pénalité de 80% ou de 40%.

A ce titre, il y a lieu de mentionner la position du Conseil d'Etat, telle qu'elle apparaît notamment dans un arrêt du 09 novembre 2020 (8ème chambre, N°440527) **rappelant dans une situation analogue que « les commentaires administratifs de l'article 150-0 B ter du code général des impôts publiés par le ministre des finances et des comptes publics au Bulletin officiel des finances publiques (BOFiP) - Impôts le 4 mars 2016 sous la référence BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60, rappellent, dans leur paragraphe 150, qu'en cas d'échange avec soulte, l'article 150-0 B ter limite l'application du report d'imposition aux opérations pour lesquelles le montant de la soulte reçue par le contribuable n'excède pas 10 % de la valeur nominale des titres reçus et qu'en revanche, lorsque la soulte reçue excède 10 % de la valeur nominale des titres reçus, la totalité de la plus-value réalisée à l'occasion de l'opération d'apport concernée est immédiatement imposable, puis, dans leur paragraphe 160, que lorsque la soulte est inférieure à 10 % de la valeur nominale des titres reçus, la plus-value constatée lors de l'opération d'apport est placée en report d'imposition, y compris en ce qui concerne le montant de la soulte reçue, qui n'est donc pas imposé immédiatement. Enfin, ils précisent, dans leur paragraphe 170, que : " Toutefois, l'administration a toujours la possibilité, dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal, prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, notamment d'imposer la soulte reçue, s'il s'avère que cette opération ne présente pas d'intérêt économique pour la société bénéficiaire de l'apport, et est uniquement motivée par la volonté de l'apporteur d'appréhender une somme d'argent en franchise immédiate d'impôt et d'échapper ainsi notamment à l'imposition de distributions du fait de ce désinvestissement [...] En premier lieu, M. et Mme B... soutiennent que les commentaires administratifs qu'ils attaquent seraient entachés d'incompétence dès lors qu'ils**

subordonneraient le bénéfice du report d'imposition prévu à l'article 150-0 B ter du code général des impôts aux conditions, non prévues par le législateur, que l'apport présente un intérêt économique pour la société bénéficiaire et ne soit pas motivé par la seule volonté de l'apporteur d'échapper à l'impôt. Toutefois, il ne résulte pas des dispositions citées au point 2 de cet article, en l'absence de toute mention explicite en ce sens, que le législateur ait entendu exclure la possibilité pour l'administration fiscale de faire application aux opérations d'apport entrant dans leurs prévisions, notamment aux opérations d'apports avec soulte lorsque le montant de celle-ci est inférieure à 10 % de la valeur nominale des titres reçus, de la procédure de répression des abus de droit prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales lorsque les conditions de mise en œuvre de cette procédure sont réunies. Il en résulte que les requérants ne sont pas fondés à soutenir que les commentaires litigieux, qui se bornent à expliciter le fait que la procédure de répression des abus de droit de l'article L.64 du livre des procédures fiscales est susceptible, lorsque les conditions de sa mise en œuvre sont réunies, de faire obstacle au bénéfice de l'avantage prévu par l'article 150-0 B ter du code général des impôts, seraient entachés d'incompétence ».

Il n'y a donc pas lieu de considérer que l'introduction de l'article 150-0 B ter, postérieurement aux faits, empêche toute possibilité de retenir un abus de droit, donc une fraude fiscale.

Comme le rappelle clairement la décision de Section Colomb du 16 juillet 2010, « l'application immédiate de la loi plus douce est fondée sur l'idée que le législateur a modifié son opinion sur la nécessité de la peine, soit qu'il l'estime désormais inutile, soit qu'il juge son montant désormais excessif par rapport à la gravité de l'incrimination » (CE, sect., 16 juill. 2010, n° 294239, Colomb). Or, la modification de l'article 150-0 B et la création de l'article 150-0 B ter ne traduisent aucun changement d'opinion du législateur quant à l'abus de droit lui-même et aux pénalités qui s'y attachent, dès lors que la procédure de répression des abus de droit est toujours applicable en la matière.

En effet, comme le rappelle le Président FOUQUET, « l'abus de droit n'est pas lié au système juridique retenu pour différer l'imposition de la plus-value, mais résulte de l'utilisation d'un mécanisme permettant de différer l'imposition à des fins étrangères à l'objectif poursuivi par le législateur, qui est de faciliter les restructurations économiques ».⁴⁸

Il n'existe dès lors aucune impossibilité de requalifier en abus de droit un apport-cession en l'absence de réinvestissement dans un certain délai, étant précisé au demeurant que le réinvestissement n'est qu'un critère de validation d'un schéma, apprécié eu égard à l'esprit du texte, c'est-à-dire aux objectifs poursuivis par les auteurs.

480. FOUQUET, Apport-cession de titres et abus de droit : la continuité, Dr. Fisc. 2012, n° 20, act. 216, §2.

PARTIE III – L'ÉLÉMENT MATÉRIEL

L'élément matériel de l'infraction poursuivie est la minoration d'impôt par souscription en 2008 au titre de l'impôt sur les revenus 2007 d'une déclaration minorée.

CHAPITRE I – ANALYSE DES FAITS

I-. L'opération Solfur : un système alternatif d'intéressement en capital au profit des managers de WENDEL ayant vocation à se substituer pour les cinq années suivantes aux stock-options

1. Une opération d'intéressement réservée aux dirigeants et membres du comité opérationnel de WENDEL INVESTISSEMENT

Dans le cadre notamment de la réorganisation par la famille WENDEL, qui souhaitait bénéficier des dispositions favorables en matière d'ISF de la loi Dutreil, de ses structures d'investissement (WP et SLPS), il est apparu nécessaire de mettre un terme à la détention par WENDEL INVESTISSEMENT de ses propres actions (via Solfur)

Le Conseil d'administration de Wendel du 22 octobre 2004 (document n°4) (D1240/39) s'est tenu en présence de Monsieur Ernest-Antoine Seillière, Président Directeur Général, et de dix autres administrateurs.

L'objet a été de présenter les conclusions **du comité de nomination et de rémunération** sur ses travaux concernant la mise en place **d'une formule d'intéressement des managers de Wendel**. Il a été proposé de substituer, **pour les dirigeants et les membres du comité opérationnel**, aux stock-options pour les cinq années à venir (à l'exception de 0,5% du capital cumulé sur cette période), **une option d'achat des actions de la boucle de participation avec pour objectif d'aligner les intérêts des managers avec ceux de l'actionnaire en matière de dividendes et de réduire l'effet dilutif des stock-options.**⁴⁹

Il résulte du communiqué de presse du groupe WENDEL du **3 décembre 2004**, que le groupe souhaitait associer le management aux résultats de l'entreprise et mettait en place à compter du 22 octobre 2004 une opération (Solfur) constituant « *un nouveau mode d'intéressement du management* » qui réduira la dilution inhérente aux stock-options.⁵⁰

⁴⁹Le régime légal des stock-options permet à une entreprise d'attribuer à certains de ses salariés le droit d'acquérir ses propres actions à des conditions privilégiées. Il constitue à la fois une forme d'intéressement et de participation au capital.

⁵⁰ Dans un communiqué de presse du groupe WENDEL du **3 décembre 2004**, il était indiqué « *dans le cadre de l'association du management aux résultats de l'entreprise, le Conseil d'administration de WENDEL INVESTISSEMENT a décidé le 22 octobre, de donner au management la faculté d'acquérir une option d'achat des actions WENDEL-PARTICIPATIONS détenues par SOLFUR, filiale à 100 % de WENDEL INVESTISSEMENT et correspondant en transparence à 4,6 % de son capital. Le prix d'exercice de ces titres résulte de la moyenne sur 6 mois des cours de WENDEL INVESTISSEMENT en date du 22 octobre 2004 (40€). Cette initiative permettra de limiter à 0,5 % du capital le cumul des stock-options qui seront émises dans les cinq prochaines années. Ce nouveau mode d'intéressement du management réduira très sensiblement la dilution inhérente aux stock-options et permettra à WENDEL INVESTISSEMENT de céder ses titres WENDEL-PARTICIPATIONS* ».

Ce mode alternatif d'intéressement se cumulait aux autres systèmes mis en place au sein du groupe depuis l'arrivée de Jean-Bernard LAFONTA : stock-options, programmes d'association du management des filiales aux investissements (Legrand et Editis à fin décembre 2004).⁵¹

L'objectif affiché dans le préambule de l'acte d'option d'achat était de permettre aux cadres dirigeants du groupe par le biais de leur participation dans la société COMPAGNIE DE SOLFUR, d'être parties prenantes aux résultats futurs du groupe et notamment de la SA WI, au travers de l'évolution du cours de cette dernière.

C'est ainsi qu'il est présenté aux cadres dirigeants, selon une note confidentielle adressée au directoire datée du 9 juin 2009⁵² (soit avant le contrôle fiscal) ayant pour objet de présenter les demandes de certains salariés de Wendel concernant le mécanisme d'intéressement « Solfur » qui leur a été, selon eux, imposé et qui est lié à la rémunération de leur travail effectif au sein du groupe :

« L'intéressement « Solfur » a été imaginé, en tenant compte de l'insuffisance de stock -options distribuables (compte tenu de la situation en capital de l'actionnaire familial) pour permettre d'atteindre, combiné avec les intéressements spécifiques sur certaines opérations (Deutsch, Stahl, Materis et AVR, où un intéressement de 10% était proposé) un intéressement global d'environ 20% avec une sortie en plus-values. Un des objectifs de cet intéressement était également de faire économiser les charges sociales à Wendel. »

Selon cette note encore :

*« L'intéressement « Solfur » a été intégré dans les contrats de travail de certains salariés. Les distributions de parts de cet intéressement ont été annoncées lors des reviews des salariés avec le Directoire. L'évolution de la valeur de cet intéressement a été présentée aux salariés en séminaires de motivation.
(...)*

Ce schéma a été présenté en Assemblée Générale, comme un intéressement. Il a été présenté dans le rapport annuel, dans la rubrique « Intérêts des dirigeants et du personnel », c'est-à-dire la rubrique où sont présentés les éléments de rémunération, stock options, retraites, avantages en nature, etc. »

Lors du conseil d'administration de SLPS du 15 décembre 2004, présidé également par Ernest Antoine SEILLIERE, il était précisé, que les **bénéficiaires seraient les membres du comité opérationnel de Wendel, soit une quinzaine de personnes**. Les options seraient d'une durée de six ans.⁵³

2. Une opération initiée peu de temps avant que Ernest-Antoine SEILLIERE quitte ses fonctions opérationnelles au sein du groupe et dont les principaux bénéficiaires sont Ernest-Antoine SEILLIERE et Jean-Bernard LAFONTA

Il n'était pas à cette occasion précisé que les principaux bénéficiaires de cette opération portant en transparence sur 4,65 % du capital de la société WENDEL INVESTISSEMENT étaient Jean-

⁵¹Extrait du rapport annuel 2004 en D 188.

⁵² Note confidentielle D 21.

⁵³ Rapport d'opinion Bredin Prat D 1240/40.

Bernard LAFONTA, Directeur général de WENDEL INVESTISSEMENT et Ernest Antoine SEILLIERE, président de SLPS et de WENDEL INVESTISSEMENT.

M. Ernest Antoine SEILLIERE, président de SLPS et de WENDEL INVESTISSEMENT se voyait en effet offrir la possibilité d'accéder à 21 % des parts de WENDEL PARTICIPATIONS, soit par transparence à 0,97 % du capital de WENDEL INVESTISSEMENT en constituant le sous-jacent.

Jean-Bernard LAFONTA, directeur général de WENDEL INVESTISSEMENT à l'époque se voyait offrir la possibilité d'accéder à 38,6 % des parts de WENDEL PARTICIPATIONS représentant 1,8 % du capital de WENDEL INVESTISSEMENT en constituant le sous-jacent.

Le tribunal relève à cet égard que Ernest Antoine SEILLIERE, né le 20 décembre 1937, a atteint l'âge de 67 ans le 20 décembre 2004, et a quitté ses fonctions opérationnelles au sein de WENDEL INVESTISSEMENT le 30 juin 2005, date à laquelle il est devenu président du conseil de surveillance.

Il en résulte qu'il ne s'agissait manifestement pas, en lui attribuant cet intéressement en capital, de le fidéliser entre décembre 2004 et décembre 2010, mais plutôt, comme il l'a reconnu lui-même à l'audience (cf. note d'audience du 19 janvier 2022 page 17 de le « *remercier pour le travail accompli* »). Le tribunal relève qu'en tant que président directeur général de WENDEL INVESTISSEMENT et président de SLPS, sa pleine adhésion à l'opération Solfur était indispensable à la réalisation de cette opération d'intéressement.

Il apparaît d'ailleurs sur le rapport annuel 2004 qu'aucune prime de départ ni contrat de retraite spécifique n'était prévu pour les dirigeants de WENDEL INVESTISSEMENT et donc, notamment, pour Ernest Antoine SEILLIERE.

Ainsi le programme Solfur, à mi-chemin entre « stock-options » et « carried-interest » constituait bien un système alternatif d'intéressement individualisé mis en place au profit des « managers » de WENDEL qui sont les dirigeants et les membres du comité opérationnel.

Il résulte notamment des déclarations de Gérard LAMY, directeur de la communication financière du groupe WENDEL, qu'il avait été convenu en 2004 que les managers recevraient directement des actions WENDEL notamment, ce qui semble parfaitement cohérent avec le système d'intéressement mis en place.⁵⁴

Ce système d'intéressement, hors de tout cadre légal spécifique, supposait par nature que les titres WENDEL INVESTISSEMENT porteurs d'une plus-value entrent dans le patrimoine de chaque manager et que le gain correspondant soit en principe imposé dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers.

Lorsqu'un dirigeant salarié ou toute autre personne en relation d'affaires avec un groupe de sociétés bénéficie d'options de souscription ou d'achat d'actions en dehors du dispositif légal, ou se voit offrir la possibilité d'acheter ou/et de revendre dans les conditions préférentielles des titres d'une société, l'administration se réserve le droit de requalifier le gain réalisé à cette occasion et de le taxer non pas dans la catégorie des plus-values sur valeurs mobilières mais dans celle correspondant effectivement à la nature de l'opération réalisée (instruction du 12 mai 1995, référencée 5 F-9-95, publiée le 22 mai 1995).

54D 684, D957.

II-. Le moyen de l'opération : un discret véhicule d'intéressement, la SAS Compagnie de SOLFUR, devenue ensuite COMPAGNIE DE L'AUDON (CDA)

Le 22 octobre 2004, Ernest-Antoine SEILLIERE constituait avec deux autres cadres dirigeants du groupe WENDEL, Jean-Bernard LAFONTA et Nicole DUPUIS⁵⁵, secrétaire générale de WENDEL à l'époque, la SAS COMPAGNIE DE SOLFUR, devenue COMPAGNIE DE L'AUDON (CDA) ayant pour objet la gestion de participations, destinée à servir de véhicule à ce nouveau dispositif d'intéressement.

Nicole DUPUIS a souscrit 1 000 actions, Jean-Bernard LAFONTA 10 000 et Ernest-Antoine SEILLIERE 29 000. Ce dernier était donc au départ associé à 72,5% avec Jean-Bernard LAFONTA (25%) dans cette structure, qui a acquis trois jours plus tard l'option d'achat des titres de WENDEL PARTICIPATIONS.

Le 25 octobre 2004, la société COMPAGNIE DE SOLFUR faisait en effet l'acquisition auprès de la SA SOLFUR (filiale à 100% de WENDEL INVESTISSEMENT), moyennant le paiement échelonné d'une prime de 4 millions d'euros, d'une option d'achat des 569.333 parts sociales, représentant 13,5% du capital de WENDEL PARTICIPATIONS détenue par SOLFUR, au prix de 179,28 € par part sociale, soit un prix d'exercice de 102.070.000 €, sous déduction de l'ensemble des dividendes et distributions de réserves à recevoir entre la date de l'option et son terme, le 25 octobre 2010.

Ce mécanisme permettait aux « managers », certains cadres et mandataires sociaux, de WENDEL regroupés dans COMPAGNIE DE SOLFUR de devenir actionnaires de WENDEL PARTICIPATIONS, pour un prix correspondant à la valeur de celle-ci en 2004, diminuée des dividendes versés entre la date d'attribution de l'option et sa date d'exercice. L'objectif de cet achat était de permettre aux cadres dirigeants du groupe, par le biais de leur participation dans COMPAGNIE DE SOLFUR **d'être partie prenante aux résultats futurs du groupe et notamment de ceux de la SA WENDEL à travers l'évolution du cours de l'action.**

Le 27 décembre 2004, dix dirigeants et cadres de WENDEL étaient admis à entrer au capital de la COMPAGNIE DE SOLFUR. Le financement obtenu, en suite de cette augmentation de capital, permettait à la COMPAGNIE DE SOLFUR d'acquitter le versement de la première tranche du prix d'achat de l'option sur les parts de WENDEL PARTICIPATIONS payable avant le 31 décembre 2004.

Nicole DUPUIS céda ses 1000 actions à M. HEMERY, directeur fiscal du groupe et M. ROPERT, directeur financier et nouvel associé, devenant président en remplacement de Nicole DUPUIS qui démissionnait.⁵⁶

A la suite d'augmentations de capital, la répartition du capital de CDA (996 250 €) évoluait. Le 28 juillet 2006, Ernest-Antoine SEILLIERE détenait près de 21% du capital de CDA, Jean-Bernard LAFONTA en détenait plus de 38,2 % et Bernard GAUTIER près de 12,78 %. Ainsi ces trois mandataires sociaux détenaient plus de 72,5 % du capital social de CDA, soit 3,38% du capital de WENDEL INVESTISSEMENT sous-jacent, et les autres managers se partageaient les 28 % restant, soit 1,27 % du capital de WENDEL INVESTISSEMENT sous-jacent.

⁵⁵Dirigeante de la SAS Compagnie de Solfur jusqu'au 27 décembre 2004, date à laquelle elle était remplacée par M. ROPERT.

⁵⁶D 912.

Néanmoins, messieurs SEILIERE, LAFONTA et GAUTIER n'apparaissent pas comme dirigeants de droit de cette société, alors qu'ils étaient mandataires de WENDEL INVESTISSEMENT. C'est M. ROPERT, directeur financier de WENDEL INVESTISSEMENT détenant 3% du capital de CDA, qui était désigné comme président de la SAS COMPAGNIE DE SOLFUR.

La société COMPAGNIE de SOLFUR, devenue CDA le 28 juillet 2006, a donc été créée par les dirigeants du groupe Wendel aux seules fins d'acquérir auprès de Solfur l'option d'achat de la participation de 13,5% détenue par cette société dans la société WENDEL PARTICIPATIONS, qui détenait 2 554 000 actions WENDEL INVESTISSEMENT représentant 4,65 % du capital de WENDEL. Elle avait pour seuls actionnaires des membres du comité opérationnel du groupe. Elle a été spécifiquement constituée pour servir de véhicule d'intéressement dans le cadre de l'opération SOLFUR.

Dans l'acte d'option d'achat du 25 octobre 2004, il est exposé en préambule que la Compagnie de SOLFUR (devenue CDA) a été constituée entre différents managers du groupe WENDEL, afin d'acquérir auprès de SOLFUR une option d'achat portant sur les 569 333 parts sociales qu'elle détient dans le capital de la société, elle-même actionnaire de la société WENDEL INVESTISSEMENT (WI).

Le tribunal relève que la constitution de cette société, pas plus que l'existence d'un véhicule d'intéressement ou de co-investissement, n'est aucunement mentionnée dans le rapport annuel de WENDEL INVESTISSEMENT de l'année 2004, pas plus que dans celui de l'année 2007, année du débouclage.

Ces éléments sont de nature à corroborer l'information figurant dans l'assignation devant le tribunal de commerce délivrée le 10 novembre 2010 par M. DESCLEVES à la société WENDEL ainsi qu'à messieurs SEILLIERE, LAFONTA et GAUTIER, selon laquelle c'est par souci de discrétion médiatique que la Compagnie de SOLFUR a changé de nom le 28 juillet 2006 pour devenir Compagnie de l'Audon (CDA).⁵⁷

Fin 2006, au regard de l'augmentation du cours de l'action WENDEL INVESTISSEMENT, passé de 30 euros à plus de 110 euros entre 2004 et 2007, dont la valeur des parts sociales WENDEL PARTICIPATIONS avait bénéficié par transparence, les associés décidaient d'anticiper le débouclage du programme SOLFUR.

En février 2007, la COMPAGNIE DE SOLFUR, nouvellement nommée COMPAGNIE DE L'AUDON (CDA) empruntait auprès de la COMPAGNIE D'UZARU, filiale de la COMPAGNIE DE L'AURETTE (CDLA), détenant la participation dans LEGRAND, le montant lui permettant d'acquitter le solde du prix d'achat de l'option auprès de SOLFUR.

L'option d'achat des WENDEL PARTICIPATIONS ne sera finalement pas levée mais, le 26 février 2007 CDA absorbait la COMPAGNIE DE L'AURETTE, qui détenait le produit de l'intéressement LEGRAND, ce qui permettait à CDA, de façon anticipée, le 3 avril 2007, d'acquérir auprès de la société WENDEL INVESTISSEMENT pour le prix de 78 700 000 € les titres de la société SOLFUR qu'elle absorbait le même jour par transmission universelle du patrimoine, entraînant l'extinction de l'option d'achat des titres WENDEL PARTICIPATIONS.^{58A}

57D 186/8.

58Propriétaire de 100% des titres SOLFUR, CDA devient à cette occasion actionnaire direct de WENDEL PARTICIPATIONS WP à hauteur de 13,5%.

cette occasion, **12,6 millions d'euros** provenant de la trésorerie de SOLFUR étaient récupérés par CDA et permettaient de financer une partie du paiement du prix d'achat de SOLFUR à WENDEL PARTICIPATIONS de 78,7 millions d'euros qui avait dans un premier temps été assuré par une ligne de crédit de la banque JP MORGAN.⁵⁹

Le prix d'acquisition de SOLFUR de 78,7 millions d'euros était évalué sur la base de celui de la levée de l'option d'achat des titres WENDEL PARTICIPATIONS qui constituaient son seul actif. **En cédant les titres SOLFUR (détenue à 100% par WENDEL INVESTISSEMENT) à CDA, WENDEL INVESTISSEMENT, a en effet créé les conditions de la résiliation anticipée (extinction de l'option) qui permettaient de ramener le prix d'achat des titres de SOLFUR, de 102 à 78, 7 millions d'euros.**

Il convient de relever que le paiement du prix a également été effectué à hauteur de **31 millions d'euros** apportés indirectement par la plupart des actionnaires lors de la fusion-absorption de la SAS Compagnie de l'Aurette (CDLA) intervenue le 26 février 2007 afin de faciliter le rachat de SOLFUR en prévision de cette opération.

La Compagnie de l'Aurette a été constituée par certains managers de WENDEL début 2003 dans le cadre de l'acquisition de LEGRAND par un consortium majoritairement constitué de WENDEL et du fonds d'investissement américain KKR.

Plutôt que de recevoir les fonds correspondant à la cession des actions LEGRAND, les managers de WENDEL ont choisi de réinvestir ces fonds, afin de leur permettre de disposer à terme du montant nécessaire à la levée de l'option détenue par CDA prévue au plus tard en 2010. En fait, ces actifs provenant de l'investissement dans LEGRAND ont été utilisés pour l'acquisition de SOLFUR dès 2007.

A l'issue de cette opération CDA détenait donc désormais directement les 2 554 000 titres WENDEL INVESTISSEMENT dont la valeur s'élevait à plus de 324 millions d'euros. Jean-Bernard LAFONTA, président du directoire de WENDEL INVESTISSEMENT, et Ernest-Antoine SEILLIERE, président du conseil de surveillance, détenaient à eux seuls plus de 60 % de CDA, ce qui représente des actions WENDEL INVESTISSEMENT valorisées 195 millions d'euros.

A la même période que l'acquisition de SOLFUR par CDA, au mois d'avril 2007, la plupart des associés de CDA⁶⁰, créaient une ou deux sociétés civiles⁶¹ imposées à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés qui allaient être utilisées dans le cadre de l'opération de « *débouclage* ».

III-. Les conditions de l'opération : des avantages financiers consentis aux managers de la société WENDEL INVESTISSEMENT et un risque limité

Le Conseil d'administration de Wendel du 22 octobre 2004 (document n°4) (D1240/39) précisait :

⁵⁹Notification de redressement concernant notamment JB LAFONTA page 12.

⁶⁰A l'exception de Bernard GAUTIER qui détenait avec son épouse une société civile BJPG PARTICIPATION constituée le 1er septembre 2006, de M. VAN OMNREN, résidant aux Pays-Bas et de Jean-Bernard LAFONTA

⁶¹Selon que les actions CDA étaient ou non détenues à l'intérieur d'un Plan Épargne Action.

Le conseil a approuvé à l'unanimité la mise en place de cette politique. Le prix d'exercice de ces titres Wendel-Participations résultait (par transparence) de la moyenne sur 6 mois des cours de Wendel en date du 22 octobre 2004 (40 euros). Les dividendes versés par Wendel devaient venir réduire le prix d'exercice de l'option et un « vesting »⁶² de quatre ans serait mis en place. Compte tenu du caractère illiquide des actions Wendel-Participations, il a été indiqué au conseil qu'une banque d'affaire avait produit une évaluation indépendante du prix de ces options à 4 millions d'euros.

Ainsi l'intérêt pour les managers est constitué par la différence susceptible d'être dégagée entre le prix de revient de levée de l'option (prix de l'option + prix de levée de l'option - dividendes) et la valeur des titres à la date de levée de l'option :

- Soit il n'y a pas d'augmentation du cours de bourse de l'action WENDEL INVESTISSEMENT entre 2004 et 2010 et l'option n'est pas levée (l'investissement correspondant au prix d'achat de l'option, soit 4 M € est perdu).
- Soit il y a une augmentation du cours de bourse et la différence entre le prix d'achat fixé sur la base du cours de 2004 et le cours à la date de levée effective de l'option (gain) constitue l'intéressement destiné à récompenser individuellement chaque manager.

La société WENDEL (WENDEL INVESTISSEMENT ou WI à l'époque) présidée alors encore pour quelques mois par Ernest-Antoine SEILLIERE décidait en octobre 2004 de donner à ses cadres-dirigeants la possibilité, pendant les six prochaines années, d'acheter des titres de la société WENDEL PARTICIPATIONS qui détenait 4,66 % du capital de WENDEL INVESTISSEMENT au cours de 2004, duquel seraient déduits les dividendes versés par Wendel. La déduction de ces dividendes du prix de levée de l'option constitue un avantage financier accordé aux managers par WENDEL INVESTISSEMENT qui, en tant qu'actionnaire à 100% de SOLFUR, est propriétaire de ces dividendes jusqu'à la levée de l'option.

En outre, l'administration fiscale a considéré, sans remettre en cause la méthode de valorisation, que le prix de l'option d'achat (4 millions d'euros) validé par l'évaluation de la banque ABN AMRO le 9 décembre 2004 soit postérieurement à l'acquisition de l'option le 25 octobre 2004⁶³, était sous-évalué de plus de 7 millions d'euros correspondant à 65% de sa valeur réelle du fait :

- D'une erreur sur le nombre de titres WENDEL INVESTISSEMENT détenus par WENDEL PARTICIPATIONS⁶⁴,
- De la longue (6 mois) période de calcul du cours moyen de 40 euros, qui n'est pas justifiée et, en période de hausse de cours, a une incidence à la baisse sur le cours moyen retenu⁶⁵
- De l'application d'une décote d'illiquidité de 51,6% considérée comme excessive, correspondant à la décote moyenne constatée entre 1998 et 2004, lors des cessions de titres SLPS entre membres de la famille WENDEL, alors que les contraintes ne sont pas

⁶²Si l'un des signataires d'une clause vesting (actionnaire, dirigeants, cadres ou autres) décide de quitter la société, de vendre ses parts ou commet une faute ayant pour conséquence son renvoi, il perd les avantages dont il bénéficiait jusqu'à présent. De ce fait, un départ anticipé peut conduire à la perte totale ou partielle de ses actions dans la société.

⁶³Évaluation confirmée par des experts et des assistants spécialisés du parquet intervenus dans le cadre de la procédure pénale initiée par Mme BOEGNER, cousine de Ernest-Antoine SEILLIERE.

⁶⁴La banque ABN AMRO a retenu que la société SOLFUR détenait par transparence 2 475 000 titres de la société WENDEL INVESTISSEMENT alors qu'elle en détenait en réalité 2 554 000.

⁶⁵L'administration y a substitué la moyenne de leur valeur sur 30 jours considérant que la société SOLFUR détenait déjà ces titres et n'avait pas besoin d'un délai de 6 mois pour les acquérir.

les mêmes (interdiction de céder à quelqu'un qui n'est pas un descendant de François de WENDEL) et que cette moyenne sur 6 ans ne tient pas compte des simplifications de structure importantes intervenues dans le groupe WENDEL depuis la fin de l'année 2001.

C'est sur ce fondement que l'administration a retenu une décote d'illiquidité de 40% sur le titre WENDEL PARTICIPATIONS et regardé le gain réalisé par les contribuables lors du rachat de ses propres actions par CDA à hauteur de 65% comme constituant un complément de salaire imposable.

Le principe même d'application d'une décote d'illiquidité, incontestable sur le plan de la méthode d'évaluation financière, paraît en tout état de cause en l'espèce très théorique dans la mesure où, dès 2004, la volonté du groupe, dont le PDG, Ernest-Antoine SEILLIERE est aussi président de SLPS et de WENDEL PARTICIPATIONS, est de supprimer la boucle d'auto-contrôle et de permettre aux dirigeants d'accéder aux titres WENDEL INVESTISSEMENT dans le cadre d'un programme, dont il est l'un des principaux bénéficiaires. Cette option s'intègre donc dans un dispositif qui prévoit dès l'origine une liquidité importante des titres WENDEL PARTICIPATIONS.

Le contentieux de la catégorie d'imposition est à ce jour tranché définitivement pour M. LAMY.⁶⁶ La Cour administrative d'appel a considéré que la nature du gain réalisé par M. LAMY et sa catégorie d'imposition ne dépendaient pas de l'existence, alléguée par l'administration, d'une minoration de la valeur de l'option d'achat cédée par la société Solfur à la société CDA Elle a confirmé l'imposition du gain à hauteur de 65% dans la catégorie des traitements et salaires, considérant qu'il s'agissait bien d'un complément de salaires, et pour le surplus dans celle des plus-values de capitaux mobiliers.

Le groupe WENDEL a permis à ses dirigeants et mandataires d'acquérir une option d'achat des titres WENDEL PARTICIPATIONS et du sous-jacent en titres WENDEL INVESTISSEMENT cotés et liquides à des conditions très privilégiées.

L'option d'achat n'a pas été exercée effectivement, mais a eu un impact direct sur la valeur des titres SOLFUR achetés en 2007, permettant par conséquent l'obtention à moindre coût des titres WENDEL INVESTISSEMENT, lors du rachat par la société WENDEL PARTICIPATIONS de ses propres titres.

WENDEL INVESTISSEMENT a en effet accepté **le 3 avril 2007 de céder à CDA** pour le prix de **78 700 000 €** les titres de la société SOLFUR alors que le prix d'exercice de l'option était de **102 millions d'euros** jusqu'en octobre 2010 et que **la valeur boursière des titres WENDEL INVESTISSEMENT sous-jacents était de 324 millions d'euros**. Si ce prix d'achat est fondé sur la valeur de l'option d'achat des titres WENDEL PARTICIPATIONS qui constituent le seul actif de SOLFUR, il n'en demeure pas moins que WENDEL INVESTISSEMENT a consenti un avantage aux managers. Le prix d'achat par CDA des titres WENDEL INVESTISSEMENTWI sous-jacents est donc finalement en avril 2007 de moins de 31 euros⁶⁷ (**moins de 33 euros** en intégrant le prix de l'option⁶⁸) alors que le cours moyen des six derniers mois du titre WENDEL INVESTISSEMENT WI en octobre 2004 était de **40 euros** et que le cours en avril 2007 était de **128 euros**.

66 Arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 12 avril 2018.

67 $78\,700\,000 / 2\,554\,000$ titres = 30,81 euros.

68 $78\,700\,000 + 4\,000\,000 = 82\,700\,000 / 2\,554\,000 = 32,3$ euros.

Il convient d'ajouter que l'acte d'option d'achat de SOLFUR, prévoyant que les dividendes viendraient en déduction du prix d'exercice de l'option, ces dividendes ont été laissés dans la trésorerie de SOLFUR. Ainsi, le paiement du prix d'achat de SOLFUR à WENDEL WPARTICIPATIONS a été effectué à hauteur de **12,6 millions d'euros provenant de la trésorerie de SOLFUR, récupérée suite à la TUP.**⁶⁹

En intégrant cette trésorerie récupérée, le prix de revient total des titres WENDEL INVESTISSEMENTWI acquis par CDA s'établit à **27,4 euros.**⁷⁰, soit **70 millions d'euros** pour les 2 554 000 titres WENDEL INVESTISSEMENTWI.

En conclusion, à l'issue de ces opérations CDA a acquis en 2007 pour un prix de **66 millions d'euros**⁷¹ 2 554 000 titres WENDEL INVESTISSEMENT WI alors que l'option d'achat SOLFUR prévoyait, sur la base du cours de 2004, un prix d'exercice de l'option de **102 millions d'euros**. Au-delà de la question de la sous-évaluation du prix d'achat de l'option (qui s'élèverait à 11,3 millions d'euros au lieu de 4 millions selon l'administration), les managers ont donc bénéficié de conditions très avantageuses de la part de WI WENDEL INVESTISSEMENT qui leur ont permis d'acheter pour **66 millions d'euros** des titres évalués à **102 millions d'euros en 2004** et qui valaient **324 millions d'euros en avril 2007** compte tenu de l'évolution du cours de bourse.

Il convient encore de préciser que ces 66 millions ont été financés à hauteur de 31 millions d'euros par les résultats de l'opération de co-investissement des managers sur l'acquisition de LEGRAND, qui ont été réinvestis dans CDA en vue de financer l'opération SOLFUR. Ces apports ont été réalisés par les managers sans aucun risque dès lors qu'étaient parfaitement connus la valeur du sous-jacent de WENDEL PARTICIPATIONS, les titres cotés WENDEL INVESTISSEMENTWI, soit 324 millions d'euros, ainsi que la prochaine étape de l'opération, décidée quelques jours après, de rachat par WENDEL PARTICIPATIONS de ses propres titres à CDA pour un prix très largement supérieur à leur coût d'acquisition.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que le risque d'investisseur pris par les actionnaires de CDA est peu significatif, d'autant plus que CDA a bénéficié de conditions de paiement avantageuses. Le paiement échelonné de cette somme de 4 millions d'euros a en effet été effectué :

- Le 27 décembre 2004 alors que le cours de Wendel était déjà à 53 €⁷²,
- En juin 2006 dans un contexte boursier favorable (cours aux alentours de 90 €) et alors que le débouclage de l'opération en mai 2007 était déjà prévu,
- En février 2007 alors que la somme a été financée par le produit de l'investissement Legrand (CDLA).

Ainsi, si le risque de marché n'est jamais totalement exclu, le tribunal ne partage pas la position de la plupart des prévenus dont les conseils soutiennent qu'ils ont pris un risque significatif à l'occasion de cette opération. En ce qui concerne le **risque de réalisation** en cas d'opposition de la famille WENDEL soulevé par le conseil de Jean-Bernard LAFONTA, il paraît limité compte tenu :

69 Voir notification de redressement de M. LAFONTA par exemple page 12.

70 $78,7 \text{ M €} + 4 \text{ M €} - 12,6 \text{ M €} = 70,1 \text{ M €} / 2 554 000 = 27,4 \text{ €}$.

71 $78,7 \text{ millions d'euros} - 12,6 \text{ millions d'euros de trésorerie SOLFUR}$.

72 A rapprocher du cours de 40 € de 2004 retenu pour l'évaluation du prix d'exercice de l'option.

- de l'intérêt non contesté pour la famille WENDEL de voir supprimer la boucle d'auto-détention SOLFUR et d'éviter les effets de dilution du capital qui découlent des systèmes de stock-options,
- des décisions prises dès 2004, et notamment l'option d'achat des titres WENDEL PARTICIPATIONS acquise auprès de SOLFUR, filiale à 100% de WENDEL INVESTISSEMENTWI, qui engage le processus, fige le prix d'exercice de l'option et contient une clause protectrice en cas de résiliation anticipée de cette option,
- des fonctions et du rôle de Ernest-Antoine SEILLIERE au sein de WENDEL INVESTISSEMENT (WI), mais aussi de la société familiale SLPS et de WENDEL PARTICIPATIONS, qui se trouve être un des principaux associés de CDA et donc un des principaux bénéficiaires du système d'intéressement.

IV-. Le débouclage de l'opération : la sortie de CDA et l'appréhension individuelle par les managers de leur intéressement en 2007 sans générer d'événement taxable

1. Un schéma global conçu de façon anticipée et concertée

A partir du **dernier trimestre 2006** un schéma global est envisagé, visant à répartir entre les actionnaires de CDA les titres WENDEL INVESTISSEMENTWI et LEGRAND inscrits au bilan de CDA ou à leur permettre d'appréhender les profits réalisés par cette société. Il convient de relever qu'à cette date CDA ne détenait pas les titres WENDEL PARTICIPATIONS, ni a fortiori les titres WENDEL INVESTISSEMENT. WI.

Ce n'est en effet que sept mois plus tard, le **29 mai 2007**, le même jour que la phase « cession » de l'apport cession de CDA (cf. infra), qu'il était procédé à la sortie de la COMPAGNIE DE L'AUDON de WENDEL PARTICIPATIONS : le 29 mai 2007, cette société procédait à une réduction de son capital en rachetant ses propres titres à la société COMPAGNIE DE L'AUDON, moyennant remise de titres WENDEL INVESTISSEMENT. **A la suite de cette opération, COMPAGNIE DE L'AUDON se trouvait détentrice de 2.536.700 actions WENDEL, représentant une valeur boursière de 324.418.563 euros, soit 4,66% du capital de WENDEL INVESTISSEMENT.**

Néanmoins, dès le **3 octobre 2006**, Pierre-Pascal BRUNEAU du cabinet PLIMPTON & DEBEVOISE adressait à MM. LAFONTA, DESCLEVES et HEMERY un memorandum (D 886-13) sur la « *stratégie de sortie par réorganisation* » présentant les « *différentes voies permettant aux actionnaires de la COMPAGNIE DE SOLFUR (CDS) d'appréhender les profits réalisés par cette société.* »

Les options étaient alors :

- « - une distribution de dividende par CDS,
- un rachat par CDS de ses propres actions,
- un transfert du siège social de CDA à l'étranger,
- une conversion de CDA en société civile. »

Il résulte d'échanges de courriels en date du **8 novembre 2006** dont l'objet est « Liquidité Audon » entre Stéphane BACQUAERT et David DARMON, d'une part, et Jean-Baptiste LAFONTA, d'autre part, que des réunions sont intervenues à l'époque, afin que chaque manager indique à Jean-Bernard LAFONTA le nombre de titres WENDEL INVESTISSEMENTWI qu'il souhaitera détenir à l'occasion de sa sortie de CDA, ainsi que la valeur estimée de ces titres en pourcentage des produits de cession, sur la base des simulations qui leur ont été communiquées⁷³. Stéphane

⁷³ Mails du 8 novembre 2006 en D 577.

BACQUAERT se dit par exemple « prêt à réinvestir 25% en actions WI (détenues en direct, liquides et librement échangeables). Sur la base des simulations qui (leur) ont été communiquées, ceci correspondrait à 13.000 titres (sur un équivalent perçu de 51.921 titres à 105€). » Jean-Bernard LAFONTA leur propose de réinvestir davantage, à savoir 25% des procédés bruts en WI jusqu'à 5ME de gain, 50% au-delà. »

On comprend que le financement de l'opération de débouclage va nécessiter l'intervention d'une banque (qui va acheter une partie des titres WENDEL INVESTISSEMENTWI détenus par CDA afin de permettre à la société de disposer de la trésorerie suffisante pour racheter à certains managers leurs titres CDA d'une part, et, d'autre part, pour revendre aux managers le nombre de titres WENDEL INVESTISSEMENT WI dont ils souhaitent disposer à l'occasion de leur sortie de CDA. Ces opérations exigent donc d'effectuer des simulations globales, intégrant la répartition souhaitée par chacun des managers entre titres WENDEL INVESTISSEMENTWI et OPCVM.

Il ressort d'un courriel interne au cabinet DEBEVOISE du **16 janvier 2007** ayant pour objet « Réorganisation CDA » dans lequel un des conseils, Gérard DUFRENE, faisait part de ses réflexions à ses confrères BRUNEAU et BERENGIER, que l'objectif de la réorganisation était de « permettre à chacun des 13 managers actionnaires de CDA (sauf JBL) de détenir en direct les titres WI et LEGRAND inscrits au bilan de CDA à l'issue d'une première série de réorganisations (cf. I du projet de note sur la réorganisation). »

Il ne s'agit donc plus pour chaque actionnaire d'appréhender les profits réalisés à travers la société CDA mais pour tous, sauf Jean-Bernard LAFONTA, de détenir en direct notamment les titres WENDEL INVESTISSEMENTWI inscrits au bilan de CDA.

On relève qu'en se référant au nombre de 13 managers (sauf Jean-Bernard LAFONTA), le cabinet d'avocats exclut dès le départ du schéma de réorganisation le 15ème manager, Dirk-Jan Van OMMEREN, de nationalité néerlandaise et résidant aux Pays-Bas. Il sera en effet le seul d'entre eux à avoir conservé, en mai 2007, ses titres CDA qu'il cédait à cette entité contre la remise directe de 10 168 titres WENDEL INVESTISSEMENTWI. Il n'avait eu recours ni à une holding personnelle, ni à aucun élément du montage mis en œuvre par les autres associés, et expliquait lors de son audition :

« Je n'étais pas concerné parce que, en tant que néerlandais non résident en France, et en vertu d'un traité fiscal entre les Pays-Bas et la France, je n'avais pas à payer de taxe sur la plus-value générée. Le dispositif mis en place au profit des managers français avait en revanche pour objectif d'optimiser fiscalement leur investissement au sein de CDA ».
(D910)

Le mail de Gérard DUFRENE du 16 janvier 2007 précité se poursuit sur les aspects fiscaux :

« le schéma « normal » pour arriver à cette situation serait que CDA distribue les titres considérés ou rachète ses propres actions, ou que les managers rachètent des titres à CDA, conduisant alors, directement ou indirectement, à une distribution de revenus immédiatement imposables chez ces managers au taux effectif de 32,68 % (Alternativement les managers auraient pu acheter ces titres sur le marché) »... « des opérations subséquentes de réorganisation (cf II du projet de note) conduisent à permettre aux managers de réaliser des plus-values sur les titres WI et LEGRAND en différant l'imposition jusqu'à la cession de ces titres. »⁷⁴

Ainsi les opérations envisagées ont évolué entre octobre 2006 et janvier 2007, prévoyant de transformer des revenus de capitaux mobiliers en plus-values de cession (régime fiscal plus avantageux) qui seront surtout automatiquement placées sous le régime du sursis d'imposition.

Après avoir évoqué le risque d'abus de droit, Gérard DUFRENE concluait son mail :

« Cela étant aussi, l'administration se lancerait-elle dans une procédure d'abus de droit visant essentiellement à remettre en cause un sursis d'imposition qui me paraît l'avantage essentiel de ces transactions, plus que leur impact sur le taux d'imposition (un différentiel de 5,58%)? »

Dans un mémorandum du cabinet DEBEVOISE en date du **22 janvier 2007** (projet pour discussion- CDA Réorganisation D 1211) il est précisé en introduction que la réorganisation est *« destinée à permettre un transfert des actifs que les Associés détiennent au sein de CDA. »*. Le paragraphe 2. « Structure postérieure à la réorganisation » commence ainsi :

« Ces étapes seraient entreprises dans la mesure du possible sous le régime fiscal du sursis à imposition. »

La deuxième étape du schéma décrit dans cette note (D 12113) concerne « l'apport par tous les Associés (sauf un) de leurs actions CDA à des sociétés nouvellement créées (« Newcos ») » et prévoit :

- Chaque Associé créerait une nouvelle société française (« Newco ») à laquelle les actions CDA seraient apportées.
- Cet apport bénéficierait du régime fiscal du sursis d'imposition de l'article 150-0 B du CGI.

Elle précise par la suite (D 1211/8) : *« En substance, l'objectif des étapes 1 à 3 est de permettre à tous les Associés, sauf un, de sortir de la structure CDA tandis que l'un des Associés deviendrait le seul actionnaire de CDA. »*

Il apparaît ainsi que le projet de **faire sortir 13 managers de CDA sauf Jean-Bernard LAFONTA en bénéficiant du régime fiscal du sursis à imposition est envisagé dès le mois de janvier 2007** entre le cabinet d'avocats DEBEVOISE & PLIMPTON et MM. LAFONTA, DESCLEVES et HEMERY.

C'est dans ce contexte que cette « réorganisation » était présentée aux managers lors du séminaire de Méribel les 25 et 26 janvier 2007, puis à Luxembourg le 9 mars 2007.

2. La succession des opérations de débouclage : une série d'actes cohérents et convergents, passés en vue du partage de l'actif net de CDA sans générer d'événement taxable

La succession des opérations de débouclage s'inscrit donc dans ce schéma global qui conjugue, afin de répartir entre les actionnaires de CDA, l'actif net de ce véhicule d'intéressement *« sans générer d'événement taxable »* :

- une réduction de capital de CDA non motivée par des pertes, qui permet à tous les actionnaires sauf un, Jean-Bernard LAFONTA, de récupérer leur part d'actif net,

rémunérée par des titres WENDEL INVESTISSEMENT WI et ou des OPCVM (liquidités) ; au plan juridique, il s'agit d'apport-cession pour ceux qui ont été rémunérés par les liquidités (OPCVM) et d'apport-scission ou dissolution partielle pour ceux qui ont reçu des titres WI WENDEL INVESTISSEMENT⁷⁵ ;

- l'interposition pour tous les actionnaires qui apportent leurs actions à la réduction de capital, sauf M. VAN OMMEREN, qui n'est pas résident fiscal français et ne sera pas imposé ni en France ni au Pays-Bas, d'une société civile ayant opté pour l'impôt sur les sociétés (SCIS), qui permet de bénéficier automatiquement du régime du sursis d'imposition;
- le maintien de Jean-Bernard LAFONTA, seul, dans la société CDA qui a accompli son objectif de portage de l'intéressement des managers dans le cadre de l'opération Solfur et devient la structure personnelle de Jean-Bernard LAFONTA. Le maintien de cette structure soumise à l'IS permet à Jean-Bernard LAFONTA de ne pas payer l'impôt afférent à sa part d'actif net de CDA, qui correspond en l'espèce au boni de liquidation.

Le 3 mai 2007, l'assemblée générale de la société CDA a autorisé ses associés à apporter leurs titres dans des sociétés civiles, dont ils détenaient les parts. Elle a décidé en même temps une réduction de capital, non motivée par des pertes, par voie de rachat de ses titres.

Une opération de réduction de capital non motivée par des pertes peut être utilisée notamment pour faciliter la sortie d'un associé en faisant racheter ses parts ou actions par la société. Cette opération implique obligatoirement le paiement des associés ayant participé à cette réduction de capital. Elle permet le départ d'un actionnaire de la société, sans recours à une cession de parts. Pour exclure un actionnaire ou lorsqu'un actionnaire souhaite sortir de la société, il doit en principe céder ses actions. A défaut de cessionnaire ou pour accélérer la procédure, la diminution du montant du capital permet, à condition de disposer de la trésorerie suffisante ou de pouvoir recourir à l'emprunt, que la société rachète les titres du cédant et les annule.

En l'espèce les actionnaires, sauf Jean-Bernard LAFONTA et M. VAN OMMEREN, ont apporté le même jour les titres de la société CDA qu'ils détenaient à des sociétés civiles qu'ils avaient créées à cet effet et qu'ils contrôlaient. La plus-value d'apport que chacun des 13 managers concernés a constaté a alors été placée automatiquement sous le régime du sursis d'imposition, prévu par l'article 150-0 B du code général des impôts. La plus-value totale, ainsi placée en sursis d'imposition par les 13 managers, s'élève à **près de 200 millions d'euros** (hors Jean-Bernard LAFONTA).

Dès le 29 mai 2007, la société CDA a procédé au rachat de ses propres titres auprès des sociétés civiles soumises à l'impôt sur les sociétés pour un prix identique à leur valeur d'apport, sans que cette opération ne donne donc lieu à aucune plus-value pour les sociétés civiles. Ces dernières ont reçu en échange :

- des titres WENDEL INVESTISSEMENTWI pour certaines,
- des parts de Sicav monétaires, que les managers ont totalement ou partiellement utilisées pour nantir un prêt leur permettant d'acquérir à titre personnel des titres de la société Wendel Investissement.

On relève donc :

- l'intervention presque simultanée de l'apport des titres CDA par tous les managers, sauf Jean-Bernard LAFONTA et M. VAN OMMEREN, aux sociétés civiles (qu'ils avaient

⁷⁵ Lettre du Professeur LE GALL en D 741.

créées peu de temps auparavant ⁷⁶et qu'ils contrôlaient) et qui avaient opté pour l'imposition à l'impôt sur les sociétés, et du rachat par la société CDA de ses propres titres à 14 des 15 actionnaires en vue de leur annulation,

- la simultanéité des opérations menées par tous les actionnaires de CDA.

En outre, l'examen des actifs attribués aux différentes SCIS en paiement de leurs titres CDA respectifs démontre que les attributions sont le fruit d'un choix concerté et non d'une répartition proportionnelle, ce qui n'est au demeurant pas contesté par les prévenus. Le financement du débouclage par la banque JP MORGAN impose une telle concertation.

Trois actionnaires — les SCIS de Messieurs GAUTIER et CHAMBRIARD, ainsi que Monsieur VAN OMMEREN - perçoivent exclusivement, à quelques euros près, des actions WENDEL INVESTISSEMENT(WI). La SCIS de Monsieur SEILLIERE reçoit des titres WENDEL INVESTISSEMENT WI à hauteur de 65 millions d'euros et des OPCVM à hauteur de 15 millions d'euros. Les autres SCIS reçoivent uniquement des OPCVM à l'exception de Monsieur LAFONTA qui, n'ayant pas accepté l'offre de rachat, est demeuré actionnaire de CDA. Les titres d'OPCVM, fongibles ou liquides par nature, sont équivalents à une somme d'argent.

La remise de titres WI s'analyse en un partage ou une dissolution partielle —, tandis que la remise de titres d'OPCVM équivaut à un rachat, c'est-à-dire une cession, des titres CDA.

Selon les termes utilisés, tant par l'opinion du cabinet DEBEVOISE que par l'administration ou le Comité de l'abus de droit fiscal, conformément à la note du professeur LE GALL, dans un cas, on pourrait dire que l'opération s'identifie à une opération d'apport transmission ou dissolution, dans l'autre, d'apport-cession.

La succession des opérations de débouclage relève donc d'une série d'actes concertés, cohérents et convergents, passés en vue de créer une situation juridique : le partage de l'actif net de CDA, afin que chaque cadre ou mandataire récupère sa part d'intéressement en capital, en titres cotés WENDEL INVESTISSEMENT WI ou en OPCVM, sans générer d'événement taxable.

Il convient, dès lors, de déterminer si cette succession d'opérations, parfaitement régulière dans son ordonnancement juridique, a d'autres motivations que de soustraire les contribuables aux impositions normalement exigibles.

L'administration peut en effet invoquer l'abus de droit si l'opération présente un caractère **purement artificiel** (ne correspond à aucune réalité économique) **et n'a d'autre objet que de contourner une règle fiscale.**

76 A l'exception de M. GAUTIER qui a créé sa SCIS au mois de septembre 2006.

CHAPITRE II – OPTIMISATION FISCALE OU ABUS DE DROIT ?

A titre préliminaire : sur la distinction entre optimisation fiscale et abus de droit

Il résulte des dispositions de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales que l'administration est fondée à écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable dès lors que ces actes ont un caractère fictif ou que, **recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes 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, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles.

Un extrait des conclusions du commissaire du gouvernement dans l'affaire SAGAL⁷⁷ éclaire utilement la distinction entre optimisation fiscale et abus de droit. Le Président Pierre COLLIN précise :

« En second lieu, la cour a totalement omis de tenir compte, ainsi que le soutient à juste titre le ministre, de l'argumentation relative à l'absence de substance de la société holding. Or celle-ci était essentielle dans le débat. Ce que la procédure d'abus de droit vise à combattre, ce n'est pas la simple optimisation fiscale ou le simple fait, pour une société de passer des actes isolés et courants qui lui permettront de réduire au maximum sa dette fiscale. Nul ne songerait, par exemple, à contester le droit d'une société de chercher à minimiser son résultat fiscal, ou encore de faire un aller-retour sur son portefeuille pour dégager des moins-values venant compenser des plus-values. Ce que l'abus de droit sanctionne, c'est le montage. Ce montage peut-être une pure fiction juridique, c'est l'abus de droit par simulation ; il peut être une pure fiction économique, c'est l'abus de droit par fraude à la loi. Dans un arrêt de 1964, soit avant même que vous dégagiez de manière solennelle la notion d'abus de droit par fraude à la loi, vous jugiez que le texte relatif à la répression des abus de droit avait pour objet « de permettre à l'administration de parer aux manœuvres consistant, sous le couvert d'actes juridiques apparemment réguliers, à dissimuler sciemment des bénéfices en vue de faire échec à la loi fiscale en faisant échapper à l'impôt des sommes normalement imposables ».

Les dispositions de l'article L 64 du LPF ont pour objectif **« uniquement d'exclure du bénéfice de dispositions fiscales favorables les montages purement artificiels dont le seul objet est de contourner la législation fiscale française. »**. Est constitutif d'un abus de droit, par exemple au sens et pour l'application de ces dispositions, le fait pour un contribuable de participer au montage consistant à acquérir, dans le seul but d'éluider l'impôt, une participation dans une holding luxembourgeoise dépourvue de toute substance économique.⁷⁸ Il y a abus de droit « en dehors de toute prise de risque inhérente à l'apport en société et en dehors de toute logique économique⁷⁹ ou encore en cas d'inutilité de l'opération montée.⁸⁰

⁷⁷ Arrêt SAGAL (CE 18 mai 2005 req. 267087).

⁷⁸ CE 18 févr. 2004, n° 247729, SA PLEIADE, RJF 2004, n° 510 et arrêt SAGAL (CE 18 mai 2005 req. 267087).

⁷⁹ Arrêt Casino du 20 mars 2007.

⁸⁰ Arrêt Portimmo (Cass Com 3 avril 2007 n°06-10702).

Ainsi, les actes non fictifs constituent **un abus de droit par fraude à la loi lorsque deux conditions sont cumulativement remplies : un but exclusivement fiscal et la contrariété du montage aux objectifs poursuivis par le législateur.**

La fraude est caractérisée lorsqu'une opération parfaitement régulière dans son ordonnancement juridique n'a d'autre motivation que de soustraire le contribuable aux impositions normalement exigibles. Quand bien même l'acte ne serait pas fictif, l'administration peut invoquer l'abus de droit s'il présente un caractère **purement artificiel** (ne correspond à aucune réalité économique) **et n'a d'autre objet que de contourner une règle fiscale.**

Il appartient dès lors au tribunal, après avoir vérifié que des impositions étaient normalement exigibles **(I)**, de rechercher si le schéma de sortie de CDA constitue un montage purement artificiel, dont le but est exclusivement fiscal **(II)**. Le cas échéant, il conviendra alors d'appréhender ce montage sous l'angle de l'esprit de la loi **(III)**.

I-. Une condition préalable : un gain fiscal effectif pour les cadres et dirigeants de WENDEL

1. Les obligations fiscales applicables

Conformément aux dispositions **de l'article 170 du code général des impôts**, les contribuables sont tenus de souscrire chaque année une déclaration d'ensemble des revenus.

En application de **l'article 12** du même code, l'impôt est dû chaque année à raison des bénéfices ou revenus que le contribuable a réalisés ou dont il a disposé au cours de l'année d'imposition.

En outre, **l'article 79** dudit code dispose que les traitements, indemnités, émoluments, salaires, pensions et rentes viagères concourent à la formation du revenu global servant de base à l'impôt sur le revenu. Sont imposables sur le fondement de ces dispositions l'ensemble des revenus trouvant leur origine dans le contrat de travail liant le contribuable à son employeur.

L'article 82 de ce code précise que, pour la détermination des bases d'imposition, il est tenu compte du montant net des traitements, indemnités et émoluments, salaires, pensions et rentes viagères, ainsi que de tous les avantages en argent ou en nature accordés aux intéressés en sus de ces revenus proprement dits.

Par ailleurs, il est rappelé que le rachat de ses titres par une société en vue d'une réduction de capital non motivée par des pertes s'analysait jusqu'à la loi 2014-1655 du 29 décembre 2014 de finances rectificative pour 2014 en une distribution de revenus de capitaux mobiliers au sens de **l'article 109** du Code général des impôts pour la partie du prix de rachat excédant le remboursement des apports.⁸¹

Lorsque les titres appartiennent à une personne physique résidente, le montant du revenu distribué est donc soumis à l'impôt sur le revenu à raison de l'excédent du prix de rachat des titres annulés sur le montant des apports compris dans la valeur nominale des titres rachetés.

⁸¹L'excédent éventuel constitue un boni de cession qui a la même nature qu'un boni de liquidation, imposable à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers : voir notamment décision Roesch du 29 décembre 2000 (CE 9ème-10ème s-s 29-12-2000 n°179647 : RJF 3/01 n°310, concl J Courtial BOCF, Observations O Fouquet, Rev sociétés 2001 p 109).

Depuis la loi 2014-1655 du 29 décembre 2014, l'article 88 de cette loi prévoit, pour des raisons de simplicité, que le gain retiré par l'actionnaire ou associé personne physique de la cession par la société de ses propres titres sera traité, dans sa totalité et dans tous les cas, comme relevant des plus-values mobilières, sans qu'il y ait plus lieu de distinguer entre le gain correspondant à la différence entre le prix de rachat et la valeur des apports et celui lié à l'éventuel écart entre cette dernière et le prix d'acquisition.⁸²

Enfin, **l'article 221-2 du code général des impôts** prévoit qu'en cas de dissolution, de transformation entraînant la création d'une personne morale nouvelle, d'apport en société, de fusion, de transfert de siège ou d'un établissement à l'étranger, l'impôt sur les sociétés est établi dans les conditions prévues aux 1 et 3 de l'article 201 de ce code.

Ces dernières dispositions fixent en effet les conditions de l'imposition immédiate de tous les bénéficiaires qui n'ont pas encore été imposés, ainsi que les modalités de détermination du boni de liquidation revenant aux associés. Il résulte de ces dispositions que si, à l'occasion d'une cessation d'entreprise, l'impôt est immédiatement établi à raison des bénéfices réalisés et non encore taxés, l'administration n'est en droit d'imposer un boni de liquidation entre les mains des associés, qu'en cas de dissolution de la société correspondante.

En cas de dissolution/liquidation d'une société, les sommes revenant aux associés et qui excèdent le montant de leurs apports (boni de liquidation) sont imposables dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, conformément aux dispositions de **l'article 112-3° du Code général des impôts**.

En ce qui concerne la catégorie d'imposition, les gains nets retirés par une personne physique lors de la cession à titre onéreux de bons de souscription d'actions ou d'actions sont en principe imposables suivant le régime des plus-values de cession de valeurs mobilières des particuliers institué par l'article 150-0 A du code général des impôts y compris lorsque des bons ou actions ont été acquis ou souscrits auprès d'une société, dont le contribuable était alors dirigeant ou salarié, ou auprès d'une société du même groupe. Il en va toutefois autrement lorsque, eu égard aux conditions de réalisation du gain de cession, ce gain doit être regardé comme acquis, non à raison de la qualité d'investisseur du cédant, mais **en contrepartie de ses fonctions de salarié ou de dirigeant** et constitue, ainsi, un revenu imposable dans la catégorie des traitements et salaires en application des articles 79 et 82 du code général des impôts, réalisé et disponible l'année de la cession de ces bons ou actions.

Lorsqu'un rachat d'actions ou de parts sociales est effectué en vue d'une réduction de capital non motivée par des pertes conformément à l'article L. 225-207 du code de commerce, les sommes ou valeurs reçues à ce titre par l'actionnaire ou l'associé personne physique cédant étaient en principe soumises au régime fiscal prévu par les dispositions combinées du 2° du 1 de l'article 109, du 8 de l'article 150-0-D et du second alinéa de l'article 161 du code général des impôts, à savoir, d'une part l'imposition de la plus-value à l'impôt sur le revenu selon le régime des plus-values de cession pour la différence entre la valeur de l'apport et le prix d'acquisition et, d'autre part, l'imposition d'un revenu distribué dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers pour la différence entre le prix de rachat des titres et leur prix ou valeur d'acquisition ou de souscription ou, s'il est supérieur, le montant des apports compris dans la valeur nominale des titres rachetés.

Le Conseil constitutionnel a jugé dans sa décision n°2014-404 QPC du 20 juin 2014 (point 14) que « *les sommes ou valeurs reçues avant le 1er janvier 2014 par les actionnaires ou associés personnes physiques au titre du rachat de leurs actions ou parts sociales par la société émettrice,*

⁸²QPC 12-10-2016 Conclusions du rapporteur public Edouard Crépey paragraphe 15.

lorsque ce rachat avait été effectué selon une procédure autorisée par la loi, ne devaient pas être considérés comme des revenus distribués et devaient être imposées selon le régime des plus-values de cession prévu, selon les cas, aux articles 39 duodecies, 150-A ou 150 UB du code général des impôts. »

2. Le partage de l'actif net de CDA en évitant la distribution aux associés des actions WENDEL INVESTISSEMENT : un gain fiscal de plus de 110 millions d'euros⁸³

Il est constant qu'aucun des 14 cadres et mandataires n'a déclaré au titre de 2007 de revenus au titre du débouclage de CDA, du fait, pour Jean-Bernard LAFONTA de l'absence de déclaration de la dissolution/liquidation de CDA et pour, les 13 autres cadres et mandataires, de l'interposition d'une société civile soumise à l'impôt sur les sociétés, qui leur permettait de bénéficier du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0-B du code général des impôts.

Le risque de requalification est décrit dans la note de Réorganisation du 22 janvier 2007⁸⁴ du cabinet DEBEVOISE :

« On ne peut exclure la possibilité que les autorités fiscales françaises tentent de remettre en cause la Réorganisation sur le fondement de l'abus de droit en considérant qu'elle a un but exclusivement fiscal.

L'argument principal de l'administration fiscale serait de considérer que le but exclusif de cette réorganisation est d'éviter que CDA ne distribue aux Associés des actions WI et Legrand, distribution qui serait soumise pour 60 % de son montant à l'impôt sur le revenu (au taux marginal de 40 %) ainsi qu'aux contributions sociales (au taux global de 11 %), soit un taux effectif de 32,7%.. (...) La Réorganisation permettrait quant à elle aux Associés de réaliser une plus-value imposable au taux forfaitaire de 16%, augmentée des contributions sociales de 11%, soit un taux effectif d'imposition de 27% ».

Il découle des textes fiscaux précités que la distribution aux associés de CDA des titres WI et LEGRAND figurant à l'actif de la société est imposable dans la catégorie :

- des traitements et salaires pour la partie du prix de rachat excédant le remboursement des apports que l'administration est en droit de requalifier dans cette catégorie à hauteur de l'avantage financier accordé par l'entreprise au dirigeant en lien avec son contrat de travail;
- pour le surplus, des revenus de capitaux mobiliers jusqu'à la décision n°2014-404 QPC ou des plus-values de cession imposées sur le fondement des dispositions de l'article 150—0A du code des impôts depuis cette décision.

En ce qui concerne le gain correspondant à la quote-part du boni de liquidation de M. LAFONTA, il est imposable sur le fondement de l'article 161 du code général des impôts selon lequel : *« le boni attribué lors de la liquidation d'une société aux titulaires de droits sociaux en sus de leur apport n'est compris, le cas échéant, dans les bases de l'impôt sur le revenu que jusqu'à concurrence de l'excédent du remboursement des droits sociaux annulés sur le prix d'acquisition de ces droits dans le cas où ce dernier est supérieur au montant de l'apport. »*

⁸³ Selon les montants des notifications de redressement de décembre 2010 reprises dans l'ordonnance de renvoi

⁸⁴ D 1211/6 et 7.

L'administration a en l'espèce pour chaque manager requalifié en traitements et salaires à hauteur de 65% les gains réalisés à l'occasion de la sortie de CDA et pour le surplus dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers.

Aucune décision définitive n'a été rendue sur la catégorie d'imposition sauf en ce qui concerne Gérard LAMY (cf. supra) dont les gains ont été requalifiés en salaires à hauteur de 65 % et en plus-values de capitaux mobiliers pour le surplus. Des décisions des juridictions administratives ont en 2016 jugé que, en application de la décision n°2014-404 QPC du 20 juin 2014, la fraction de la plus-value réalisée le 29 mai 2007 imposée, dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers devait être imposée selon le régime des plus-values de cession sur le fondement des dispositions de l'article 150-A du code général des impôts. Des décharges en droits et pénalités ont été accordées à ce titre.⁸⁵

Ce débat sur la catégorie d'imposition porte, comme le relevait M. DUFRENE⁸⁶, sur un différentiel de taux d'imposition de 5,58 %. Il est sans incidence sur l'existence d'un gain fiscal effectif, en l'espèce caractérisé.

Sur la question du PEA, le conseil d'Arnaud DESCLEVES soutient notamment que la condition préalable n'est pas remplie dans la mesure où ce dernier détenait ses titres CDA initialement dans un PEA de plus de 5 ans et aurait parfaitement pu, sans adhérer au montage, les céder dans un régime d'exonération d'imposition des plus-values.

Il convient de rappeler que Pierre-Pascal BRUNEAU a versé une note de l'administration intitulée « *carte des pratiques et montages abusifs* », soutenant que celle-ci ne mentionne pas parmi ces montages, l'opération d'apport cession de l'article 150-0 B du code général des impôts. (D1202/5) Pourtant, force est de constater que si l'apport-cession ne figure pas dans la liste, d'ailleurs « *non exhaustive* » des montages frauduleux, il est y en revanche indiqué que « *la procédure d'abus de droit fiscal peut être mise en œuvre lorsque les cadres-dirigeants ont eu recours à un montage destiné à effacer toute imposition (PEA, interposition d'une structure...), auquel cas les rappels correspondants sont assortis d'une majoration de 80 %* ».

En réalité les conseils des associés de CDA les avaient justement mis en garde en 2007 sur la position de l'administration quant à l'usage abusif du PEA, ainsi que l'a rappelé Pierre-Pascal BRUNEAU « *il nous a fallu beaucoup de temps pour convaincre l'ensemble des associés de CDA que l'utilisation qui avait été faite en 2004 d'un PEA pour loger leurs titres CDA nous paraissait abusive, c'est à dire contraire à l'esprit de la loi. Le PEA, pour le législateur, ayant été créé principalement pour les petits épargnants afin de les inciter à acheter des titres cotés et non pas pour y loger des titres qui avaient vocation, certes avec un niveau de risque élevé, d'avoir des plus-values très importantes.* »

Il est établi et incontestable que **le partage de l'actif net de CDA en évitant la distribution aux associés des actions WENDEL INVESTISSEMENT a permis aux associés d'échapper aux impositions immédiates légalement dues. Aux termes des notifications de redressement, les impôts éludés s'élèvent pour les 14 personnes concernées à 110 millions d'euros.**

85 Voir par exemple jugement du TA de Paris du 5 janvier 2016 concernant M. SEILLIERE versé par la DGFIP.

86 D901/4.

II-. Un montage global dont le but est exclusivement fiscal : la création d'une situation juridique purement artificielle

Il a été démontré supra que les associés avaient décidé de se répartir l'actif de CDA sans générer d'événement taxable.

Le 3 mai 2007, l'assemblée générale de la société CDA avait décidé d'une part d'agréer le transfert, demandé par chacun de ses associés à l'exception de M. LAFONTA, des titres que chacun de ces dirigeants détenait directement ou indirectement, à une société civile qu'il contrôlait, et, d'autre part, de procéder à une opération de réduction de capital, se traduisant par le rachat auprès de chacun de ses associés, à l'exception par conséquent de M. LAFONTA, de la totalité des titres de la société CDA détenus indirectement au travers de leur société civile.

Le 29 mai 2007, l'assemblée générale de la société CDA approuvait la réduction de capital social par rachat de ses propres titres à chacun de ses associés sauf Jean-Bernard LAFONTA. Il était pris acte de la démission du président, M. ROPERT et M. LAFONTA, devenu unique associé, était nommé président. La société a aussi, à cette occasion, décidé de clôturer un exercice de cinq mois au 31 mai 2007 et donné quitus à M. ROPERT pour sa gestion. Une garantie de passif a en outre été donnée par les associés.

A l'issue de cette opération de réduction de capital non motivée par des pertes, le désengagement de tous les associés sauf Jean-Bernard LAFONTA, de la société CDA était donc réalisé. Chaque associé de CDA disposait de la gestion individuelle, par l'intermédiaire d'une société qu'il contrôlait de sa part dans l'actif net de la société CDA.

Il appartient au tribunal de déterminer si, comme l'ont considéré l'administration fiscale, le comité de l'abus de droit et les juridictions administratives, ces opérations ont eu un but exclusivement fiscal.

1. La poursuite artificielle de l'activité de CDA par Jean-Bernard LAFONTA

1.1 Position de l'administration et des juridictions administratives

Faisant application de la procédure de répression des abus de droit, l'administration a regardé les décisions prises en mai 2007 par l'assemblée générale des associés de CDA comme correspondant en réalité à une dissolution anticipée de la société. Selon elle, la dissimulation de cette liquidation sous l'apparence d'une poursuite de la personnalité juridique de CDA aurait permis à M. LAFONTA, par l'application littérale des dispositions du 2 de l'article 221 du code général des impôts à l'encontre de leur objet et dans un but exclusivement fiscal, d'échapper à l'imposition du boni de liquidation résultant de la liquidation de la société à laquelle il aurait dû procéder.

Par jugement du 5 janvier 2016⁸⁷, le tribunal administratif de Paris a considéré que l'administration était fondée à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit et à imposer entre les mains des époux LAFONTA le boni de liquidation sur le fondement des dispositions du 2 de l'article 221 du code général des impôts. Le tribunal administratif considérait que la minoration évaluée par l'administration à hauteur de 7,3 millions d'euros de la valeur de l'option d'achat des titres de la société WENDEL PARTICIPATIONS vendus par SOLFUR à CDA le 25 octobre 2004 était justifiée. Il confirmait par conséquent l'imposition du boni de liquidation (116 millions d'euros) à hauteur de 65% (75,6 millions d'euros) dans la catégorie des traitements et salaires et pour le surplus dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers. Il confirmait enfin

87 Pièces versées à la demande du tribunal par la DGFIP, partie civile, à l'audience du 19 janvier 2022.

l'application de la majoration de 80% prévue par l'article 1729 du code général des impôts en cas d'abus de droit.

Par un arrêt en date du 12 avril 2018, la Cour Administrative d'appel de PARIS a infirmé ce jugement pour des motifs de procédure et le 27 juin 2019 le Conseil d'État a annulé l'arrêt de la Cour Administrative d'appel de Paris et renvoyé l'affaire devant la même Cour, autrement composée.

1.2 Analyse du tribunal : la poursuite artificielle de l'activité de CDA camoufle la dissolution de la société et donc une situation au titre de laquelle des impositions sont légalement dues

Jean-Bernard LAFONTA est resté seul actionnaire de cette société qui avait été constituée en octobre 2004 entre des cadres et mandataires de WENDEL INVESTISSEMENT pour porter l'opération d'intéressement SOLFUR.

La chronologie des échanges de mails démontre que cette solution de la survie de CDA postérieurement au débouclage n'était pas envisagée dès le départ mais est apparue rapidement comme de nature à « apporter une substance économique » à un schéma de réorganisation qui en manquait manifestement.

Ainsi, dès le 12 décembre 2006, Jean-Baptiste DOUIN de la banque JP MORGAN s'adressait à Jean-Michel ROPERT, commentant un projet adressé la veille par ce dernier dans les termes suivants : « Tu m'as adressé un schéma hier après-midi qui développe une autre voie de débouclage de l'opération. Je ne sais pas si cette nouvelle voie est née de nos remarques *sur la liquidation finale de CDA et son contrôle par nous entre-temps, ou si il y a de nouveaux objectifs poursuivis...Le projet de maintenir CDA pour JBL nous paraît intéressant à poursuivre parce qu'il apporte une substance économique à la réorganisation* ».

a) La réalisation de la cause de CDA et la disparition de l'affectio societatis

Au terme de ces opérations, la cause pour laquelle la société CDA avait été constituée avait disparu avec la réalisation de l'investissement ayant motivé sa création.

A partir du 27 mai 2007 le désengagement des associés à l'occasion d'une réduction de capital réalisée par distribution des éléments d'actifs (titres WI/LEGRAND et/ou OPCVM) est consommé.

Ainsi l'*affectio societatis*, défini comme la volonté commune entre plusieurs personnes physiques ou morales de s'associer en vue de partager les bénéfices, qui avait présidé à la constitution de cette société en considération des fonctions occupées par les managers au sein du groupe WENDEL et de la volonté de WENDEL INVESTISSEMENT de les intéresser à la création de valeur de l'entreprise, n'existe plus.

Le conseil de Jean-Bernard LAFONTA admet que l'opération de réduction du capital non motivée par des pertes **rémunérée par l'attribution d'éléments d'actifs** signe la perte de tout affectio societatis chez les actionnaires qui ont apporté leurs titres à l'offre de rachat. Néanmoins, il fait valoir que la disparition de l'affectio societatis des associés retrayants ne peut pas être une cause de dissolution d'une SAS, puisqu'elle le laisse en revanche pleinement subsister en la personne de Monsieur LAFONTA. Selon la défense, raisonner différemment conduirait à ignorer la validité en droit français des **sociétés par actions simplifiée unipersonnelles**.

En d'autres termes l'*affectio societatis* n'aurait pas disparu puisque Jean-Bernard LAFONTA restait associé avec lui-même.

Le tribunal relève à cet égard que la SAS CDA n'a pas officiellement changé de statut juridique pour devenir une SASU et qu'un tel changement aurait en tout état de cause constitué une transformation⁸⁸. Selon le BOI⁸⁹, si le changement s'accompagne de la création d'une personne morale nouvelle, on doit considérer qu'il y a, en toute hypothèse, cessation d'entreprise donnant lieu à imposition immédiate. En l'espèce le changement s'accompagne de modifications de fait apportées à l'activité et au fonctionnement de la société (société de gestion patrimoniale des époux LAFONTA) et dont l'ensemble est incompatible avec le maintien du pacte social primitif (un véhicule d'intéressement des managers).

Il résulte de l'ensemble de ces éléments qu'il y a bien eu en l'espèce, conformément à la jurisprudence du Conseil d'État, création d'un être moral nouveau impliquant la dissolution de la société CDA.⁹⁰

b) Sur le moyen de défense tiré de la nature de l'activité poursuivie

Le conseil de Jean-Bernard LAFONTA souligne encore que les opérations de mai 2007 ne reflètent pas un changement de nature d'activité de la part de CDA dans la mesure où la société a poursuivi une activité effective conforme à son objet social, alors que l'un des fondateurs est resté actionnaire.

Néanmoins, à partir du 29 mai 2007, la société CDA qui était un véhicule d'intéressement des managers devient la holding personnelle de Jean-Bernard LAFONTA n'ayant eu qu'une activité de gestion du patrimoine des époux LAFONTA, Mme LAFONTA ayant rejoint son mari en tant qu'associée le 5 juin 2007. Sous l'apparence de la poursuite de son activité initiale, après élargissement de son objet social à des activités immobilières, CDA n'a en réalité plus qu'un objet de gestion patrimoniale par son dirigeant.

c) Sur le moyen de défense tiré d'une impossible « dissolution fiscale » au regard des concepts du droit civil

La défense de M. LAFONTA fait valoir que la répression de l'abus de droit implique que l'administration fiscale identifie la situation juridique de droit privé, qui qualifie les faits conformément à leur réalité, à la condition que cette requalification soit justifiée par une interprétation des concepts civilistes conforme à celle donnée par la Cour de cassation.

Les conseils de Monsieur Jean-Bernard LAFONTA s'appuient sur la jurisprudence Sobrie (Conseil d'État, 7 juillet 2010, n°309010), décision par laquelle le Conseil d'État **affirme par principe le refus d'une dissolution fiscale, laquelle ne peut résulter que du droit des sociétés**⁹¹.

88 Selon le BOI (Identifiant juridique) BOI-BIC-CESS-10-20-30 La transformation d'une société est l'opération par laquelle celle-ci adopte une forme juridique différente de celle sous laquelle elle avait été constituée ou existait.

89 BOI BIC - BOI-BIC-CESS-10-20-30 Cession ou cessation d'entreprise - Opérations spécifiques aux sociétés.

90CE -6 janvier 1986 n° 41611.

91Dans cette décision, la rapporteure publique reconnaissait que, concernant les champs d'application respectifs des articles 221-5 (cessation d'activité) et 221-2 (dissolution) et la possibilité ou non d'une liquidation, « *si en application des dispositions de l'article 221-2 du CGI, une dissolution est assimilée à une cessation [...], la*

Il est constant qu'aucune liquidation de la société n'a été réalisée dans les formes.

Il est constant également qu'en cas de dissolution d'une société, il est nécessaire de procéder à sa liquidation. La liquidation a pour objet de terminer les opérations de la société, de recouvrer les créances, d'éteindre le passif et de transformer l'actif net en valeurs commodément partageables pour permettre l'apurement des comptes entre les associés. La cessation d'entreprise ne produit ses effets qu'au moment où les opérations de liquidation sont achevées.⁹²

Le tribunal relève néanmoins, comme l'avait fait le tribunal administratif dans son jugement du 5 janvier 2016 que la circonstance de l'absence de liquidation, qui résulte de l'absence de respect des règles prévues pour la dissolution des sociétés n'est pas opposable en matière d'abus de droit à l'administration qui, justement est fondée à écarter les actes passés dans un but exclusivement fiscal ne lui étant pas opposables. **En l'espèce, c'est l'absence de dissolution et de liquidation qui est écartée** au regard des différents actes passés par l'assemblée générale des actionnaires dont on déduit l'existence d'une dissolution dissimulée de cette société.

Ce sont donc les concepts juridiques afférents à la dissolution qui s'appliquent et donnent lieu, en conséquence à l'établissement de l'imposition immédiate prévue à l'article 201 du code général des impôts.

Le moyen soulevé selon lequel une liquidation de CDA était d'ailleurs impossible le 29 mai 2007, puisque la société ne pouvait se défaire instantanément de sa dette bancaire de 38 millions d'euros ne paraît pas sérieux. Comme l'a relevé le tribunal administratif l'actif de la société CDA excédait très largement son passif et permettait la dissolution de la société en vue de sa liquidation. Ces éléments de fait sont corroborés par les comptes de CDA arrêtés au 31 mai 2007 qui figurent sous scellé LAFONTA.

d) Sur le moyen de défense tiré de la garantie de passif au profit de CDA

Selon la défense de Jean-Bernard LAFONTA, la preuve que les associés de CDA n'ont pas entendu liquider la société se trouverait dans **la garantie de passif mise en place auprès de CDA**, et non pas de Monsieur Jean-Bernard LAFONTA.

Le tribunal constate que Jean-Bernard LAFONTA étant justement devenu à compter du 29 mai 2007 le seul associé de CDA devenue sa holding personnelle, la garantie de passif mise en place au profit de CDA l'était dans son intérêt.

Jean-Bernard LAFONTA avait d'ailleurs évidemment perçu les risques fiscaux inhérents à son maintien, comme associé unique, dans la structure CDA. Il s'interrogeait dans un courriel adressé à Arnaud DESCLEVES le 12 février 2007 : « *Je me demande si, compte tenu des risques réels, je ne devrais pas demander aux uns et aux autres une garantie de passif solidaire, au titre du passé Et puis ça rassurera définitivement ceux qui pensent que je privilégie mon intérêt particulier.* » (D1145)

réciproque n'est pas vraie : la cessation n'entraîne pas dissolution ». Le Conseil d'État admet donc que même dans l'hypothèse d'une modification substantielle, la société survit, et n'est donc pas dissoute. Un auteur commente : « *en conséquence, on ne voit guère, en dehors d'un acte exprès de dissolution, ce qui pourrait conduire à la liquidation. Cette solution, proprement juridique, rejoint celle de la Cour de cassation* ».

92Cf BOI-BIC-CESS précité- H Dissolution de sociétés.

Pierre-Pascal BRUNEAU rédigeait en février 2007 à son intention une note d'analyse très fouillée (D1146/3) « des principaux éléments constituant le **passif fiscal potentiel** de COMPAGNIE DE L'AUDON (ci-après "CDA"), anciennement dénommée COMPAGNIE DE SOLFUR, qui pourrait résulter de l'ensemble des opérations auxquelles CDA ou COMPAGNIE DE L'AURETTE (société absorbée par CDA) ont participé depuis leur création, et dont nous avons connaissance. La présente analyse est rédigée afin d'apprécier l'étendue des risques que vous encourez éventuellement à ce titre du fait de la détention de l'intégralité du capital de CDA. La détention de l'intégralité du capital de CDA constitue pour vous une prise de risque non négligeable. Le caractère non négligeable du risque résulte notamment (i) du nombre et de la complexité des opérations réalisées par CDA depuis sa constitution en 2004, et (ii) de la solidarité éventuelle de CDA, même si cette solidarité, rarement invoquée par l'administration, représente un faible risque, avec les associés sortant de CDA dans le cadre d'un contrôle fiscal de l'un d'eux ».

Un des risques fiscaux évoqué concernait d'ailleurs le « **passif fiscal lié à la sortie des associés de CDA, résidant principalement dans l'hypothèse d'une remise en cause des modalités de sortie choisies par certains associés de CDA sur le fondement de l'abus de droit, l'administration pouvant soutenir que l'opération était équivalente à une distribution d'actions WI et LEGRAND par CDA.** » Le rédacteur précisait que le redressement serait notifié à l'associé concerné et non à CDA mais que CDA pourrait être tenue solidairement responsable du paiement de la pénalité de 80%, éventuellement exigible et des intérêts de retard. Il estimait toutefois « *peu probable que l'administration fiscale mette en œuvre cette solidarité* ».

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que cette garantie de passif était bien, contrairement à ce qui est soutenu en défense, mise en place, compte tenu des divers risques fiscaux identifiés, à l'initiative de Jean-Bernard LAFONTA et dans son intérêt en tant qu'associé unique de CDA au sein de laquelle était logé notamment son intéressement SOLFUR.

On comprend d'ailleurs de cette note que l'intérêt de la poursuite de CDA résidait aussi dans le fait d'éviter d'attirer l'attention de l'administration fiscale et d'attendre l'écoulement du temps de la prescription.

Dès lors, la garantie de passif mise en place est plutôt de nature à corroborer la volonté des associés de CDA de partager l'actif net de la société et procéder à sa dissolution.

En conclusion, ces opérations et en particulier les différents actes passés par l'assemblée générale des actionnaires les 3 et 29 mai 2007 dissimulent bien, selon le tribunal, une cessation d'activité et une dissolution volontaire par les actionnaires de CDA dans le seul but d'échapper à l'imposition du boni de liquidation.

L'absence de signalement à l'administration de la liquidation de la société CDA et l'apparence de poursuite à partir du 29 mai 2007 d'une activité initiale de CDA, alors que celle-ci n'avait plus qu'un intérêt patrimonial pour son dirigeant, s'inscrivent dans un montage global purement artificiel dont le but exclusif est de permettre à Jean-Bernard LAFONTA d'éviter l'imposition de sa quote-part dans le boni de liquidation de la société CDA.

La poursuite artificielle de l'activité de CDA camoufle la dissolution de la société et donc une situation au titre de laquelle des impositions sont légalement dues.

Elle n'a pas d'autre but que de permettre à Jean-Bernard LAFONTA d'échapper aux impositions légalement exigibles au titre de l'année 2007.

L'abus de droit est donc caractérisé en l'espèce.

2. L'interposition artificielle de sociétés civiles soumises à l'impôt sur les sociétés et l'apport des titres de la société CDA dans un but exclusivement fiscal

2.1 *Position de l'administration et des juridictions administratives*

Tant l'administration que le Comité de l'Abus de droit considèrent que, à l'instar de CDA après la réduction de capital et le désengagement de 14 de ses 15 associés, les sociétés civiles ayant opté pour l'impôt sur les sociétés (SCIS) ont été des sociétés passives, sans objet effectif, donc sans réalité. Leur interposition ne joue qu'un rôle fictif, qui fonde l'accusation d'abus de droit.

L'administration et le Comité relèvent que les SC IS constituées par les actionnaires de CDA et auxquelles ils ont apporté de façon concomitante leurs titres CDA sont dénuées de substance économique. Ces sociétés ont été créées par les managers actionnaires, quelques jours avant l'apport à la réduction de capital non motivée par des pertes en date du 3 mai 2007. Les titres CDA ont constitué le seul patrimoine de chacune des SCIS, entre leur création et leur cession (réduction de capital) quelques jours plus tard. Compte tenu du pacte d'actionnaire de CDA, les SCIS ne disposaient d'aucune autonomie de gestion sur ces titres.

Pour les 13 cadres et mandataires dont 12 sont aujourd'hui prévenus devant ce tribunal, une seule décision est devenue définitive. Elle concerne Gérard LAMY qui n'a pas formé de pourvoi à l'encontre de l'arrêt de la Cour Administrative d'appel de PARIS du 12 avril 2018.

En outre, en ce qui concerne Jean-Michel MANGEOT et Bernard GAUTIER le Conseil d'État a par deux arrêts du 12 février 2020 annulé les arrêts de la Cour Administrative d'appel de Paris et renvoyé l'affaire devant la même Cour, autrement composée au regard de la catégorie d'imposition du gain en litige retenu par la Cour d'appel. Le Conseil d'État s'est néanmoins dans ces deux arrêts prononcés sur l'existence d'un abus de droit.

Au cours de l'été 2021, Jean-Michel MANGEOT et Bernard GAUTIER ont signé, comme tous les autres prévenus sauf Arnaud DESCLEVES et Gérard LAMY (pour qui la décision de la Cour administrative d'appel est devenue définitive), une transaction avec l'administration fiscale.

a) Une décision devenue définitive rendue à l'égard de Gérard LAMY

Par **jugement en date du 5 janvier 2016** le Tribunal Administratif de PARIS a considéré, s'agissant du bien-fondé de l'imposition et de l'existence d'un abus de droit relatif au sursis d'imposition consécutif à l'apport à la société civile GLAMY LEWE des titres préalablement détenus par Gérard LAMY :

- « que le produit de cette cession a été appréhendé sous forme de SICAV monétaires, dont le nantissement a d'ailleurs permis au requérant d'obtenir un prêt; que la circonstance qu'il ait fait le choix d'utiliser ce prêt pour acquérir, en propre, des actions de la société Wendel Participations est à cet égard sans incidence, dès lors d'une part que ce réinvestissement n'est pas le fait de la société Glamy Lewe et d'autre part que le requérant n'établit aucunement qu'il se serait engagé à détenir et conserver ces titres, des cessions étant d'ailleurs intervenues au cours des années ultérieures; que ce choix témoigne d'ailleurs de la libre disposition qu'avait M. Lamy du produit du rachat par la société Compagnie de l'Audon de ses propres titres; que la disposition s'entendant de la faculté d'appréhension sans nécessiter l'appréhension effective, il en résulte qu'il s'est désengagé de son investissement dans la société Compagnie de l'Audon et a appréhendé le produit de la cession réalisée le 29 mai 2007, égal à la plus-value constatée lors de l'apport de

ces titres à la société civile Glamy Lewe le 3 mai 2007 et placée en report d'imposition, en contrariété avec l'objectif du législateur de ne pas faire peser l'imposition sur une plus-value dont le contribuable n'aurait pas disposé »,

- *mais également « que la société civile Glamy Lewe a été créée un mois avant cet apport, réalisé le jour même où l'assemblée générale des actionnaires de la société Compagnie de l'Audon décidait le rachat par la société de ses propres titres; qu'il n'est pas allégué que la société civile Glamy Lewe, dont l'objet est la gestion d'un patrimoine de valeurs mobilières, aurait réinvesti le produit de cette cession dans une activité économique; que si M. Lamy soutient que la constitution de cette société civile aurait pour objectif de conforter la garantie de passif consentie à la société Compagnie de l'Audon, il n'établit pas la nécessité de ce montage; qu'il en résulte que le produit de la cession des titres Compagnie de l'Audon réalisée le 29 mai 2007 n'a pas été réinvesti dans une activité économique »,*

Par requête en date du 04 mars 2016 Gérard LAMY a interjeté appel de ce jugement. Dans un arrêt en date du **12 avril 2018**, la **Cour Administrative d'appel de PARIS a infirmé ce jugement. S'agissant de l'existence d'un abus de droit, la Cour d'appel a confirmé son existence considérant que :**

- *« à la date du rachat de ses propres titres par la société CDA, M. Lamy était le seul associé de la société Glamy Lewe et qu'il en était le dirigeant; qu'il pouvait, en cette qualité, librement disposer des parts de la SICAV monétaire reçues par la société Glamy Lewe en contrepartie de la cession des titres de la société CDA, et décider de les céder afin de percevoir les liquidités correspondantes ; qu'il doit, dès lors, être regardé comme ayant, grâce à l'interposition de la société Glamy Lewe, pu appréhender effectivement les liquidités obtenues lors de la cession des titres de la société CDA ; que la circonstance alléguée que la société Glamy Lewe aurait conservé durablement les parts de la SICAV monétaire n'est pas de nature à établir que M. Lamy ne pouvait en disposer librement »;*
- *mais également « que la société Glamy Lewe, qui a pour objet la détention et la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières, ne disposait pas de local d'exploitation, n'employait aucun salarié et n'avait déclaré au titre de l'année 2007 que des produits financiers; qu'elle avait ainsi, à la date du rachat par la société CDA de ses propres titres, une activité de gestion patrimoniale; que M. Lamy, en se bornant à faire valoir qu'il a procédé à l'acquisition de titres WI après avoir contracté un emprunt garanti par le nantissement des parts de la SICAV monétaire reçues en paiement du rachat des titres de la société CDA, n'établit pas que le produit de la cession de ces titres a été réinvesti par la société Glamy Lewe dans une activité économique ».*

b) Les arrêts du Conseil d'État du 12 février 2020 rendus à l'égard de M. MANGEOT et de M. GAUTIER

Jean-Michel MANGEOT

Par jugement en date du 05 janvier 2016 le Tribunal Administratif de PARIS a considéré, s'agissant du bien-fondé de l'imposition et de l'existence d'un abus de droit relatif au sursis d'imposition consécutif à l'apport à la société civile VACQUERIE des titres préalablement détenus par **Jean-Michel MANGEOT** :

- *« que le produit de cette cession a été appréhendé sous forme de SICAV monétaires, dont le nantissement a d'ailleurs permis au requérant d'obtenir un prêt; que la circonstance qu'il ait fait le choix d'utiliser ce prêt pour acquérir, en propre, des actions de la société*

Wendel Participations est à cet égard sans incidence, dès lors d'une part que ce réinvestissement n'est pas le fait de la société Vacquerie et d'autre part que le requérant n'établit aucunement qu'il se serait engagé à détenir et conserver ces titres, des cessions étant d'ailleurs intervenues au cours des années ultérieures; que ce choix témoigne d'ailleurs de la libre disposition qu'avait M. Mangeot de Thiballier du produit du rachat par la société Compagnie de l'Audon de ses propres titres; que la disposition s'entendant de la faculté d'appréhension sans nécessiter l'appréhension effective, il en résulte qu'il s'est désengagé de son investissement dans la société Compagnie de l'Audon et a appréhendé le produit de la cession réalisée le 29 mai 2007, égal à la plus-value constatée lors de l'apport de ces titres à la société civile Vacquerie le 3 mai 2007 et placée en report d'imposition, en contrariété avec l'objectif du législateur de ne pas faire peser l'imposition sur une plus-value dont le contribuable n'aurait pas disposé »,

- *mais également que « que M. Mangeot de Thiballier soutient que l'apport à la société civile Vacquerie des titres qu'ils détenaient dans la société Compagnie de l'Audon n'avait pas pour but exclusif d'éviter les charges fiscales résultant de l'imposition du produit de la cession de ces titres; qu'il résulte cependant de l'instruction que la société civile Vacquerie a été créée un mois avant cet apport, réalisé le jour même où l'assemblée générale des actionnaires de la société Compagnie de l'Audon décidait le rachat par la société de ses propres titres; qu'il n'est pas allégué que la société civile Vacquerie, dont l'objet est la gestion d'un patrimoine de valeurs mobilières, aurait réinvesti le produit de cette cession dans une activité économique; que si M. Mangeot de Thiballier soutient que la constitution de cette société civile aurait pour objectif de conforter la garantie de passif consentie à la société Compagnie de l'Audon, il n'établit pas la nécessité de ce montage; qu'il en résulte que le produit de la cession des titres Compagnie de l'Audon réalisée le 29 mai 2007 n'a pas été réinvesti dans une activité économique ».*

Par requête en date du 04 mars 2016, Jean-Michel MANGEOT a interjeté appel de ce jugement. Dans un arrêt en date du 12 avril 2018, la Cour Administrative d'appel de PARIS a rejeté la requête de l'appelant. S'agissant de l'existence d'un abus de droit, la Cour d'appel a confirmé son existence, considérant que :

- *« à la date du rachat de ses propres titres par la société CDA, M. Mangeot de Thiballier était le seul associé de la société Vacquerie et qu'il en était le dirigeant; qu'il pouvait, en cette qualité, librement disposer des parts de la SICAV monétaire reçues par la société Vacquerie en contrepartie de la cession des titres de la société CDA, et décider de les céder afin de percevoir les liquidités correspondantes; qu'il doit, dès lors, être regardé comme ayant, grâce à l'interposition de la société Vacquerie, pu appréhender effectivement les liquidités obtenues lors de la cession des titres de la société CDA; que la circonstance alléguée que la société Vacquerie aurait conservé durablement les parts de la SICAV monétaire n'est pas de nature à établir que M. Mangeot de Thiballier ne pouvait en disposer librement »,*
- *mais également que « la société Vacquerie, qui a pour objet la détention et la gestion de participations, ne disposait pas de local d'exploitation, n'employait aucun salarié et n'avait déclaré au titre de l'année 2007 que des produits financiers ; qu'elle avait ainsi, à la date du rachat par la société CDA de ses propres titres, une activité de gestion patrimoniale; que M. Mangeot de Thiballier, en se bornant à faire valoir qu'il a procédé à l'acquisition de titres WI après avoir contracté un emprunt garanti par le nantissement des parts de la SICAV monétaire reçues en paiement du rachat des titres de la société CDA, n'établit pas que le produit de la cession de ces titres a été réinvesti par la société Vacquerie dans une activité économique ».*

- et enfin que si « *M. Mangeot de Thiballier soutient que la création de la société Vacquerie répondait à des considérations autres que fiscales; qu'elle devait, ainsi, permettre aux associés familiaux du groupe Wendel, par une simplification de l'organigramme du groupe, de réduire leur charge fiscale en matière d'impôt sur la fortune; qu'elle avait également vocation à sécuriser les garanties juridiques et financières accordées à des tiers lors des opérations de retrait de la société CDA, tout en préservant le patrimoine de M. Mangeot de Thiballier; qu'elle lui a enfin donné la possibilité d'acquérir des titres WI, qu'il détient désormais directement et non plus par l'intermédiaire de la société CDA, dans laquelle il ne possédait qu'une participation minoritaire et de garantir le crédit souscrit auprès de la banque JP Morgan pour l'acquisition de ces titres par le nantissement des parts de SICAV monétaire reçues lors du rachat des titres de la société CDA; que, toutefois, il résulte de l'instruction, ainsi qu'il a été dit au point 13, que la société Vacquerie, qui exerce une activité de gestion purement patrimoniale, n'a pas réinvesti le produit de la cession des titres de la société CDA dans une activité économique et que M. Mangeot de Thiballier pouvait, par l'interposition de cette société, disposer effectivement des liquidités correspondant à cette cession tout en restant détenteur des titres de la société Vacquerie, reçus en échange de leur apport et en bénéficiant du sursis d'imposition prévu par l'article 150-0 B du code général des impôts; que la société Vacquerie a été créée postérieurement à la constitution de la société CDA et à l'entrée de M. Mangeot de Thiballier dans le capital de cette société; qu'il ne résulte pas de l'instruction que la restructuration de l'investissement dans les titres de la société WI ainsi que la prise de garanties financières n'auraient pu être opérées en l'absence d'interposition de la société Vacquerie; qu'ainsi, le requérant n'apporte pas la preuve, qui lui incombe, de ce que l'opération d'apport des titres de la société CDA à la société Vacquerie avait un autre motif que celui d'éviter le paiement de l'impôt sur la plus-value réalisée, qu'il aurait normalement supporté s'il n'avait pas réalisé cet apport ».*

Le 12 février 2020 le Conseil d'État a annulé l'arrêt de la Cour Administrative d'appel de Paris pour un motif de procédure et a renvoyé l'affaire devant la même Cour, autrement composée au regard de la catégorie d'imposition du gain en litige retenu par la Cour d'appel. S'agissant de l'existence d'un abus de droit, le Conseil d'État a considéré :

- « *que la succession des opérations rappelées au point précédent - notamment l'intervention presque simultanée de l'apport des titres CDA par M. Mangeot de Thiballier à la société Vacquerie, qu'il avait créée et qu'il contrôlait, dont la gestion patrimoniale de titres était le seul objet et qui avait opté pour l'imposition à l'impôt sur les sociétés, et du rachat par la société CDA de ses propres titres - a permis au requérant d'entrer artificiellement dans les prévisions de l'article 150-0-B «du code général des impôts en évitant l'imposition à laquelle il aurait été soumis si la société CDA lui avait directement racheté ses titres et que l'interposition de la société civile Vacquerie et l'apport des titres de la société CDA à cette société doivent être regardés comme ayant poursuivi un but exclusivement fiscal et comme nécessairement contraires à l'objectif poursuivi par le législateur. Dans ces conditions, la cour administrative d'appel n'a pas inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis en retenant l'existence d'un abus de droit ».*

Bernard GAUTIER

Par jugement en date du 04 février 2016 le Tribunal Administratif de PARIS a considéré, s'agissant du bien-fondé de l'imposition et de l'existence d'un abus de droit relatif au sursis d'imposition consécutif à l'apport à la société civile BJPG PARTICIPATIONS des titres préalablement détenus par Bernard GAUTIER :

- « que, alors que M. Gautier n'était qu'associé minoritaire dans la société Compagnie de l'Audon, les requérants contrôlent la société civile BJPG Participations et, y disposant seuls du pouvoir décisionnaire, peuvent dès lors décider la cession des titres Wendel Participations détenus par l'intermédiaire de celle-ci; que la disposition s'entendant de la faculté d'appréhension sans nécessiter l'appréhension effective, il en résulte qu'ils se sont désengagés de leur investissement dans la société Compagnie de l'Audon et ont appréhendé le produit de la cession correspondante par l'intermédiaire de la société civile BJPG Participations, sous forme de SICAV monétaires et i de titres liquides, dont ils n'établissent pas qu'ils se seraient engagés à les conserver; que sont sans incidence à cet égard les circonstances, d'une part, que la majeure partie de ce produit ait été constitué de titres de la société Wendel Participations auparavant détenus par la société Compagnie de l'Audon, l'appréhension d'une partie de l'actif social ne pouvant être assimilé à un simple échange de titres et, d'autre part, que les titres ainsi appréhendés aient dans leur quasi- intégralité été conservés par la société JPG Participations, les requérants n'établissant pas s'être trouvés dans l'impossibilité de céder ces titres ainsi qu'ils l'allèguent; qu'ainsi, les requérants ont disposé du produit de la cession des titres Compagnie de l'Audon réalisée le 29 mai 2007, égal à la plus-value constatée lors de l'apport de ces titres à la société civile BJPG Participations le 3 mai 2007 et placée en report d'imposition, en contrariété avec l'objectif du législateur de ne pas faire peser l'imposition sur une plus-value dont le contribuable n'aurait pas disposé »,
- mais également que « M. et Mme Gautier soutiennent que l'apport à la société civile BJPG Participations des titres qu'ils détenaient dans la société Compagnie de l'Audon n'avait pas pour but exclusif d'éluider les charges fiscales résultant de l'imposition du produit de la cession de ces titres ; qu'il résulte cependant de l'instruction que, si la société civile la société de ses propres titres, il n'est pas allégué que cette société civile, dont l'objet est la gestion d'un patrimoine de valeurs mobilières et dont aucune activité n'est alléguée antérieurement à cet apport, aurait eu postérieurement à la cession du 29 mai 2007 une activité autre que l'acquisition et la détention de valeurs mobilières en vue d'une gestion patrimoniale, qui constitue une activité à caractère civile; que si les requérants soutiennent que la simple détention de titres de la société Wendel Investissement revêt le caractère d'une activité économique en raison des fonctions exercées par M. Gautier dans le groupe Wendel, ils ne l'établissent pas par la seule circonstance que ces titres, dont la détention n'était pas nécessaire à l'exercice par l'intéressé de son activité professionnelle, puissent être, par ailleurs, qualifiés de bien professionnel au sens de l'article 885 O bis du code général des impôts pour la détermination de l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune, ce qui au demeurant ne saurait justifier de l'exercice d'une activité économique par la société civile BJPG Participations elle- même; qu'enfin, si M et Mme Gautier soutiennent que cette société civile aurait été nécessaire pour conforter la garantie de passif consentie à la société Compagnie de l'Audon, ils n'établissent pas la nécessité de ce montage; qu'il en résulte que le produit de la cession des titres Compagnie de l'Audon réalisée le 29 mai 2007 n'a pas été réinvesti dans une activité économique »,
- et enfin que si « M. et Mme Gautier soutiennent qu'ils auraient pu bénéficier du même sursis d'imposition en procédant de manière différente à la réorganisation des différentes sociétés du groupe Wendel; que cependant, une telle réorganisation nécessitait que soient passés de nombreux actes que les requérants n'avaient pas compétence pour prendre et se heurtait, ainsi que le fait valoir l'administration en défense, à des obstacles tenant à l'existence de droits de vote doubles que souhaitaient conserver les actionnaires familiaux du groupe; qu'ainsi, M. et Mme Gautier ne sont pas fondés à soutenir que la création de

la société civile JBPG Participations et l'apport à cette dernière des parts détenues par M. Gautier dans la société Compagnie de l'Audon est demeurée sans incidence sur la charge fiscale qu'ils auraient supportée en l'absence de ces actes» ;

Par requête en date du 31 mars 2016, Bernard GAUTIER a interjeté appel de ce jugement. Dans un arrêt en date du **12 avril 2018**, la Cour Administrative d'appel de PARIS a infirmé ce jugement. S'agissant de l'existence d'un abus de droit, la Cour d'appel a confirmé son existence, considérant que :

- *« à la date du rachat de ses propres titres par la société CDA, M. et Mme Gautier étaient les seuls associés de la société BJPG Participations et que M. Gautier en était le dirigeant; qu'ils pouvaient, en cette qualité, librement disposer des titres de la société WI et des parts de la SICAV monétaire reçus par la société BJPG Participations en contrepartie de la cession des titres de la société CDA, et décider de les céder afin de percevoir les liquidités correspondantes; qu'ils doivent, dès lors, être regardés comme ayant, grâce à l'interposition de la société BJPG Participations, pu appréhender effectivement les liquidités obtenues lors de la cession des titres de la société CDA; que, si les requérants font valoir qu'en application de la réglementation relative à la prévention des délits d'initiés, M. Gautier était soumis à une interdiction d'opérer sur le titre WI du 5 avril 2007 au 12 novembre 2007, ils n'allèguent pas avoir été empêchés de faire céder ces titres à l'expiration de cette période; que M. et Mme Gautier reconnaissent d'ailleurs avoir vendu des titres de la société WI au cours du mois de janvier de l'année 2008; que la circonstance alléguée que la société BJPG Participations aurait conservé durablement les titres WI n'est pas de nature à établir que M. et Mme Gautier ne pouvaient en disposer librement»,*
- *mais également que « la société BJPG Participations, qui a pour objet la détention et la gestion de participations, ne disposait pas de local d'exploitation, n'employait aucun salarié et n'avait déclaré au titre de l'année 2007 que des produits financiers; qu'elle avait ainsi, à la date du rachat par la société CDA de ses propres titres, une activité de gestion patrimoniale; que M. et Mme Gautier soutiennent que la détention durable des titres WI constitue un véritable investissement économique, de surcroît risqué en raison de l'importante fluctuation des cours, et que M. Gautier appartient à l'équipe de direction de la société WI, qui exerce une activité économique et lui procure la majeure partie de ses revenus; que, toutefois, il n'est pas contesté que la société BJPG Participations, qui détient moins de 1 % du capital de la société WI, **ne lui rend aucun service, ni n'intervient dans sa gestion et qu'elle se limite ainsi à l'exercice d'une activité de gestion purement patrimoniale** des titres de cette société, dont elle a d'ailleurs cédé une partie dès le 31 janvier 2008; que la circonstance alléguée que les titres WI présenteraient le caractère d'un bien professionnel au sens de l'article 885 O bis du code général des impôts, est sans incidence sur l'appréciation de l'existence ou de la nature du réinvestissement allégué; que les requérants ne peuvent davantage utilement faire valoir que M. Gautier a conservé sa participation dans la société WI et ne s'est pas désinvesti de cette société, seules les modalités de détention de cette participation ayant été modifiées, la condition tenant à la nécessité d'un réinvestissement dans une activité économique devant être appréciée au niveau de la société BJPG Participations, qui a cédé les titres de la société CDA reçus en apport de M. Gautier »,*
- *encore que « M. et Mme Gautier soutiennent que la création de la société BJPG Participations répondait à des considérations autres que fiscales, tenant notamment au souhait de M. Gautier de regrouper l'ensemble de ses investissements professionnels dans une unique structure, créée le 1er septembre 2006, avant même que le rachat par la société CDA de ses propres titres n'ait été envisagé; que la société BJPG Participations*

- avait également vocation à sécuriser les garanties juridiques et financières accordées à des tiers lors des opérations de retrait de la société CDA tout en permettant à M. Gautier d'augmenter sa capacité d'emprunt afin de pouvoir réaliser de nouveaux investissements sans avoir à constituer de garanties sur son patrimoine personnel; que l'opération d'apport en litige avait enfin pour objectif de substituer à une structure de détention collective des titres WI, la société CDA, dans laquelle M. Gautier était minoritaire, une structure de gestion individuelle de ces mêmes titres, la société BJPG Participations, qu'il avait créée et qu'il contrôlait, et d'assurer ainsi la continuité de la détention des titres WI; que, toutefois, il résulte de l'instruction, ainsi qu'il a été dit au point 42, que la société BJPG Participations, qui exerce une activité de gestion purement patrimoniale, n'a pas réinvesti le produit de la cession des titres de la société CDA dans une activité économique et que les contribuables pouvaient, par l'interposition de cette société, disposer effectivement des liquidités correspondant à cette cession tout en restant détenteurs des titres de la société BJPG Participations, reçus en échange de l'apport et en bénéficiant du sursis d'imposition prévu par l'article 150-0 B du code général des impôts; que la société BJPG Participations a été créée postérieurement à la constitution de la société CDA et à l'entrée de M. Gautier dans le capital de cette société; que la réalité des investissements allégués n'est pas établie; qu'il ne résulte pas de l'instruction que la restructuration de l'investissement dans les titres de la société WI ainsi que la prise de garanties financières n'auraient pu être opérées en l'absence d'interposition de la société BJPG Participations, alors que M. Gautier aurait reçu en contrepartie du rachat direct par la société CDA de ses propres titres les mêmes titres WI que ceux remis à la société BJPG Participations pour la même opération; qu'ainsi, les requérants n'apportent pas la preuve, qui leur incombe, de ce que l'opération d'apport des titres de la société CDA à la société BJPG Participations avait un autre motif que celui d'éviter le paiement de l'impôt sur la plus-value réaliste, qu'ils auraient normalement supporté s'ils n'avaient pas réalisé cet apport »*
- *que si « M. et Mme Gautier soutiennent qu'ils auraient pu bénéficier du même sursis d'imposition en procédant de manière différente à la réorganisation des sociétés du groupe Wendel; qu'il résulte cependant de l'instruction qu'une telle réorganisation nécessitait que soient passés de nombreux actes que les requérants n'avaient pas compétence pour prendre et qu'elle se serait heurtée, ainsi que le fait valoir l'administration en défense et que le reconnaissent les requérants, à des obstacles tenant à l'existence de droits de vote doubles que souhaitaient conserver les actionnaires familiaux du groupe; qu'ainsi, M. et Mme Gautier ne sont pas fondés à soutenir que la création de la société BJPG Participations et l'apport à cette dernière des parts détenues par M. Gautier dans la société CDA est demeurée sans incidence sur la charge fiscale qu'ils auraient supportée en l'absence de ces actes »,*
 - *et enfin « qu'il ressort des dispositions précitées de l'article 150-0 B du code général des impôts, éclairées par les travaux préparatoires de la loi du 30 décembre 1999 de finances pour 2000 dont elles sont issues, que le législateur a, en les adoptant, entendu faciliter les opérations de restructuration d'entreprises, en vue de favoriser la création et le développement de celles-ci, par l'octroi automatique d'un sursis d'imposition pour les plus-values résultant de certaines de ces opérations, notamment d'échanges de titres ; que le législateur n'a, en revanche, pas entendu viser les opérations de rachat par une société, qu'elle soit cotée ou non cotée, de ses propres titres en vue d'une réduction de son capital non motivée par des pertes, quand bien même un tel rachat serait rémunéré non en numéraire mais par la remise de valeurs mobilières détenues par la société; que, par suite, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que l'opération par laquelle la société CDA aurait procédé au rachat de ses propres titres directement auprès de M. Gautier*

devait bénéficier du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du code général des impôts ».

Le 12 février 2020 le Conseil d'État a annulé l'arrêt de la Cour Administrative d'appel de Paris pour un motif de procédure et renvoyé l'affaire devant la même Cour, autrement composée.

2.2 Analyse du tribunal

Comme le souligne le Professeur LE GALL dans une note remise aux magistrats instructeurs dans le cadre de la défense de M. BRUNEAU, le débat porte en ce qui concerne ces sociétés civiles ayant opté pour l'impôt sur les sociétés « *sur l'existence de leurs fonctions, plus largement leur raison d'être.* ».

C'est à cette analyse qu'il appartient au tribunal de procéder.

Rappel : les 13 associés de CDA concernés se sont placés abusivement sous le régime de l'apport-cession

Il a été établi supra (1.2) que la combinaison :

- du rachat par CDA de ses propres titres à 14 de ses 15 associés,
- et de la poursuite artificielle par Jean-Baptiste LAFONTA de l'activité de la société CDA

dissimulait une dissolution de CDA, dont l'*affectio societatis* avait disparu avec la réalisation de l'opération d'intéressement en capital ayant motivé sa création.

Dans le cadre de ce montage global, les 13 associés de CDA concernés (sauf M. OMMEREN résidant néerlandais) se sont donc placés abusivement sous le régime d'apport-cession qui leur permettait de pouvoir bénéficier du sursis d'imposition.

En cas de dissolution/liquidation d'une société, les sommes revenant aux associés et qui excèdent le montant de leurs apports (boni de liquidation) sont imposables dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, conformément aux dispositions de **l'article 112-3° du Code général des impôts.**

De même, s'ils avaient reçu directement leur part de l'actif net de CDA sous forme de titres ou de SICAV monétaires figurant à l'actif de CDA, ils auraient été immédiatement imposables.

Dès lors il appartient au tribunal de rechercher si la création de SC IS par chacun des 13 actionnaires en vue du rachat par la société CDA de ses propres titres, qui participe à ce montage global, a un intérêt ou une utilité autre que fiscale.

a) Des SC IS créées de façon concomitante, sans utilité économique, par tous les associés en vue du rachat par la société CDA de ses propres titres dans le cadre d'une réduction de capital non motivée par des pertes

Chacun des 13 actionnaires concernés (sauf M. LAFONTA et M. VAN OMMEREN, résidant aux Pays-Bas) a créé de façon concomitante en vue de lui apporter ses titres CDA préalablement au rachat de ses propres titres par cette dernière, une société civile ayant opté pour l'impôt sur les sociétés (SC IS) qu'il contrôlait avec son conjoint. Il n'est pas contesté que chacune de ces SC IS avait pour objet la gestion patrimoniale de titres (WI) et de valeurs mobilières de placement (SICAV).

Les conseils de Bernard GAUTIER rappellent que BJPG n'était pas une structure créée à l'occasion du débouclage de l'opération Solfur/CDA mais le 1er septembre 2006.

Il convient de rappeler que c'est précisément au cours du dernier trimestre 2006, après l'introduction en bourse de LEGRAND intervenue en avril 2006 et dans le contexte d'une hausse du cours de WENDEL qu'a été envisagée l'opération Solfur, comme en témoigne une note du cabinet DEBEVOISE en date du 3 octobre 2006.⁸⁶ Il est établi et non contesté que cette structure n'a eu aucune activité avant de recevoir les titres CDA de Bernard GAUTIER dans le cadre du débouclage de l'opération SOLFUR. Il est dans ce cadre indifférent que, comme le souligne le conseil de l'intéressé, l'option à l'IS souscrite dès septembre 2006 l'ait été à la demande d'une banque.

Le tribunal ne peut que constater que l'opération d'apport des titres CDA à l'ensemble de ces SC IS **n'a pas de réalité économique** : l'assemblée générale de CDA autorise le même jour, le 3 mai 2007, les associés à substituer leurs SC IS, et une réduction de capital non motivée par des pertes. Le même jour, les SC IS sont ainsi autorisées à devenir associées de la société CDA en lieu et place des associés personnes physiques, et invitées à se désengager du capital de cette dernière. Ce désengagement sera effectif dès le 27 mai 2007, à l'expiration du délai correspondant au droit d'opposition des créanciers (D 213/9). Les titres de CDA détenus quelques jours par ces SC IS constituées à cet effet seront annulés par CDA (réduction de capital) et les structures recevront leur part des actifs de CDA, selon un choix anticipé et concerté, en titres WI et/ou en OPCVM.

Il a été établi supra qu'à l'époque et jusqu'à la loi 2014-1655 du 29 décembre 2014 de finances rectificative pour 2014, le rachat de ses titres par une société en vue d'une réduction de capital non motivée par des pertes s'analysait en une distribution de revenus de capitaux mobiliers au sens de **l'article 109** du Code général des impôts pour la partie du prix de rachat excédant le remboursement des apports.⁹³

L'appréhension d'une partie de l'actif social, et a fortiori la répartition de l'intégralité de l'actif social camouflant une dissolution, ne peut être assimilée à un simple échange de titres. Les moyens soulevés par les conseils de certains prévenus, ceux de Monsieur Ernest-Antoine SEILLIERE ou de Monsieur Jean-Yves HEMERY notamment, selon lesquels il s'agirait d'une simple opération intercalaire d'échange de titres sans réalisation, et a fortiori, sans appréhension de profit sont donc inopérants. A l'occasion de ces opérations, les SCIS ont reçu la part d'actif de CDA qui revenait aux associés au titre du système d'intéressement mis en place.

b) Sur les moyens de défense soulevés par les quatre associés de CDA qui ont reçu directement les titres WENDEL INVESTISSEMENT au sein de leur SC IS : Ernest-Antoine SEILLIERE, Bernard GAUTIER, Yves-Robert MOUTRAN et Olivier CHAMBRIARD

Les conseils des prévenus ont soulevé de nombreux moyens relatifs aux réinvestissements. Le tribunal rappelle que ces réinvestissements ne sont, au même titre que l'appréhension de liquidités par l'associé, par exemple, qu'un critère qui permet d'appréhender *in concreto* l'existence (ou pas) d'une activité économique par la société bénéficiaire de l'apport, en l'espèce les SC IS.

⁹³L'excédent éventuel constitue un boni de cession qui a la même nature qu'un boni de liquidation, imposable à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des revenus e capitaux mobiliers : voir notamment décision Roesch du 29 décembre 2000 (CE 9ème-10ème s-s 29-12-2000 n°179647 : RJF 3/01 n°310, concl J Courtial BOCF « à& n°38 Observations O Fouquet , Rev sociétés 2001 p 109.

La situation de Monsieur Ernest-Antoine SEILLIERE peut à ce titre être soulignée. Ses conseils font valoir qu'il n'a appréhendé aucune liquidité, alors que ce dernier a reçu au sein de sa société ASEAS des titres WENDEL INVESTISSEMENT représentant environ 65 millions d'euros et des OPCVM à hauteur de 15 millions d'euros, somme dont ses conseils considèrent qu'elle est « marginale ». Il ressort en outre de la procédure et des débats que cette somme a été utilisée à hauteur de 10 millions d'euros par la SC IS pour racheter à l'épouse et au fils de Ernest-Antoine SEILLIERE des titres WENDEL (provenant de l'exercice de stock-options en 2006) qui avaient peu de temps auparavant fait l'objet d'une donation de sa part.

Monsieur Ernest-Antoine SEILLIERE, comme Bernard GAUTIER, a reçu directement les titres WENDEL INVESTISSEMENT au sein de sa SC IS. En leur qualité de mandataires sociaux de WENDEL, ils bénéficient dans le cadre de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) d'une exonération au titre de biens professionnels au sens de l'article 885 O bis du code général des impôts. Le tribunal considère, comme l'avait fait le Conseil d'État dans ses arrêts du 12 février 2020 dans la présente affaire, que la circonstance alléguée que les titres WENDEL INVESTISSEMENT présenteraient le caractère d'un bien professionnel au sens de l'article 885 O bis du code général des impôts, ne saurait justifier **de l'exercice d'une activité économique par la société civile** soumise à l'impôt sur les sociétés elle-même.

Les conseils de Ernest-Antoine SEILLIERE et Bernard GAUTIER font encore valoir qu'ils ont à travers leur SC IS, conservé leur participation dans la société WENDEL INVESTISSEMENT WI et ne se sont pas désinvestis de cette société, seules les modalités de détention de cette participation ayant été modifiées. C'est bien le problème. Ils ont appréhendé, dans des structures qu'ils contrôlent et qui n'ont pas d'autre objet que la gestion de leur patrimoine, leur part d'actif de CDA qui aurait dû être soumise à l'impôt s'ils l'avaient reçue directement. Le fait de conserver dans un but exclusivement patrimonial la part de l'actif de CDA reçue sous forme de titres WENDEL corrobore l'absence de substance, d'utilité économique de la société civile interposée.

Yves-Robert MOUTRAN a reçu au sein de sa SCIS MOUTRAN SAINT ELIAS (MSE) des actions WENDEL INVESTISSEMENT WI représentant une valeur de 7,3 millions d'euros au 3 mai 2007 et des SICAV JP MORGAN à hauteur de 1,5 millions d'euros. Le compte titres de la société civile Moutran Saint Elias est nanti auprès de JP Morgan en garantie d'une autorisation de découvert accordée par JP Morgan à la société civile MOUTRAN SAINT ELIAS. Entre novembre 2007 et janvier 2008, la société MSE a vendu l'intégralité des actions WENDEL INVESTISSEMENT WI détenues pour un prix total de 4,5 millions d'euros, réalisant une moins-value de plus de 2,7 millions d'euros.

Yves-Robert MOUTRAN expose avoir quitté la société WENDEL en juin 2008 pour se consacrer entièrement à l'activité de la société (MSE).⁹⁴ Au cours de l'été 2008 la société MSE a investi plus de 2,5 millions d'euros en actions SAINT-GOBAIN. Pour le reste elle a financé à travers un prêt à une SCI TILARUM VIA un bien immobilier qui se trouve être le logement familial de l'intéressé (4,1 millions d'euros). Elle a réalisé un investissement de 50 000 euros souscrit le 24 décembre 2008, dans le contrat de co-production d'un film « Nous Resterons Sur Terre ». Pour le reste, elle effectue des opérations de placement en produits financiers JP MORGAN essentiellement.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que la société MSE a bien eu entre mai 2007 et avril 2011 une activité exclusivement patrimoniale.

Olivier CHAMBRIARD recevait également directement des titres WENDEL INVESTISSEMENT WI dans sa SC IS, CC2, sans recours à un emprunt auprès de la banque JP

94 D715 Note au juge d'instruction.

MORGAN, pour une valeur de 9,3 millions d'euros. En 2008, il rachetait à titre personnel à sa SCIS ces titres WENDEL INVESTISSEMENT WI au cours de 80 €, soit pour un prix d'environ 6 millions d'euros, avec précisait-il l'accord du déontologue de WENDEL (D 1116/6). Cette acquisition était financée par un prêt de JP MORGAN. Une moins-value de 3,3 millions d'euros était ainsi constatée au sein de sa SCIS, tandis qu'il se gardait la possibilité de bénéficier à titre personnel de la remontée attendue du cours de bourse. Il fait valoir que CC2 a contracté en 2007 un prêt sans recours pour racheter des sociétés industrielles spécialisées dans le domaine de son entreprise familiale (bois) mais qu'aucun projet d'achat de PME n'a abouti malgré les nombreux mandats de recherche signés. Il ajoute avoir souhaité regrouper ses investissements professionnels et à ce titre avoir logé dans CC2 son co-investissement dans EDITIS. Il reconnaissait qu'en 2012 l'actif de CC2 était composé, à l'exception d'un investissement de 100 000 euros dans un projet IMPALA de golf en Roumanie conduit par un de ses amis (dont il a précisé à l'audience n'avoir aucune idée du développement), exclusivement de « placements d'attente » sélectionnés par la banque JP MORGAN (D 116/9). Il ajoute que CC2 lui a également accordé au cours de l'année 2008 un prêt personnel de 400 000 € pour qu'il puisse investir dans sa société familiale CHAMBRIARD et acquérir des titres SAINT-GOBAIN, outre une avance ponctuelle pour lui permettre de souscrire un contrat d'assurance-vie au Luxembourg.

Le tribunal relève que l'objet du crédit de 6 millions d'euros souscrit par CC2 était le financement « du paiement des intérêts et de tous les frais et commissions dus au titre du Crédit, des besoins de trésorerie de l'Emprunteur et de l'acquisition d'instruments financiers. »

Par ailleurs, les mandats signés avec des cabinets d'intermédiation dans l'achat d'entreprises sont pour la plupart datés de 2010 (alors que, les contrôles fiscaux ont débuté en 2010).et ne mentionnent pas la société CC2 mais Olivier CHAMBRIARD, de même que les échanges sur les projets d'achats d'entreprises qui ne permettent pas de savoir s'ils concernent la société familiale, Olivier CHAMBRIARD à titre personnel ou la société civile CC2.

Toujours est-il qu'à la date de l'interrogatoire de première comparution d'Olivier CHAMBRIARD en septembre 2014, le seul investissement de CC2 s'étant concrétisé résidait dans une prise de participation de 100 000 € en juillet 2007 dans une société IMPALA qui aurait un projet pour la construction d'un golf en Roumanie, à mettre en regard avec la plus-value réalisée par l'intéressé en 2007, s'élevant à un peu plus de 9,2 millions d'euros. (D1116/7)

Ces éléments ne sont pas de nature à établir une quelconque utilité économique de la société CC2 entre 2007 et 2014.

Les SC IS de Ernest-Antoine SEILLIERE, Bernard GAUTIER, Yves-Robert MOUTRAN et Olivier CHAMBRIARD se sont contentées de détenir ces titres ou d'en acquérir de nouveaux, le cas échéant auprès de ces derniers à titre personnel, ou encore de financer l'acquisition d'un logement familial. Elles n'ont pas réinvesti dans l'économie de façon significative. Leur seule qualité de cadre ou dirigeant de la société WENDEL ne suffisait pas à conférer à cette activité une coloration autre que patrimoniale, étant précisé que par le biais de cessions de titres WENDEL INVESTISSEMENT WI entre les SCIS et eux-mêmes ou des membres de leur famille, ils ont dès 2008 personnellement appréhendé des liquidités (10 millions d'euros pour M. SEILLIERE) ou des titres WENDEL INVESTISSEMENT WI (Messieurs MOUTRAN et CHAMBRIARD).

c) Sur les moyens de défense des 8 ex-associés de CDA qui ont reçu des OPCVM dans leur SC IS

D'autres ex-associés de CDA ayant reçu des OPCVM dans leur SC IS et emprunté à titre personnel pour acquérir des titres WENDEL INVESTISSEMENT WI ont affirmé avoir eu

l'intention d'utiliser leur société civile pour se lancer dans des activités diverses, PME, chambres d'hôtes (MM. DARMON, ROPERT), et/ou avoir engagé des démarches avancées dans ce sens (MM. DESCLEVES), mais n'avoir pu mener à bien ces projets du fait de la crise économique de 2008 et de la baisse de valeur du titre WENDEL. De fait, aucun n'a pu justifier d'une activité concrète, appuyée par une logistique adaptée. Ils ne justifient d'aucun investissement significatif réalisé par leur société civile soumise à l'IS ni d'aucun projet sérieusement engagé avant la fin de l'année 2010, date des notifications de redressement.

Le tribunal relève encore que, contrairement à ce qui est soutenu par les conseils de certains prévenus, aucune jurisprudence contemporaine des faits ne viendrait conforter l'absence d'abus de droit en matière d'investissements exclusivement patrimoniaux. Les deux décisions évoquées du tribunal administratif de Versailles en matière de report d'imposition mais transposables au sursis, qui jugeaient que les opérations d'apport-cession n'ont pas un but exclusivement fiscal et ne sont dès lors pas abusives lorsque la société civile **a réalisé des investissements professionnels et patrimoniaux**. Les avis du CCRAD de 2004 qui ont été évoqués à de nombreuses reprises par la défense posent de façon constante le critère de l'investissement professionnel comme condition de l'absence d'abus de droit.

d) Sur l'intervention de la banque et les moyens soulevés par les prévenus qui ont emprunté pour acquérir des titres WENDEL

La banque JP MORGAN a acheté auprès de CDA des actions WENDEL INVESTISSEMENT WI et LEGRAND, les liquidités perçues par CDA devant servir à régler le prix du rachat des titres aux sociétés civiles. Elle a ensuite immédiatement revendu ces actions WENDEL INVESTISSEMENT WI aux ex-associés de la société COMPAGNIE DE L'AUDON tout en finançant ces achats par l'octroi de lignes de trésorerie gagées sur les titres et les liquidités précitées. Elle a enfin accordé une seconde série de crédits remplaçant les précédents, qui ouvraient aux managers la possibilité d'user des fonds prêtés pour satisfaire «[leurs] besoins en trésorerie », leur offrant ainsi un accès aux liquidités pendant la période transitoire liée au «lock-up ».

L'intervention de la banque JP MORGAN n'a d'objet que d'atténuer les effets du montage fiscal en vue de permettre aux associés qui ont reçu des liquidités (SICAV) de souscrire un emprunt garanti par les SICAV de leur SC IS afin d'acquérir à titre personnel, comme ils s'y étaient engagés moralement à l'égard de Jean-Bernard LAFONTA, des actions WENDEL INVESTISSEMENT WI⁹⁵ qu'ils pourront céder de façon plus souple et fiscalement plus avantageuse qu'à travers une SC IS ⁹⁶. C'est l'intervention de la banque qui permet finalement aux dirigeants de détenir directement les mêmes actions que celles que détenait CDA à son actif.

Comme l'a relevé le tribunal administratif pour certains associés ayant appréhendé leur part d'actif de CDA en SICAV monétaires :

« le produit de cette cession a été appréhendé sous forme de SICAV monétaires, dont le nantissement a d'ailleurs permis aux requérants d'obtenir un prêt, ; que la circonstance

⁹⁵Actions WI que la société CDA a vendues à la banque JP MORGAN afin d'obtenir les liquidités (SICAV ou OPCVM) qui seront remises à l'occasion du rachat des titres CDA aux SC IS des associés, qui emprunteront à titre personnel à la banque pour racheter une partie de ces titres WI.

⁹⁶Note de Ludovic MAILLET à M. MOUTRAN (D 863) : « La revente à partir de 2011 est conseillée : on ne peut pas envisager à vie d'utiliser une société civile soumise à l'IS pour la gestion d'un patrimoine privé (trop onéreux fiscalement et limite les possibilités d'investissement : Valeurs mobilières, immobilières, statuts fiscaux particuliers...). »

qu'ils aient fait le choix d'utiliser ce prêt pour acquérir, en propre, des actions de la société Wendel investissement est à cet égard sans incidence, dès lors d'une part que ce réinvestissement n'est pas le fait de la société Marin de Caumartin et, d'autre part, que le requérant n'établit aucunement qu'il se serait engagé à détenir et conserver ces titres ».

Les conseils de la plupart des prévenus qui ont reçu des SICAV monétaires dans leur SCIS, notamment celui d'Arnaud DESCLEVES, font valoir que les associés de CDA qui ont acquis à titre personnel des titres WENDEL INVESTISSEMENT WI n'ont procédé à aucun désinvestissement, ayant **substitué à leur participation indirecte détenue dans Wendel Investissement par l'intermédiaire de CDA, une participation directe.**

Là encore, c'est le problème. Les associés de CDA qui ont reçu leur part d'actif de CDA en SICAV ont dû, pour contourner les effets de ce montage tout en évitant une distribution de revenus, emprunter pour acheter à titre personnel les titres WENDEL INVESTISSEMENT WI qu'ils détenaient auparavant indirectement à travers CDA.

L'intervention de la banque n'a d'autre effet, selon le tribunal, que d'atténuer, pour les dirigeants ayant fait le choix de recevoir leur part d'actif en SICAV monétaires, les effets contraignants du montage. Elle corrobore le caractère aussi complexe que superficiel du montage.

Gérard DUFRENE, avocat au sein du cabinet DEBEVOISE, indiquait dans un mail du 16 janvier 2007 adressé à Pierre-Pascal BRUNEAU déjà évoqué que *« ce qui paraît le plus problématique d'un point de vue fiscal est qu'au terme de l'ensemble de ces réorganisations, les managers récupèrent les mêmes titres que ceux détenus par CDA, en ayant évité une distribution, directe ou indirecte, de revenus, en interposant des structures juridiques appropriées et une banque ».*

Il poursuivait :

« Plus généralement, il serait approprié de trouver une raison non fiscale à ces transactions, mais l'argument selon lequel les managers ne seraient pas dans la même situation avant et après parce qu'ils seraient engagés auprès d'une banque me laisse assez perplexe puisque l'interposition de la banque a pour objet d'obtenir le résultat fiscal recherché. A cet égard, je pense qu'il faudrait décrire les objectifs de la réorganisation de CDA en évitant d'insister sur la détention directe. »

Indépendamment de la catégorie d'imposition et du différentiel de taux d'imposition qui en résulte, c'est donc de façon artificielle que l'appréhension de leur part d'actif de CDA par 13 managers s'est faite dans le cadre d'une réduction de capital, dans le but d'interposer une SCIS et de bénéficier du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0-B du code général des impôts.

C'est donc *« en dehors de toute prise de risque inhérente à l'apport en société et en dehors de toute logique économique »*⁹⁷ que les sociétés civiles soumises à l'IS se sont interposées dans le cadre de l'opération de rachat de ses propres titres par CDA. L'inutilité de l'opération montée⁹⁸ caractérise l'artificialité du montage.

Les associés de CDA ont constitué chacun une structure ad hoc, artificielle, sans aucune substance propre ni existence ou justification autonome, dans le seul but de se placer dans une situation fiscale donnée.

⁹⁷ Arrêt Casino du 20 mars 2007.

⁹⁸ Arrêt Portimmo C.Cas Com 3 avril 2007 n°06-10702.

Cette interposition a permis aux cadres et mandataires d'entrer artificiellement dans les prévisions de l'article 150-0-B du code général des impôts en évitant l'imposition à laquelle ils auraient été soumis si la société CDA leur avait directement racheté leurs titres. L'interposition des sociétés civiles et l'apport des titres de la société CDA à ces sociétés de façon concomitante au rachat de ses propres titres par CDA ont bien poursuivi un **but exclusivement fiscal**.

III-. Un montage contraire à l'esprit du législateur

Pour reprendre les termes de Mme ILJIC, rapporteur public dans la présent affaire ⁹⁹ :

« La caractérisation d'un montage purement artificiel, qui constitue un indice de la poursuite d'un but exclusivement fiscal, permet de réputer par construction remplie la condition dite objective de l'abus de droit consacrée par les jurisprudences du Conseil d'État¹⁰⁰ tenant à l'application littérale d'un texte à l'encontre des objectifs poursuivis par ses auteurs : le législateur ne peut jamais avoir entendu favoriser la création artificielle, par un contribuable, de l'apparence qu'il remplit les conditions pour bénéficier d'un régime fiscal de faveur. C'est une chose acquise en droit interne¹⁰¹ »

Pour autant, il n'apparaît pas inutile d'examiner le présent montage à l'aune de l'esprit du législateur de 2000 et des décisions rendues depuis en matière le sursis d'imposition.

1. L'esprit du législateur : faciliter les opérations de restructurations d'entreprises, en vue de favoriser la création et le développement de celles-ci

Comme le rappelait M. Didier MIGAUD, rapporteur général de la commission des finances de l'Assemblée nationale, lors de l'examen de l'article du projet de loi de finances 2000 qui a créé l'article 150-0 B du CGI « *la neutralisation fiscale des plus-values comptabilisées en vue de fixer la parité d'échange à l'occasion des restructurations d'entreprises tend à faciliter ces opérations en raison même de leur intérêt pour l'économie. Il importe seulement que cette neutralisation demeure compatible avec la nécessité de garder la trace de la valeur des titres antérieure à la restructuration, afin que l'imposition des plus-values puisse intervenir à l'occasion des cessions véritables. C'est la raison pour laquelle la nécessaire adaptation des structures des entreprises, que ce soit pour mieux répondre aux exigences du marché ou pour améliorer leur compétitivité, a conduit à exonérer provisoirement l'imposition des plus-values d'échange. L'accélération des restructurations liées à la mondialisation et les conséquences de la monnaie unique ne pourront que favoriser la multiplication de telles opérations et renforcer l'utilité de disposer d'un régime de différé d'imposition performant* ».

99N° 421441 M. M...N° 421444 M. et Mme G..10e et 9e chambres réunies Séance du 29 janvier 2020-Lecture du 12 février 2020.

100(Section, 27, septembre 2006, n° 260050, RJF 12/06 n° 1583 chron. Y.Bénard p. 1083, ccl. L. Olléon BDCF 12/06 n° 156) et Min. c/ AD...(28 février 2007, n°284565 : RJF 5/07 n° 595 ccl. L. Vallée BDCF 5/07 n° 61, obs. Fouquet Dr. Fisc. 14/07c.386).

101(18 février 2004, Min c/ Sté Pléiade, n°247729 ; 18 mai 2005, Min c. / Sté Sagal, n° 267087, précitée ; 29 décembre 2006, Ministre c/Société Bank of Scotland, n° 283314, RJF 3/07 n° 322, ccl. Sénors.

C'est cette intention claire du législateur qui a été rappelée par le Conseil d'État dans une décision du 22 septembre 2017¹⁰² refusant de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité contestant que le sursis d'imposition prévu par l'article 150-0 B du code général des impôts puisse être réprimé sur le fondement de l'abus de droit : « *en premier lieu, il ressort des dispositions contestées de l'article 150-0 B du code général des impôts, éclairées par les travaux préparatoires de la loi du 30 décembre 1999 de finances pour 2000 dont elles sont issues, que le législateur a, en les adoptant, entendu faciliter les opérations de restructurations d'entreprises, en vue de favoriser la création et le développement de celles-ci, par l'octroi automatique d'un sursis d'imposition pour les plus-values résultant de certaines opérations qui ne dégagent pas de liquidités* ».

Le Conseil constitutionnel lui-même a reconnu que cette intention du législateur était explicite et constituait la *ratio legis* de l'article L. 150-0 B du code général des impôts : « *en instaurant le sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du code général des impôts, le législateur a entendu favoriser les restructurations d'entreprises susceptibles d'intervenir par échanges de titres.* » (Décision n°2017-638 QPC).

Comme l'indiquait le rapporteur public à l'occasion de l'examen de la décision du 22 septembre 2017 précitée, « *le raisonnement part de ce que l'objet de l'article 150-0 B est de favoriser les restructurations d'entreprises. La doctrine a beau s'insurger contre cette prémisse, elle ne fait aucun doute, à telle enseigne que le Conseil constitutionnel l'a récemment jugé expressément (Cons. const., 16 juin 2017, n° 2017-638 QPC, Sebaux, cons. 6 : Dr. fisc. 2017, n° 25, act. 375). De ce point de vue, l'opération d'apport-cession à une société contrôlée par le contribuable dont le produit n'est pas réinvesti dans une activité économique est par construction contraire à l'objectif poursuivi par le législateur* ».

Il en résulte que l'objectif d'utilité économique du régime de sursis à imposition des apports-cession constituait incontestablement l'intention du législateur au moment de l'adoption de la loi.

C'est d'ailleurs au regard de l'esprit de la loi que le Conseil d'État a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité sur le sursis d'imposition en cas d'apport-rachat posée dans la présente affaire.

2. Au regard de l'esprit de la loi, les opérations de rachat par une société en vue d'une réduction de capital non motivée par des pertes n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 150-0-B du code général des impôts

Il convient en effet de rappeler que le Conseil d'État a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité sur le sursis d'imposition en cas d'apport-rachat posée dans le cadre de l'affaire Wendel¹⁰³ :

« Il ressort des dispositions de l'article 150-0 B du Code général des impôts (CGI), éclairées par les travaux préparatoires de la loi n° 99-1172 du 30 décembre 1999 de finances pour 2000 dont elles sont issues, que le législateur a, en les adoptant, entendu faciliter les opérations de restructuration d'entreprises, en vue de favoriser la création et le développement de celles-ci, par l'octroi automatique d'un sursis d'imposition pour les plus-values résultant de certaines de ces opérations, notamment d'échanges de titres. Le

¹⁰²CE 22 septembre 2017, n°412408, conclusions du rapporteur public A. BRETONNEAU.

¹⁰³CE10 octobre 2016 n°401659 refus transmission QPC.

législateur n'a, en revanche, pas entendu viser les opérations de rachat par une société, qu'elle soit cotée ou non cotée, de ses propres titres en vue d'une réduction de son capital non motivée par des pertes, quand bien même un tel rachat serait rémunéré non en numéraire mais par la remise de valeurs mobilières détenues par la société.

Il ressort de ce qui précède que les contribuables dont les titres sont rachetés par la société émettrice et qui, ce faisant, se désengagent de leur investissement, ne sont pas placés dans la même situation que ceux participant à l'une des opérations énumérées à l'article 150-0 B, lesquelles revêtent par nature un caractère intercalaire en ce qu'elles ont pour objet de poursuivre, sous une autre forme, l'investissement réalisé dans l'activité économique en cause. »

On comprend que dans le cas d'une restructuration, une société reprend des actifs précédemment détenus par des investisseurs qui restent engagés, sous cette nouvelle forme dans l'activité en cause et deviennent partie prenante en recevant des parts de la nouvelle structure dont ils acquièrent des parts en contrepartie de la cession à laquelle ils consentent.

Sur le plan fiscal, l'échange de titres, même sans soulte, s'analyse comme une vente suivie d'un achat. Le gain réalisé par chaque participant à l'échange est considéré comme provenant d'une cession à titre onéreux. Ces opérations ne dégagent pas de liquidités, sauf à hauteur de la soulte éventuellement versée à l'apporteur.

La neutralisation fiscale des plus-values comptabilisées en vue de fixer la parité d'échange à l'occasion des restructurations d'entreprises tend à faciliter ces opérations **en raison même de leur intérêt pour l'économie.**

En revanche, une réduction de capital non motivée par des pertes caractérise le désengagement des actionnaires et la volonté de la société de distribuer les bénéfices mis en réserve correspondant.

Conclusion

En l'espèce, l'actionnaire qui se désengage de CDA accepte de recevoir, pour prix de ses apports augmentés des bénéfices non encore distribués, des titres WENDEL INVESTISSEMENT WI liquides et/ou des OPCVM figurant à l'actif de CDA et représentant sa part dans le système alternatif d'intéressement mis en place par WENDEL.

Ces opérations ne participent en rien d'une restructuration économique de CDA dont elles visent au contraire, par leur caractère concomitant et simultané, à dissimuler la dissolution.

Ce montage fiscal est donc contraire à l'esprit du législateur qui n'a pas souhaité, en instaurant le sursis d'imposition, permettre à des cadres et mandataires d'une société cotée d'appréhender, en différant toute imposition, les gains provenant d'un système alternatif d'intéressement en capital.

L'abus de droit est donc caractérisé. Il appartient désormais au tribunal d'en apprécier le caractère intentionnel en examinant les responsabilités pénales individuelles.

PARTIE IV – L'ÉLÉMENT MORAL : DE L'ABUS DE DROIT À LA FRAUDE FISCALE

Les conseils des prévenus ont tous soutenu la régularité des opérations, mettant en avant que le schéma fiscal avait été conçu et validé par des avocats fiscalistes réputés dans lesquels ils avaient placé toute leur confiance, et que l'état du droit en 2007 permettait d'assurer que ces derniers étaient légitimement en droit de s'inscrire dans le dispositif de l'article 150-0 B du Code général des impôts.

Certains ont fait valoir qu'ils n'avaient au surplus pas participé aux discussions préalables, et/ou qu'ils n'avaient jamais été concepteur du schéma en question et que l'adhésion au schéma leur avait été imposée par leur hiérarchie qui avait présenté cette solution comme licite, obligatoire et dépourvue d'alternatives.

Les conseils de Jean-Michel MANGEOT et de Gérard LAMY ont ainsi soutenu que ces derniers n'avaient aucune marge de manœuvre dans la mise en œuvre des modalités arrêtées : impératif hiérarchique, schéma arrêté préalablement, aucune possibilité de discussion, constitution et statuts des sociétés civiles préparés en amont, système de verrouillage avec la banque JP Morgan imposé...

Par ailleurs, les conseils de Jean-Bernard LAFONTA ont notamment soutenu l'implication limitée de ce dernier dans l'élaboration de l'opération, en relevant que les décisions récentes du Conseil d'Etat et l'avis de la rapporteure publique indiquent clairement que l'abus de droit réside dans les choix individuels d'interposer une société civile lors du rachat des actions CDA, excluant donc Jean-Bernard LAFONTA, resté dans CDA.

Tous exposent avoir parfaitement respecté les recommandations du cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON et réinvesti les fonds dans une activité économique.

Pierre-Pascal BRUNEAU fait valoir au contraire que le montage n'était pas frauduleux en soi mais qu'en ne respectant pas, ou insuffisamment, leurs recommandations, les managers ont commis une fraude, notamment par une utilisation de leur capacité d'emprunt abusive et contraire au schéma conseillé en empruntant des montants supérieurs à la valeur des actifs des sociétés civiles, alors que le cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON avait requis un seuil d'investissement de 50% dans leur note.

Enfin, plusieurs prévenus soutiennent que l'absence d'intention coupable est **démontrée par l'issue incertaine du contentieux fiscal matérialisée par la signature de transactions.**

Pour mémoire, si les juges sont tenus de répondre aux chefs péremptoires de conclusions dont ils sont saisis¹⁰⁴, ils ne sont pas tenus de suivre les prévenus dans le détail de leur argumentation¹⁰⁵. Un moyen péremptoire est « *celui qui est de nature à influencer sur la solution du litige, c'est-à-dire, en matière pénale, celui qui est de nature à faire disparaître l'infraction* »¹⁰⁶.

104Crim., 9 mai 1994, n°94-81.196.

105Crim., 25 avr. 2017, n° 16-81 793.

106Rapport Crim. 27 mars 2019 n° 18-82-178.

CHAPITRE I – À TITRE PRÉALABLE, SUR L'ÉLÉMENT INTENTIONNEL

I.- Les textes et principes généraux

L'article 1741 du code général des impôts, dans sa version applicable au moment des faits, dispose notamment que quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts [...], soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, soit qu'il ait **volontairement dissimulé** une part des sommes sujettes à l'impôt, soit qu'il ait organisé son insolvabilité ou mis obstacle par d'autres manœuvres au recouvrement de l'impôt, soit en agissant de toute autre manière **frauduleuse** est passible, indépendamment des sanctions fiscales applicables, d'une amende de 37 500 euros et d'un emprisonnement de cinq ans.

L'article 121-3 du code pénal dispose qu'il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.

L'article L.227 du Livre des procédures fiscales dispose que, au cas de poursuites pénales tendant à l'application des articles 1741 et 1743 du code général des impôts, le ministère public et l'administration doivent apporter la preuve du caractère intentionnel soit de la soustraction, soit de la tentative de se soustraire à l'établissement et au paiement des impôts mentionnés par ces articles.

La chambre criminelle juge ainsi qu'en matière de fraude fiscale : « *l'élément intentionnel résulte de la conscience de l'inexactitude des déclarations faites à l'administration* »¹⁰⁷

Il peut être déduit de la jurisprudence de la chambre criminelle, appréciant la motivation des cours d'appel s'agissant des omissions de déclarations, que l'élément intentionnel en la matière, est suffisamment caractérisé dès lors que le juge relève que *ces omissions sont volontaires, conscientes ou délibérés*.¹⁰⁸

A titre liminaire, on peut rappeler que la faute intentionnelle peut être définie comme l'intention de violer la loi pénale, autrement formulé **comme la volonté de commettre un acte que l'on sait interdit**. Ce qui suppose de démontrer que le comportement incriminé a été commis par une personne qui, d'une part, sait que ce comportement est pénalement sanctionné (connaissance), et qui, d'autre part, décide néanmoins de le commettre (volonté).

La connaissance du caractère pénalement répréhensible du fait apparaît ainsi comme le point de départ de toute intention, dès lors qu'il faut la connaissance de la réalité, c'est-à-dire une approche éclairée des aspects tant juridiques que factuels d'une situation, pour pouvoir agir intentionnellement. Il convient donc d'évaluer la connaissance juridique de l'agent, autrement dit sa connaissance du contenu de l'interdit légal, des incriminations, de leurs composantes et de leur sanction ; mais également d'évaluer sa connaissance des faits, la façon dont les circonstances ayant entouré leur commission ont été intégrées par leur auteur, autrement dit d'évaluer si ce qui contribue à la réalisation de l'infraction a été parfaitement connu de l'agent, ce afin que sa volonté puisse tendre vers chacune des composantes de son action en termes de conditions préalables et de matérialité.

¹⁰⁷ Notamment Crim.16 janvier 2013, n°12-81.496.

¹⁰⁸ Crim 8 août 1990, Crim. 28 octobre 1991, Crim. 19 octobre 2014.

II-. L'intentionnalité en matière d'abus de droit

En matière d'abus de droit par fraude à la loi, la question de l'intention frauduleuse se pose de façon spécifique puisque les textes fiscaux sont par définition appliqués de façon littérale mais que la fraude suppose, au-delà du caractère artificiel du montage, qu'ils le soient à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur.

L'intention frauduleuse peut se définir comme la volonté de parvenir à un résultat illégitime, en l'espèce un but exclusivement fiscal : ne pas générer d'événement taxable immédiat à l'occasion de l'appréhension par chacun de sa part de l'actif de la société CDA. La volonté de produire un tel résultat constitue l'intention frauduleuse qui consiste dans la volonté exclusive de se soustraire à l'application de la loi.

Cela revient en l'espèce à poser la question de savoir si chaque prévenu avait connaissance à l'époque des faits du but exclusivement fiscal du montage et y a participé de façon volontaire, consciente ou délibérée.

Cette intention sera appréhendée de façon concrète au regard de la participation de chacun à la conception et à la mise en place du montage mais aussi de l'évaluation de sa bonne foi ou du caractère légitime au regard des circonstances de fait qui l'aurait conduit à avoir une mauvaise appréciation de la réalité.

Cela nécessite donc, pour chaque prévenu, de se reporter aux éléments objectifs tels que ses connaissances propres, dans une matière fiscale particulièrement technique reposant en grande partie sur la jurisprudence, de sorte qu'elle est nécessairement moins accessible et intelligible que d'autres matières, dont il n'est pas contestable qu'elle a, en matière de sursis-imposition en tout cas, évolué et fait l'objet de précisions tant jurisprudentielles que législatives. , Seront examinés aussi les conseils qui ont pu leur être donnés, les informations à leur disposition ou tout autre élément objectif de nature à éclairer la réalité de ce qu'ont été en mesure d'appréhender les prévenus lors des faits.

Il apparaît donc nécessaire, lors de l'examen de l'intention, d'évaluer la connaissance de chaque intéressé, puis sa volonté en vue de répondre aux questions suivantes :

- Avait-il conscience que le schéma de sortie de CDA avait un but exclusivement fiscal ?
- Qu'il était contraire à l'esprit du législateur ?
- Y-a-il adhéré de façon consciente et délibérée ?

Ces questions seront appréhendées au plan individuel (chapitre III) après avoir rappelé les éléments dont ils avaient objectivement connaissance (chapitre II).

CHAPITRE II – LA CONNAISSANCE GLOBALE OBJECTIVE D'UN BUT EXCLUSIVEMENT FISCAL

I.- Un schéma global d'optimisation fiscale dans lequel tous et chacun avaient conscience de s'inscrire : un but fiscal

Il a été établi que dès le début du mois d'octobre 2006, soit plus de six mois avant le rachat de SOLFUR et les opérations qui permettront à CDA de détenir directement les titres WENDEL INVESTISSEMENT représentant 4,65 % du capital de WENDEL INVESTISSEMENT, WI, une réflexion a été confiée au cabinet fiscaliste DEBEVOISE qui rédige une note sur les différentes voies permettant aux actionnaires de CDA (Compagnie de SOLFUR à l'époque) **d'appréhender les profits réalisés par cette société.**¹⁰⁹

Ces constatations sont de nature à corroborer les déclarations notamment de Gérard LAMY selon lequel *«Les concepteurs sont Jean-Bernard LAFONTA, mandataire social de WENDEL et premier actionnaire de CDA, Jean-Yves HEMERY directeur fiscal de WENDEL, et Arnaud DESCLEVES directeur juridique de WENDEL.»*¹¹⁰

Néanmoins, les mails échangés dès le mois de décembre 2006 entre Jean-Baptiste DOUIN (cf. infra) d'une part et Jean-Michel ROPERT et/ou Jean-Yves HEMERY établissent que Jean-Michel ROPERT, directeur financier du groupe était également associé à la réflexion et connaissait tant les objectifs que les risques du schéma global.¹¹¹ Il appartient à l'équipe projet et à ce titre est destinataire ou en copie de nombreux échanges.

Dès le mois de janvier 2007, la réflexion sur la « Réorganisation CDA » a évolué vers un schéma dans lequel il s'agit désormais de **« permettre à chacun des 13 managers actionnaires de CDA (sauf JBL) de détenir en direct les titres WI et LEGRAND inscrits au bilan de CDA à l'issue d'une première série de réorganisations (cf I du projet de note sur la réorganisation). »**^{112 113}

Le mémorandum du cabinet DEBEVOISE en date du 22 janvier 2007 précise que *« ces étapes seraient entreprises dans la mesure du possible sous le régime fiscal du sursis d'imposition et prévoit que tous les associés (sauf un) créeraient une nouvelle société française (« newco ») à laquelle les actions CDA seraient apportées, ce qui permettrait de bénéficier du régime fiscal du sursis d'imposition ».*

Il est établi et non contesté que cette réflexion s'inscrit dans un schéma d'optimisation fiscale, qui a pour objet de permettre aux associés d'appréhender **directement les titres WENDEL INVESTISSEMENT WI et LEGRAND sans générer d'événement taxable immédiat : la plus-value latente étant placée en sursis d'imposition.**

¹⁰⁹Mémorandum adressé par mail le 3 octobre 2006 par Pierre-Pascal BRUNEAU du cabinet PLIMPTON & DEBEVOISE à MM. LAFONTA, DESCLEVES et HEMERY (D 886-13).

¹¹⁰D 684, D 957.

¹¹¹Projet pour discussion- CDA Réorganisation D 1211.

¹¹²Courriel interne au cabinet DEBEVOISE du 16 janvier 2007 de Gérard DUFRENE.

¹¹³Mémorandum du cabinet DEBEVOISE en date du 22 janvier 2007 (projet pour discussion- CDA Réorganisation D 1211).

C'est ainsi en effet que ce schéma est présenté notamment dans une note du cabinet DEBEVOISE adressée à tous les associés le **15 mars 2007**¹¹⁴ après avoir été envoyée en projet à messieurs HEMERY, ROPERT, MANGEOT, DESCLEVES ainsi qu'à un notaire, ancien avocat fiscaliste, Pascal JULIEN SAINT-AMAND¹¹⁵.

De fait, le but fiscal recherché au travers du schéma était clairement exposé, de même que la nécessité de maintenir un statu quo durant trois années :

« Vous devrez conserver les parts de Newco au moins jusqu'au 31 décembre 2010.

Quel est l'intérêt fiscal de ce schéma ?

Vos actions CDA sont porteuses d'une plus-value latente considérable. Cette plus-value serait en principe taxable au taux de 27%. Une distribution d'actions WI et L par CDA serait imposable au taux effectif de 32,8%. Le schéma générique vous permet d'appréhender directement les titres WI et L sans générer d'événement taxable immédiat : la plus-value latente sera placée en sursis d'imposition, qui ne tombera que le jour où vous céderez vos titres Newco. La détention des titres WI et L en direct offre plus de souplesse, et est plus avantageuse fiscalement.

La forme sociale de Newco (société civile) est notamment dictée par un impératif juridique :

celui de permettre à JPM d'obtenir des garanties au titre de son prêt portant sur les actifs de Newco. La justification de Newco en tant qu'outil de gestion patrimoniale permet d'éviter le risque d'abus de droit.»

Sur le devenir de la «newco», la note précisait *«Vous devez conserver vos parts dans Newco jusqu'au 31 décembre 2010 au moins. Au-delà, vous êtes libre de les céder à un tiers, ou bien encore de liquider la société. La double structure Newco IR et Newco pourra être simplifiée ; par prudence, il est préférable d'attendre deux ou trois ans pour réaliser cette simplification.*

Comment puis-je sortir de la structure Newco ?

Le moment venu, différentes voies seront envisageables, en fonction de vos souhaits et contraintes. On pourrait ainsi envisager une liquidation de Newco, ou bien une cession à un tiers (par exemple un établissement financier, ou bien une société spécialisée dans le rachat de structure dites "coquilles"). »

Ainsi, tous et chacun savaient que cette opération concertée et anticipée de « débouclage de CDA » s'inscrivait dans un schéma global d'optimisation fiscale devant permettre à chaque actionnaire de CDA de recevoir les titres WENDEL INVESTISSEMENT WI et LEGRAND inscrits au bilan de cette société sans générer d'événement taxable immédiat, la plus-value étant placée sous le régime du sursis d'imposition.

¹¹⁴ Le 15 mars, cette note, intitulée «Réorganisation CDA - Conséquences patrimoniales Questions/réponses» était adressée à Christine RIVOIRE, Arnaud FAYET, David DARMON, Gérard LAMY, Jean-Michel MANGEOT, Jean-Michel ROPERT, Olivier CHAMBRIARD, Stéphane BACQUAERT, Yves MOUTRAN, copies à Jean-Bernard LAFON, Arnaud DESCLEVES, Jean-Yves HEMERY et Pascal JULIEN SAINT-AMAND, avec ce commentaire *«Ce document, qui n'a pas la prétention d'être exhaustif, évoque les questions les plus évidentes que le schéma proposé est susceptible de soulever. Ce document appellera très certainement des commentaires de votre part et nous pourrions également en parler lors de notre rendez-vous.»* (D1158).

¹¹⁵ Projet de note «"question-réponse" pour les associés » destinée à leur *«présenter le schéma générique de sortie de CDA et à répondre aux principales questions qui pourraient être posées.»* (D1151).

II- La connaissance par les actionnaires de CDA du risque de requalification afférent à ce schéma fiscal

1. Par Jean-Bernard LAFONTA et l'équipe-projet (Jean-Yves HEMERY, Arnaud DESCLEVES et Jean-Michel ROPERT)

Dès le mail du 3 octobre 2006 adressé par Pierre-Pascal BRUNEAU à MM. LAFONTA, DESCLEVES et HEMERY ¹¹⁶, les avocats se penchaient sur le « régime fiscal des participations des Managers WI et des risques fiscaux y afférents » ainsi que sur le risque de requalification par l'administration fiscale de la plus-value dégagée à l'occasion de la précédente opération d'échange de titres des sociétés COMPAGNIE DE L'AURETTE et CDA, qui était l'une des étapes de la restructuration à venir.

Le 8 décembre 2006, Jean Baptiste DOUIN est en mesure d'adresser à ses interlocuteurs de la société CDA - Jean-Michel ROPERT et Jean-Yves HEMERY - le message suivant :

« Jean-Michel, Jean-Yves, Votre opération est maintenant bien comprise de nos services. La partie exécution autour des WI ne semble pas poser de problème. Les différents besoins de financements internes et externes à CDA devraient être également réalisables sans trop de soucis. Ce qui nous soucie le plus est clairement l'opération de vente à terme des actions CDA par les Managers à JPM et par JPM à CDA. Si cette opération est menée sur 100% de la société, ce n'est plus une réduction de capital dont on parle mais une liquidation de la société. Est ce qu'on veut ? Il faudrait sans doute que CDA subsiste au-delà de l'opération. Ne serait-ce que pour continuer de porter SOLFUR, non liquidable, et la position LEGRAND et call LEGRAND si telle est alors votre volonté. Il faut certainement vendre une majorité, mais de là à vendre tout, cela n'a pas de sens, il me semble. Par ailleurs, il faut évidemment qu'on ait un regard et un contrôle stricte de CDA, de ses actifs et de ses engagements. A côté de la créance JPM et de SOLFUR (LEGRAND+Call LEGRAND), il faut être bien sécurisé sur les engagements autres que la dette de 30MM€ Même si le prix est déterminable (et facile à vérifier en fonction du prix de LEGRAND), il faut contrôler en permanence la capacité de CDA à payer ce prix. Enfin, il s'agit clairement d'une opération permettant de transformer une distribution de dividende en plus-value et d'alléger l'imposition pour les managers. Il faut clairement que les conseils se penchent sur le risque que cela représente en termes de "montage fiscal" et bâtissent un argumentaire pour le justifier. A votre disposition pour parler de tout cela avec vous et vos conseils.

Bien à vous, JB »

Ainsi, s'il ne s'agissait pas à l'époque d'une réduction de capital incluant tous les actionnaires mais d'un schéma prévoyant une vente à terme par les associés de leurs parts de CDA à la banque, le risque lié au fait qu'un désengagement de tous les associés de CDA pourrait avoir les effets d'une dissolution de la société était également identifié.

En tout état de cause, plusieurs mois déjà avant la finalisation du projet, Jean Baptiste DOUIN de la banque JP MORGAN avait conscience de la réalité du but recherché par les associés de CDA, à savoir, comme il l'écrit lui-même, « **transformer une distribution de dividendes en plus-value** », « **montage fiscal** » qui représentait, selon ses propres termes « **un risque** ».

¹¹⁶Mémoire (D 886-13) sur la « stratégie de sortie par réorganisation » présentant les « différentes voies permettant aux actionnaires de la COMPAGNIE DE SOLFUR (CDS) d'appréhender les profits réalisés par cette société. »

Dès le 12 décembre 2006, quatre jours plus tard, Jean-Baptiste DOUIN s'adressait à nouveau à **Jean-Michel ROPERT**, commentant un projet adressé la veille par ce dernier dans les termes suivants :

« L'idée que JBL conserve CDA solidifie bien le schéma de réduction de capital. Tu m'as adressé un schéma hier après-midi qui développe une autre voie de déboucement de l'opération. Je ne sais pas si cette nouvelle voie est née de nos remarques sur la liquidation finale de CDA et son contrôle par nous entre-temps, ou si il y a de nouveaux objectifs poursuivis...Le projet de maintenir CDA pour JBL nous paraît intéressant à poursuivre parce qu'il apporte une substance économique à la réorganisation. Avez-vous maintenant une volonté de séparer rapidement JBL des autres ?».

Ainsi l'existence d'un risque fiscal était parfaitement identifiée au sein de l'équipe projet, cadre-dirigeants de WENDEL qui travaillaient sous l'autorité du président, Jean-Bernard LAFONTA, qui se trouvait être aussi le principal bénéficiaire de l'intéressement porté par la société CDA.

2. La connaissance précise de l'existence d'un risque fiscal par les autres actionnaires de CDA

L'existence d'un risque fiscal était partagée avec les autres actionnaires de CDA dans les notes et mémorandum rédigés à leur destination par Maître BRUNEAU, notamment dans deux notes DEBEVOISE & PLIMPTON en date du 12 mars puis du 15 mars 2007.

2.1 La note du 12 mars 2007 du cabinet DEBEVOISE

Le 12 mars 2007, Jean-Yves HEMERY transmettait à Messieurs SEILLIERE, LAFONTA, GAUTIER, DESCLEVES, BACQUAERT, CHAMBRIARD, DARMON, FAYET, LAMY, MANGEOT, ROPERT et Christine RIVOIRE une note établie par Pierre-Pascal BRUNEAU intitulée « Réorganisations COMPAGNIE DE L'AURETTE et COMPAGNIE DE L'AUDON », avec cette recommandation « J'attire votre attention sur le fait que cette note n'est pas à diffuser à l'exception de vos conseils. »

Dans un résumé préliminaire, la note rappelait les deux étapes principales du projet de restructuration de CDLA et CDA :

- « - La réorganisation des sociétés de famille WI qui devrait s'achever en mai 2007.*
- La sortie des Associés de CDA. »*

Concernant la sortie, la note énonçait les dernières modalités arrêtées par le schéma :

- « - cession par CDA d'actions WI et LEGRAND à une banque,*
- apport par chacun des Associés de ses actions CDA à une société civile nouvellement créée ("Newco") ;*
- rachat par CDA de ses propres titres à chacune de ces sociétés civiles suivi de leur annulation ;*
- prêt par la banque aux Associés et achat par chaque Associé auprès de la banque d'actions WI et LEGRAND;*
- > Régime de neutralité fiscale pour les Associés »*

Concernant l'aspect fiscal, il était indiqué :

*« Risque de remise en cause sur le fondement de l'abus de droit :
Ce schéma ne devrait pas pouvoir être considéré par l'administration fiscale comme une série d'opérations ayant un but exclusivement fiscal, susceptible de requalification sur le*

fondement de l'abus de droit, pour autant que la pérennité des Newco puisse être établie, ce qui implique d'y maintenir une activité substantielle et d'en conserver les titres pendant plusieurs années :

Niveau de risque :

- nul si Newco est conservée au moins jusqu'au 31/12/2010 ;*
- faible si Newco est cédée ou dissoute en 2009 ou 2010 ;*
- important si Newco est cédée ou dissoute en 2008 »*

La note développait ensuite chacune des étapes. Dans le point n°5, relatif au « dénouement par l'Associé », il était précisé que la structure Newco devait être conservée au minimum jusqu'au 31 décembre 2010. Ce délai de trois ans était ainsi justifié :

« La raison de l'obligation de conservation : la pérennité de la structure "Newco" est un élément essentiel à l'équilibre fiscal du schéma. Pour cette raison, ce dénouement ne devra pas intervenir avant le 31 décembre 2010.

Il est également recommandé, pour la solidité du schéma, que Newco soit utilisée pour y loger d'autres investissements professionnels ou patrimoniaux.

On ne peut totalement exclure que le schéma décrit ci-dessus puisse être analysé, à l'occasion d'une vérification fiscale d'un Associé, comme constitutif d'un abus de droit, sur le fondement de l'article L 64 du LPF. L'analyse de ce risque est développée au paragraphe III ci-dessous.

L'administration fiscale pourrait considérer que les opérations (i) de cession des titres WI et LEGRAND par CDA, (ii) d'apport des titres CDA à une structure ad hoc, (iii) de rachat par CDA de ses propres titres, (iv) d'acquisition à crédit des titres WI et LEGRAND auprès de la banque et enfin (v) de liquidation de la société ad hoc constituent un tout indivisible. L'opération, envisagée dans son ensemble, serait ainsi regardée par l'administration fiscale comme ayant eu pour seul objet que d'éviter de procéder à une distribution directe des titres WI et LEGRAND aux Associés, et de permettre à ces derniers de recevoir des titres WI et LEGRAND tout en différant l'imposition de la plus-value latente sur ses titres CDA.

En application de l'article 1754 V du CGI, en cas d'abus de droit la majoration prévue par l'article 1729 du CGI, c'est-à-dire la pénalité de 80%, est due par toutes les parties à l'acte qui sont solidairement tenues à leur paiement. Dans l'hypothèse où l'administration considérerait que les différentes étapes constituent une opération complexe et indivisible, dont CDA a été partie en procédant au rachat de ses propres titres, on ne peut exclure qu'elle ait recours à l'article 1754 V. Dans ce cas, l'administration pourrait réclamer le paiement de l'intégralité de la pénalité de 80% indifféremment à l'associé concerné, à Newco mais également à CDA. Conformément à l'article L 80 D du LPF, l'application de cette pénalité devrait donner lieu à une motivation portée à la connaissance de CDA au moins 30 jours avant la mise en recouvrement si la solidarité de CDA devait être mise en œuvre.

CDA pourra contester la position de l'administration en démontrant que cette opération est régulière et effective, entraîne des effets multiples pour les Associés (notamment la détention de parts d'OPCVM - de manière indirecte - et un endettement à titre personnel afin d'investir en titres WI et LEGRAND), de sorte que l'opération ne peut être assimilée à une simple distribution d'actions WI et LEGRAND par CDA à ses actionnaires.

Le maintien et "l'activation" des Newcos par les Associés feront disparaître le risque de redressement sur le fondement de l'abus de droit, la constitution des sociétés civiles ayant dès lors une justification économique et patrimoniale. Par conséquent, le risque de voir CDA appelée en solidarité de paiement de la pénalité de 80% disparaîtrait également. Le maintien des Newcos jusqu'en 2010 fera disparaître tout risque de redressement, l'opération de sortie de CDA étant fiscalement prescrite au-delà du 31 décembre 2010. Dans ce cas le risque pour CDA de se voir appeler en solidarité de paiement est nul. Le risque d'abus de droit (et donc de solidarité de CDA) serait en revanche très important si les Newcos étaient liquidées dès 2007 et toujours important si la liquidation intervenait en 2008. »

La note indiquait ensuite le moyen d'assurer la conservation pour le délai minimum requis : « *Afin de garantir la pérennité des Newcos, un tiers (probablement la Banque) disposera d'une part sociale dans chaque Newco, ayant des droits politiques spécifiques (la "golden share"). Les statuts de Newco contiendront une clause d'agrément de tout nouvel associé. Le porteur de la "golden share" aura un droit de veto sur cette décision d'agrément. Il pourra également s'opposer à la dissolution de la société. »*

La note abordait ensuite très longuement la question du risque de remise en cause de la structure de sortie sur le fondement l'abus de droit, les arguments susceptibles d'être avancés au soutien de cette thèse par l'administration, les contre-arguments envisagés, et revenait sur le comportement à adopter par les associés dans la gestion de la «newco» pour étayer avec succès cet argumentaire en défense, développements appuyés selon le conseil sur des avis du comité d'abus de droit fiscal et la jurisprudence du conseil d'État :

« Aux termes de l'article L 64 du Livre des Procédures Fiscales tel qu'interprété par le Conseil d'État, l'administration fiscale est autorisée à écarter ou à requalifier les actes (i) présentant un caractère fictif ou (ii) n'ayant pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluider ou d'atténuer la charge fiscale que le contribuable aurait normalement supportée s'il n'avait pas passé ces actes. La remise en cause de la structure de sortie des Associés par les autorités fiscales françaises sur le fondement de l'abus de droit ne pourrait intervenir que dans le cadre d'un contrôle fiscal des Associés pris individuellement. Le risque que cette réorganisation soit considérée comme fictive peut être considéré comme faible. En effet, les étapes décrites ci-dessus seraient réellement mises en œuvre par les différentes parties concernées, et ne dissimuleraient pas d'autres arrangements.

Une opération non fictive peut toutefois constituer un abus de droit lorsqu'elle a un but exclusivement fiscal. On ne peut exclure la possibilité que les autorités fiscales françaises tentent de remettre en cause la réorganisation sur le fondement de l'abus de droit en considérant qu'elle a un but exclusivement fiscal. L'argument principal de l'administration fiscale serait de considérer que le but exclusif de cette réorganisation est d'éviter une distribution aux Associés des titres WI et LEGRAND qui serait soumise pour 60 % de son montant à l'impôt sur le revenu (au taux marginal de 40 %) ainsi qu'aux contributions sociales (au taux global de 11 %), soit à un taux effectif d'imposition de 32.7 %. La réorganisation permettrait aux Associés de réaliser une plus-value soumise à une imposition forfaitaire au taux de 16 % additionnée des contributions sociales (11 %), soit à un taux effectif d'imposition de 27 %.

Il pourrait être opposé à l'administration fiscale que le rachat par CDA de ses propres actions auprès des Associés est une opération complexe qui entraîne de multiples effets non fiscaux et qui doit être distinguée des autres étapes par lesquelles les Associés financent et acquièrent des actions WI et LEGRAND.

Cet argument découle d'une jurisprudence selon laquelle une opération ne peut pas constituer un abus de droit dès lors qu'elle emporte de multiples conséquences juridiques, de telle sorte que la voie fiscalement la moins onéreuse n'est pas juridiquement équivalente à la voie la plus coûteuse fiscalement. Ceci a été établi par la Cour de cassation dans l'arrêt "RMC France" de 1996 dans le cas d'une transformation préalable à la cession d'une société en une autre forme de société, ce qui donnait lieu à des droits d'enregistrement réduits. Le même argument a été réaffirmé récemment par la Cour d'appel de Versailles.

- **La structure de sortie des Associés entraîne de multiples conséquences juridiques et fiscales empêchant de considérer qu'elle a un but exclusivement fiscal.**

A la suite de cette réorganisation, l'Associé concerné ne se trouve pas dans une situation juridiquement équivalente à celle dans laquelle il se serait trouvé si les opérations n'avaient pas été menées selon la voie fiscale la plus avantageuse. En vertu de la jurisprudence précitée, le fait pour une opération d'avoir des effets multiples est exclusif d'un but exclusivement fiscal.

Si la réorganisation n'avait pas été mise en œuvre, et que CDA avait distribué les titres de WI et de LEGRAND aux Associés (ou aux Newcos) en rémunération de ses propres titres, les Associés détiendraient des titres WI et LEGRAND (peut-être indirectement) et ne seraient pas endettés auprès de la Banque.

La situation juridique de chaque Associé à la suite de la réorganisation serait donc différente puisque en plus de détenir directement des titres WI et LEGRAND, ils détiendraient personnellement des titres dans une société (NewCo), qui à son tour détiendra des parts d'OPCVM. Newco pourrait en outre être considérée comme un véhicule patrimonial pour l'Associé dans la mesure où elle détient des actifs financiers pour un montant significatif; ce caractère serait renforcé dans le cas où l'Associé l'utiliserait pour détenir d'autres types d'investissements. Le fait que Newco soit un véhicule utilisé à des fins patrimoniales serait un argument supplémentaire pour exclure le but exclusivement fiscal de la réorganisation.

D'un point de vue financier, la situation des Associés est également différente de la situation résultant d'une distribution par CDA des titres WI et LEGRAND aux Managers ou à NewCo. En effet, ils seront endettés auprès de la banque, et, en fonction des décisions de chaque Manager, engagés à son égard jusqu'au remboursement de leurs emprunts respectifs.

En outre, l'échange des titres CDA contre des actifs monétaires permet de figer au sein de NewCo la valeur des titres de CDA à la date de réalisation de l'opération, ce qui peut permettre aux Associés de compenser une éventuelle perte de valeur des titres WI et LEGRAND.

Cette argumentation serait efficace pour autant que Newco soit conservée pendant une certaine durée. Il conviendra de conserver Newco au moins jusqu'au 31 décembre 2010, afin d'éliminer tout risque, puisque les opérations réalisées en 2007 se trouveraient alors fiscalement prescrites. En revanche, le risque d'abus de droit est encore important si la cession ou la liquidation intervient en 2008.

- **Le rachat de ses propres titres par CDA est une opération distincte de l'acquisition par les managers de titres WI et LEGRAND.**

En substance, l'objectif de cette réorganisation est de permettre à tous les Associés (sauf un) de sortir de la structure CDA. Le rachat de leurs actions CDA ne créerait pas pour les Associés sortants une obligation d'acquiescer un montant équivalent d'actions WI et LEGRAND. En effet, les Associés ne seront invités à investir que l'équivalent de 50% du

produit de rachat en actions WI ; ils pourront donc décider d'acquérir des titres dans des sociétés autres que WI et LEGRAND ou d'acquérir une moindre quantité de ces titres.

Le fait que le rachat soit, d'un point de vue fiscal, organisé de façon à être plus avantageux qu'une simple distribution d'actions WI par CDA à chaque Manager ne devrait pas suffire pas à constituer un abus de droit. En effet, le contribuable est libre de ne pas choisir la voie la plus coûteuse, tant que cette voie n'est pas artificielle [...]

Le sursis d'imposition résultant de l'apport des titres CDA à Newco aurait pour seule conséquence que les Associés ne seraient pas immédiatement imposés sur la plus-value réalisée lors de l'apport, la valeur fiscale des titres Newco étant égale à celle des titres CDA. Ainsi qu'il a été exposé, cette valeur fiscale serait, en raison des réorganisations préalables effectuées en sursis d'imposition, égale au prix de souscription des titres de CDA, de CDLA ou d'Ekibé.

Il pourrait alors être avancé que l'apport des titres CDA à Newco n'a pas pour effet d'éluider le paiement de l'impôt sur le revenu puisque les Associés seraient soit imposables sur la plus-value réalisées lors d'une cession de ces titres, évaluée sur la base de la valeur fiscale des titres de NewCo, soit devraient voter une distribution de dividendes (qui seraient soumis à l'impôt sur le revenu au taux progressif) afin d'extraire des bénéfices de Newco.

Il pourrait également être avancé que le report d'imposition de l'article 150-0 B du Code Général des Impôts ne résulte pas d'une option des Associés, mais est obligatoire.

Le Comité Consultatif pour la Répression des Abus de Droit a ainsi retenu cet argument dans une affaire en 2005 pour conclure que dans le cas d'un apport des titres d'une société détenue par un contribuable à une autre société suivi d'une cession des titres deux jours après l'apport, le bénéfice de l'article 150-0 B ne constitue pas un abus de droit.

Le CCRAD avait à plusieurs reprises considéré que les apports-cessions réalisés sous l'emprise des articles 160 1 ter 4 du CGI (qui organisait un mécanisme de report d'impositions, et a été abrogé par la loi de finances pour 2000) constituaient un abus de droit car, dans les cas examinés, les fonds résultant de la cession de titres n'avaient pas été "immédiatement ou à bref délai réemployés dans le cadre d'un investissement professionnel", et ont dès lors "été appréhendés dans le cadre d'une approche purement patrimoniale".

Ce Comité, composé de magistrats et d'un professeur de droit, doit être consulté lorsque l'administration fiscale invoque l'abus de droit au cours d'un contrôle fiscal. Si, à l'issue de la consultation, le Comité donne raison à l'administration quant à l'existence d'un abus de droit, la charge de la preuve de l'absence d'abus de droit pèse sur le contribuable.

Ce mécanisme est différent de celui du sursis : il s'appliquait sur option du contribuable, et avait pour effet de "figer" le montant de la plus-value à la date de l'échange. L'avis précité du rapport 2006, rendu à propos du mécanisme du sursis d'imposition, opère un changement de position du CCRAD sur les apports-cessions. Dans un premier temps, conformément à sa position en cas de bénéfice d'un report d'imposition qu'il soupçonne abusif, le CCRAD a repris le critère de l'utilisation des fonds reçus par la holding pour déterminer si une opération d'apport-cession bénéficiant d'un sursis d'imposition en application de l'article 150-0 B du CGI est constitutive d'un abus de droit. Ainsi, dans les premiers cas qui lui sont présentés, le CCRAD a constaté que la majeure partie des fonds résultant de la cession des titres apportés à la holding avait été réinvestie par cette dernière "en investissements à caractère professionnel" 18 mois après qu'elle avait encaissé le prix de cession. Dès lors, malgré le court délai écoulé entre l'opération d'apport et la cession des titres (en l'espèce, 13 jours), le CCRAD a considéré que le montage critiqué ne constitue pas un abus de droit.

Puis, lors de l'examen d'un cas où le contribuable avait bénéficié, à la suite d'apports successifs, d'un report d'imposition pendant 21 mois et d'un sursis d'imposition pendant 2 jours avant que les titres apportés ne soient finalement cédés, le CCRAD assouplit profondément sa doctrine.

Dans cet avis, le CCRAD constate en effet que "le mécanisme de sursis de l'article 150-0 B du CGI ne laisse désormais aucun autre choix au contribuable qui souhaiterait être immédiatement imposé que de procéder à une cession directe des titres." Il conclut que le bénéfice de ce nouveau dispositif légal n'est pas constitutif d'un abus de droit.

Compte tenu du mécanisme de sursis de l'article 150-OB du CGI, le CCRAD considère donc désormais que toute opération d'apport-cession réalisée depuis 2000 devrait pouvoir bénéficier d'une présomption d'absence d'abus de droit, quelle que soit l'utilisation des fonds reçus par la holding post-cession. L'ensemble de ces éléments conduit donc à conclure que le risque que le schéma décrit dans ce memorandum puisse être considéré avec succès par l'administration fiscale comme constitutif d'un abus de droit est nul, dès lors que la structure décrite serait maintenue au moins jusqu'au 31 décembre 2010 avec une activité substantielle. »

2.2 La note du 15 mars 2007 du cabinet DEBEVOISE

Le 9 mars 2007, Monsieur BERENGIER communiquait pour avis à Messieurs SAINT-AMAND, HEMERY, ROPERT, MANGEOT, DESCLEVES et BRUNEAU un projet de note « "question-réponse" pour les associés » destinée à leur « présenter le schéma générique de sortie de CDA et à répondre aux principales questions qui pourraient être posées. » (D1151)

Le 15 mars, cette note, intitulée « Réorganisation CDA - Conséquences patrimoniales Questions/réponses » était adressée à Christine RIVOIRE, Arnaud FAYET, David DARMON, Gérard LAMY, Jean-Michel MANGEOT, Jean-Michel ROPERT, Olivier CHAMBRIARD, Stéphane BACQUAERT, Yves MOUTRAN, copies à Jean-Bernard LAFON, Arnaud DESCLEVES, Jean-Yves HEMERY et JULIEN SAINT-AMAND, avec ce commentaire « Ce document, qui n'a pas la prétention d'être exhaustif, évoque les questions les plus évidentes que le schéma proposé est susceptible de soulever. Ce document appellera très certainement des commentaires de votre part et nous pourrions également en parler lors de notre rendez-vous. » (D1158)

De fait, le but fiscal recherché au travers du schéma était clairement exposé, de même que la nécessité de maintenir un statu quo durant trois années :

« Vous devrez conserver les parts de Newco au moins jusqu'au 31 décembre 2010.

Quel est l'intérêt fiscal de ce schéma ?

Vos actions CDA sont porteuses d'une plus-value latente considérable. Cette plus-value serait en principe taxable au taux de 27%. Une distribution d'actions WI et L par CDA serait imposable au taux effectif de 32,8%. Le schéma générique vous permet d'appréhender directement les titres WI et L sans générer d'évènement taxable immédiat : la plus-value latente sera placée en sursis d'imposition, qui ne tombera que le jour où vous céderez vos titres Newco. La détention des titres WI et L en direct offre plus de souplesse, et est plus avantageuse fiscalement.

La forme sociale de Newco (société civile) est notamment dictée par un impératif juridique :

celui de permettre à JPM d'obtenir des garanties au titre de son prêt portant sur les actifs de Newco. La justification de Newco en tant qu'outil de gestion patrimoniale permet d'éviter le risque d'abus de droit.»

Concernant l'utilité et le fonctionnement de la « **golden share** » il était indiqué :

« Les statuts de Newco contiendront une clause d'agrément de tout nouvel associé. Le porteur de la "golden share" (JPM) aura un droit de veto sur cette décision d'agrément. Il s'agit du seul droit dont disposera le porteur de cette "golden share". Il ne pourra cependant pas s'opposer à une transmission dans le cercle familial. L'objectif est de sécuriser le schéma sur le plan fiscal en évitant que Newco ne soit cédée trop rapidement, ce qui anéantirait la justification de l'utilisation de Newco comme outil patrimonial. L'échéance du 31 décembre 2010 a été fixée en fonction des règles de prescription en matière fiscale : au-delà de cette date, l'administration fiscale n'a plus le droit de remettre en cause les opérations effectuées en 2007. »

Sur le devenir de la «newco», la note précisait :

« Vous devez conserver vos parts dans Newco jusqu'au 31 décembre 2010 au moins. Au-delà, vous êtes libre de les céder à un tiers, ou bien encore de liquider la société. La double structure Newco IR et Newco pourra être simplifiée ; par prudence, il est préférable d'attendre deux ou trois ans pour réaliser cette simplification.

Comment puis-je sortir de la structure Newco ?

Le moment venu, différentes voies seront envisageables, en fonction de vos souhaits et contraintes. On pourrait ainsi envisager une liquidation de Newco, ou bien une cession à un tiers (par exemple un établissement financier, ou bien une société spécialisée dans le rachat de structure dites "coquilles"). »

La note abordait enfin la question de la gestion des actifs de la Newco :

« Différents types d'OPCVM monétaires sont proposés par JPM comme placements d'attente de votre Newco: portefeuille monétaire AAA, portefeuille monétaire prudent et portefeuille monétaire dynamique. JPM vous propose ensuite de faire évoluer les actifs de votre Newco vers différents profils de portefeuille d'investissements (monétaire dynamique, prudent et équilibré). L'exemple suivant d'un portefeuille dit "équilibré" est donné par JPM [...] JPM suggère de loger ces investissements dans un contrat de capitalisation. L'avantage de cet instrument sur le plan pratique est de permettre de simplifier la comptabilisation des investissements de votre Newco par une seule écriture annuelle. »

Ainsi, tous les actionnaires de CDA étaient informés que « *en substance, l'objectif de cette réorganisation est de permettre à tous les Associés (sauf un) de sortir de la structure CDA.* ».

Ils connaissaient l'existence d'un risque fiscal lié à la sortie de CDA et savaient que l'administration fiscale pourrait considérer :

- *que les opérations (i) de cession des titres WI et LEGRAND par CDA, (ii) d'apport des titres CDA à une structure ad hoc, (iii) de rachat par CDA de ses propres titres, (iv) d'acquisition à crédit des titres WI et LEGRAND auprès de la banque et enfin (v) de liquidation de la société ad hoc constituent **un tout indivisible**. L'opération, envisagée dans son ensemble, serait ainsi regardée par l'administration fiscale comme ayant eu pour seul objet que d'éviter de procéder à une distribution directe des titres WI et LEGRAND aux Associés, et de permettre à ces derniers de recevoir des titres WI et LEGRAND tout en différant l'imposition de la plus-value latente sur ses titres CDA.*

Ou encore

- *que le but exclusif de cette réorganisation « est d'éviter une distribution aux Associés des*

titres WI et LEGRAND qui serait soumise pour 60 % de son montant à l'impôt sur le revenu (au taux marginal de 40 %) ainsi qu'aux contributions sociales (au taux global de 11 %), soit à un taux effectif d'imposition de 32.7 %. La réorganisation permettrait aux Associés de réaliser une plus-value soumise à une imposition forfaitaire au taux de 16 % additionnée des contributions sociales (11 %), soit à un taux effectif d'imposition de 27 %. »

A travers ces deux notes, ils avaient une connaissance précise notamment du risque d'abus de droit que comportait ce schéma : constituer un montage dont le but est exclusivement fiscal en vue d'éviter les impôts légalement dus.

III-. La connaissance par les actionnaires de CDA du but exclusivement fiscal du montage

1. Jean-Bernard LAFONTA et l'équipe projet

Il résulte de l'ensemble des éléments de la procédure et il a été établi que ce schéma n'avait aucun but autre que fiscal, ce que les concepteurs savaient. Aucun autre but n'est d'ailleurs jamais évoqué dans les différents échanges de courriels et notes.

Le moyen avancé par les conseils de certains prévenus devant les juridictions administratives ou devant ce tribunal selon lequel ce montage aurait permis de simplifier l'organigramme du groupe WENDEL pour répondre à une demande des associés familiaux souhaitant pouvoir bénéficier des aménagements de la loi fiscale leur permettant de bénéficier d'un abattement en matière d'impôt de solidarité sur la fortune (« pacte Dutreil ») n'est pas sérieux. La société WENDEL INVESTISSEMENT WI dont les titres figurent à l'actif de CDA n'a aucun rôle dans le schéma d'apport-rachat et l'interposition des SC IS n'a aucun impact sur l'organisation de l'actionariat familial, le motif avancé restant au demeurant fiscal.

Ils ont participé à la conception de ce montage, qui consistait en un usage illicite du mécanisme d'apport-cession, et nécessitait, en vue de leur interposition, la constitution ad hoc de sociétés civiles destinées à s'interposer artificiellement.

Ils ne pouvaient ignorer que le partage de l'actif de CDA et l'appréhension individuelle par chaque actionnaire de sa part d'intéressement étaient totalement étrangers à la notion de restructuration économique. Il ne s'agissait pas de restructurer CDA mais de la dissoudre, ce véhicule d'intéressement n'ayant plus aucune utilité, tout en échappant aux impositions immédiates légalement dues. Il ne s'agissait pas non plus de restructurer des sociétés civiles créées pour l'occasion dont l'association au capital de CDA et le désengagement ont été agréés le même jour, lors de l'assemblée générale le 3 avril 2007.

Les termes des notes du cabinet DEBEVOISE sont explicites sur le caractère artificiel des sociétés civiles et les motifs exclusivement fiscaux de ces structures. La mise en place de la « *golden share* » en vue d'obliger les actionnaires à les conserver jusqu'à une date fixée en fonction des règles de prescription fiscale illustre l'attitude des initiateurs et concepteurs de ce montage face au risque fiscal. Plutôt que d'envisager un rescrit fiscal ¹¹⁷ ou de se poser la question de la conformité

¹¹⁷La loi du 8 juillet 1987 a également créé un nouvel article L. 64 B du LPF Une procédure de rescrit y est instaurée afin de permettre au contribuable de se prémunir contre le risque d'abus de droit, en consultant l'Administration quant à la régularité de son projet. C'est une nouvelle et importante garantie qui lui est accordée, même si la pratique de cette procédure, par la suite, s'est montrée décevante.

ce montage à l'esprit du législateur, ils cherchent à limiter le risque de contrôle fiscal dans l'attente de la prescription.

Ils savaient que le régime du sursis d'imposition n'avait pas été conçu par le législateur pour défiscaliser les profits d'une opération d'intéressement et n'envisageaient que les moyens de tenter d'échapper à un contrôle ou à un redressement.

2. Les autres actionnaires

A la lecture des notes du cabinet DEBEVOISE, les autres actionnaires ont nécessairement observé que cette «*appréhension des titres WI et L sans générer d'événement taxable immédiat*» était tout à la fois le seul objectif affiché du schéma fiscal, et l'argument, tel que prévu et annoncé par les conseils eux-mêmes, de l'administration dans l'hypothèse d'une remise en cause du schéma dans le cadre d'un contrôle fiscal, ce qui revenait à admettre implicitement que le montage était bien constitutif d'un tel abus.

La non-applicabilité du schéma fiscal à leur collègue VAN OMMEREN au simple motif qu'il n'était pas résident fiscal français ne pouvait que constituer un indice supplémentaire de la motivation exclusivement fiscale du montage.

2.1 *Le risque lié au PEA et les risques fiscaux de CDLA/CDA*

Ils n'ignoraient pas que les titres acquis lors de la levée d'options de souscription ou d'achat d'actions (stock-options) n'étaient pas éligibles au PEA, étant rappelé que l'intéressement SOLFUR était destiné à se substituer aux stock-options de 2007 à 2011.

Alors que certains actionnaires avaient placé initialement leurs titres CDA dans un PEA, leurs conseils les avaient justement mis en garde en 2007 sur la position de l'administration quant à l'usage abusif du PEA, ainsi que l'a rappelé Pierre Pascal BRUNEAU «*il nous a fallu beaucoup de temps pour convaincre l'ensemble des associés de CDA que l'utilisation qui avait été faite en 2004 d'un PEA pour loger leurs titres CDA nous paraissait abusive, c'est à dire contraire à l'esprit de la loi. Le PEA, pour le législateur, ayant été créé principalement pour les petits épargnants afin de les inciter à acheter des titres cotés et non pas pour y loger des titres qui avaient vocation, certes avec un niveau de risque élevé, d'avoir des plus-values très importantes.* »

Au risque encouru lié à l'usage d'un PEA, ils ont donc substitué dans le cadre de ce montage un autre risque d'abus de droit.

Ils ont en outre dû, à la demande de Jean-Bernard LAFONTA, accorder une garantie de passif en lien avec les divers risques fiscaux liés tant à la sortie de CDLA qu'à la sortie de CDA.

Ils avaient donc conscience de cette accumulation de risques fiscaux liés à leur intéressement SOLFUR.

La question essentielle, en ce qui les concerne est celle de savoir si, comme ils ont pu l'indiquer devant le juge d'instruction ou au cours des débats, ils ont envisagé ou pu envisager que ces sociétés civiles avaient ou pouvaient avoir une substance économique, s'ils ont pu être trompés par les notes ou conseils de Pierre-Pascal BRUNEAU.

2.2 Des SCIS constituées en vue « d'éviter le risque d'abus de droit » et devant être conservées jusqu'à une date fixée en fonction des règles de prescription fiscale, ce qui permettra d'éviter tout risque de redressement

Il résulte clairement des termes des deux notes du cabinet DEBEVOISE précitées que tous les associés étaient informés que :

- Les SC IS avaient pour objet « en tant qu'outil de gestion patrimoniale » d'éviter le risque d'abus de droit¹¹⁸ et ne devaient pas être cédées avant le 31 décembre 2010, date qui avait été fixée en fonction des règles de prescription fiscale¹³.
- En vue de ne pas « anéantir la justification » vis à vis de l'administration fiscale que constituait l'utilisation de ces SC IS et de « sécuriser le schéma sur le plan fiscal », une part de leur SC IS serait cédée à une banque¹¹⁹.

2.3 Des sociétés civiles sans nécessité économique

Ils savaient en outre que les sociétés civiles créées pour la circonstance ne répondaient à aucune nécessité économique. Ils n'étaient pas à l'initiative de la constitution de ces structures, qui leur a été proposée au départ comme une possibilité lors du séminaire de Méribel du 23 au 25 janvier 2007, avant de devenir une condition non négociable de leur appréhension de leur part d'intéressement. L'interposition de ces SC IS était pour eux une contrainte qui les conduisait :

- Soit à recevoir les titres dans ces sociétés civiles, ce qui était moins souple et fiscalement moins intéressant qu'une détention directe,
- Soit à recevoir des OPCVM dans leur société civile et à s'endetter auprès de JP MORGAN pour acquérir, à titre personnel, des actions WENDEL INVESTISSEMENT WI qu'ils pensaient au départ recevoir directement, et pour disposer de liquidités.

Gérard LAMY avait lors de la réunion de Méribel exprimé qu'il ne souhaitait pas créer de société civile et désirait payer l'impôt légalement dû. Jean-Yves HEMERY lui a dit que s'il payait l'impôt il risquait d'attirer l'attention de tous et de fragiliser l'équilibre du montage (D957).

Lors de la réunion du mois de mars 2007 à Luxembourg des pistes de solutions patrimoniales étaient présentées pour céder ces titres en limitant la fiscalité (D 211/4).

Ces sociétés civiles ont d'ailleurs été constituées « clé en main » par l'équipe-projet assistée du cabinet DEBEVOISE.

Les associés n'ignoraient pas qu'elles étaient artificielles, n'ayant aucune utilité économique.

118 « La justification de Newco en tant qu'outil de gestion patrimoniale permettait d'éviter le risque d'abus de droit ».

13

119 La raison de l'obligation de conservation : la pérennité de la structure "Newco" est un élément essentiel à l'équilibre fiscal du schéma. Pour cette raison, ce dénouement ne devra pas intervenir avant le 31 décembre 2010.

« afin de garantir la pérennité des Newcos », une action de leur SC IS sera cédée à un tiers
« L'objectif est de sécuriser le schéma sur le plan fiscal en évitant que Newco ne soit cédée trop rapidement, ce qui anéantirait la justification de l'utilisation de Newco comme outil patrimonial. L'échéance du 31 décembre 2010 a été fixée en fonction des règles de prescription en matière fiscale : au-delà de cette date, l'administration fiscale n'a plus le droit de remettre en cause les opérations effectuées en 2007. »

En effet, on leur demandait de constituer des SC IS pour éviter un abus de droit, et de les garder jusqu'à la date de prescription fiscale pour éviter tout risque de redressement, tout en leur expliquant comment les céder en franchise d'impôt.

Ont-ils pu croire, dans le contexte du risque fiscal précisément identifié, qu'en se contentant d'assurer une **gestion patrimoniale de leurs actifs**, elles rempliraient la condition du but autre que fiscal, qu'elles acquéraient une substance économique ?

La note de Pierre-Pascal BRUNEAU qui évoque à tort le fait que l'utilisation des sociétés civiles comme « *outil de gestion patrimoniale* » permettrait d'éviter un abus de droit est-elle de nature à les induire en erreur ? A considérer qu'ils n'ont pas agi en pleine connaissance de cause ?

C'est au regard de ces éléments objectifs communs qu'il appartient au tribunal d'apprécier les responsabilités pénales individuelles des actionnaires de CDA (chapitre IV) après avoir examiné celle de Pierre-Pascal BRUNEAU (chapitre III)

CHAPITRE III – LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE PIERRE-PASCAL BRUNEAU, AVOCAT AU SEIN DU CABINET DEBEVOISE & PLIMPTON

Pierre-Pascal BRUNEAU, avocat au sein du cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON, est renvoyé devant ce tribunal pour complicité des délits de fraude fiscale commis par les quatorze prévenus (y compris M. Arnaud FAYET, aujourd'hui décédé) en les aidant ou en les assistant sciemment dans la préparation ou la consommation de ces délits, en l'espèce **en participant à l'élaboration d'un schéma de sortie de la société CDA constitutif d'un abus de droit** consistant à loger de façon artificielle dans un but exclusivement fiscal des gains résultant de l'attribution de titres de la société WENDEL INVESTISSEMENT et des parts de SICAV monétaires dans une société civile passible de l'impôt sur les sociétés créée à cet effet pour bénéficier abusivement d'un sursis d'imposition, **et en incitant les associés de CDA à adhérer à ce schéma.**

Au cours de l'information judiciaire, tous les mis en examen (sauf Jean-Bernard LAFONTA) soutenaient avoir parfaitement respecté les recommandations du cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON et réinvesti les fonds dans une activité économique.

Pierre-Pascal BRUNEAU soutenait au contraire que le montage n'était pas frauduleux en soi mais qu'en ne respectant pas, ou insuffisamment, ses recommandations, les managers avaient commis une fraude, notamment par une utilisation de leur capacité d'emprunt abusive et contraire au schéma conseillé en empruntant des montants supérieurs à la valeur des actifs des sociétés civiles, alors que le cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON avait requis un seuil d'investissement de 50% dans leur note. Il considérait néanmoins que certains des associés qui ont reçu et conservé les titres WENDEL dans leur société civile à l'IS, étaient à son sens restés dans l'esprit de la loi, tels MM SEILLIERE, CHAMBRIARD, GAUTIER (D 1202/21)

Le conseil de Pierre-Pascal BRUNEAU a régulièrement déposé des conclusions aux fins de relaxe soutenues oralement à l'audience. Au soutien de cette demande, il fait désormais valoir que :

- L'élément intentionnel est exclu en cas d'incertitude de l'administration ou de la jurisprudence administrative sur le contenu, l'interprétation ou la portée de la loi fiscale d'autant plus que la poursuite se fonde, non sur une violation de la loi fiscale, mais sur une notion floue.
- L'état du droit en mai 2007 justifiait la légalité des opérations d'apport-cession.
- Le schéma conseillé constituait un conseil prudent et la poursuite ne peut se fonder sur des analyses jurisprudentielles postérieures.
- Aucun élément à charge ne démontre qu'il aurait commis le moindre acte de complicité relatif à la dissimulation de la dissolution de CDA.
- Il n'a pas participé à la promotion du schéma de sortie que sa cliente, CDA, lui a demandé d'élaborer et l'incitation se distingue de l'aide ou de l'assistance pour se rapprocher de la provocation ; la complicité par provocation n'est punissable que si l'infraction a été provoquée par don, promesse, menace, ordre ou abus d'autorité ou de pouvoir, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

I-. Les conditions de l'intervention du cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON et de Pierre-Pascal BRUNEAU dans le cadre de l'élaboration d'un montage constitutif d'un abus de droit

Alors que le cabinet BREDIN PRAT organisait la restructuration des sociétés de la famille WENDEL (SLPS, WENDEL PARTICIPATION, WENDEL INVESTISSEMENT), le cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON était chargé de réfléchir aux modalités de débouclage de l'opération

d'intéressement initiée au travers de CDS devenue CDA. Au sein du cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON, Maître Pierre-Pascal BRUNEAU, seul associé fiscaliste, était plus spécialement chargé du dossier, assisté de ses collaborateurs, Éric BERENGIER et Gérard DUFRENE.¹²⁰

En ce qui concerne les modalités d'exercice de son activité d'avocat, Pierre-Pascal BRUNEAU déclarait :

« Il s'agit d'un partnership américain, c'est à dire d'une structure qui se rapproche d'une association d'avocats en France. Il existe une solidarité et une responsabilité entre les associés. Je suis bien sûr responsable à titre personnel des conseils que j'ai donnés et leurs conséquences. Mes associés, à Paris et dans le monde, sont solidairement responsables d'un point de vue civil. Pour autant, il n'existe pas de personnalité morale de la structure française. En France la structure est un établissement de la structure américaine, assimilée à une succursale. Il y a une unicité sur le plan juridique. »

Dans le cadre de ses relations avec WENDEL, Pierre-Pascal BRUNEAU déclarait qu'aucune lettre de mission n'avait à l'époque été rédigée.

Il connaissait le groupe CGIP à l'époque pour lequel il lui était arrivé de travailler épisodiquement depuis 1982 et surtout 1988. Il avait été en contact avec Monsieur JEANAUDET, Monsieur FAYET ou encore Monsieur SEILLIERE. Il a été recontacté en 2004 alors qu'il travaillait à l'époque au sein du cabinet anglais SLAUGHTER AND MAY, pour une opération plus importante, EDITIS. Il a à cette occasion rencontré Bernard GAUTIER et Jean-Bernard LAFONTA .(note d'audience du 31 janvier 2022 page 31) . Selon ses explications, c'est Arnaud DESCLEVES qui le contacte début 2006 pour la réorganisation de COMPAGNIE DE L'AURETTE et la suppression de la boucle SOLFUR. (note d'audience du 31 janvier 2022 page 32)

Il indiquait que des honoraires étaient facturés tant à WENDEL INVESTISSEMENT qu'à CDA, seules les factures adressées à WENDEL INVESTISSEMENTWI figurent au dossier d'instruction (D 898- scellé 3 DEBEVOISE).

En 2006, le cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON a facturé à la société WENDEL des honoraires pour un montant total de 804 186,29 € pour des prestations d'assistance juridique et sociale. Deux factures mentionnent une assistance rendue dans le cadre de la « réorganisation et la simplification des structures ». Il s'agit des factures n°200619215 (en date du 13.09.2006) et 2006/9314 (en date du 30.11.2006) pour les montants respectifs de 106.000 € HT et 156.666,30 € TTC.

En 2007, le cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON a facturé la société WENDEL pour un montant total de 1 409 574,94 € pour des prestations d'assistance juridique et sociale. Une seule facture émise au cours de cet exercice mentionne une assistance rendue dans le cadre de la « la simplification des structures de détention » de la société WENDEL ainsi que la « réorganisation des structures d'associations et co-investissements des nouveaux managers ». Il s'agit de la facture n°2007110079 (en date du 22.05.2007) d'un montant de 509.316,60 € TTC.

Par ailleurs les notes d'honoraires établies par le cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON ont été retrouvées notamment à l'occasion des perquisitions réalisées dans bureau de Stéphane BACQUAERT (scellé BACQUAERT BUREAU 2 et D 891/3).

¹²⁰D 1202/3 Pierre-Pascal BRUNEAU déclarait lors de son IPC : « Pour ma part j'étais spécialisé dans le domaine fiscal. J'étais le seul associé fiscaliste et j'avais plusieurs collaborateurs qui travaillaient avec moi : Gérard DUFRENE, Éric BERENGIER, ainsi qu'un ou deux stagiaires. »

Il en ressort que le 13 septembre 2006, le cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON adressait deux notes d'honoraires (n°2006/9213 et n°2006/9212) du même montant de 53.820 € pour « assistance juridique et fiscale rendue au 31 juillet 2006 » à la COMPAGNIE DE SOLFUR (qui deviendra CDA) et à la COMPAGNIE DE L'AURETTE.

Une autre note, était adressée à la COMPAGNIE DE L'AUDON, n°2007/10079, en date du 22 mai 2007 d'un montant TTC de 202.303,40 € pour « assistance juridique et fiscale rendue du 1^{er} décembre 2006 au 29 mai 2007 », à savoir notamment les conseils rendus dans le cadre du financement de la restructuration du groupe WENDEL, incluant la préparation des contrats de découvert entre JP MORGAN et CDA et les sûretés y afférentes.

Ainsi, entre septembre 2006 et mai 2007, au cours d'une période de **neuf mois**, le cabinet DEBEVOISE a ainsi facturé **plus de 1,07 million d'euros d'honoraires aux trois structures (WI, CDS devenue CDA et CDLA)** au titre de prestations juridiques concernant l'opération Solfur et son financement.

Il ressort des échanges de courriels figurant au dossier que Pierre-Pascal BRUNEAU a participé, entre octobre 2006 et mai 2007, à l'ensemble des discussions et négociations préalables à l'élaboration du montage. Il a dès le mois de septembre 2006 échangé avec Jean-Bernard LAFONTA et l'équipe projet de CDA sur les scénarios successivement envisagés.

Il est notamment à l'origine d'évolutions significatives du schéma, telle que la mise en place de la « *golden share* » destinée à empêcher les associés de dissoudre leur société civile avant la prescription fiscale ou encore la garantie de passif mise en œuvre par chaque société civile au profit de CDA.

Une note du cabinet DEBEVOISE était en effet rédigée en date du **14 février 2007** à la seule attention de Jean-Bernard LAFONTA (adressée à Messieurs HEMRY et ROPERT), concernant le « *passif fiscal potentiel de Compagnie de l'Audon qui pourrait résulter de l'ensemble des opérations auxquelles CDA ou Compagnie de l'Aurette (société absorbée par CDA) ont participé depuis leur création, et dont nous avons connaissance. La présente analyse est rédigée afin d'apprécier l'étendue des risques que vous encourrez éventuellement à ce titre du fait de la détention de l'intégralité du capital de CDA.* » (D1146)

Le risque d'une solidarité de CDA et donc de Jean-Bernard LAFONTA au paiement d'une pénalité de 80% pour abus de droit à l'occasion de la vérification fiscale d'un des associés était évoqué. La solution envisagée est le maintien des structures, c'est à dire des sociétés civiles, jusqu'en 2010, qui « *fera disparaître tout risque de redressement, l'opération de sortie de CDA étant fiscalement prescrite au-delà du 31/12/2010* ».

Enfin, la mise en place d'une « *golden share* » était évoquée ainsi que celle d'une « *garantie de passif entre CDA et les sociétés des associés procurant des garanties réelles en cas de liquidation ou dissolution antérieure au 31 décembre 2010. Plus précisément, deux éléments spécifiques devront être inclus dans les statuts des sociétés civiles, d'une part, une clause d'agrément et d'autre part, une garantie de passif. Une golden share serait détenue par un tiers. Cette golden share aurait le contrôle de la clause d'agrément. Ce mécanisme serait maintenu jusqu'au 31/12/2010.* »

Dans la présentation de fin janvier à Méribel, le dénouement des SC IS était possible dès 2008 au choix de chaque associé (D1137/12). C'est à l'occasion de cette note sur le risque fiscal de CDA et donc de Jean-Bernard LAFONTA que la notion de durée jusqu'au 31 décembre 2010 apparaît pour la première fois.

Pierre-Pascal BRUNEAU connaissait le caractère global du schéma et l'objectif recherché : permettre à chaque associé de CDA d'appréhender sa part d'actif de CDA sous forme de titres WENDEL INVESTISSEMENT WI et LEGRAND et/ou d'OPCVM, sans générer d'événement taxable immédiat.

Il a conçu et mis en œuvre un schéma de sortie consistant pour ce faire à combiner :

- une réduction de capital de CDA non motivée par des pertes, qui permet à tous les actionnaires sauf un, Jean-Bernard LAFONTA, de récupérer leur part d'actif net, rémunérée par des titres WENDEL INVESTISSEMENT WI et ou des OPCVM (liquidités);
- l'interposition pour tous les actionnaires qui apportent leurs actions à la réduction de capital, sauf M. VAN OMMEREN, qui n'est pas résident fiscal français et ne sera pas imposé ni en France ni au Pays-Bas, d'une société civile ayant opté pour l'impôt sur les sociétés (SC IS) qui permet de bénéficier automatiquement du régime du sursis d'imposition;
- le maintien de Jean-Bernard LAFONTA, seul, dans la société CDA qui a accompli son objectif de portage de l'intéressement des managers dans le cadre de l'opération Solfur et devient la structure personnelle de Jean-Bernard LAFONTA. Le maintien de cette structure soumise à l'IS permet à Jean-Bernard LAFONTA de ne pas payer l'impôt afférent à sa part d'actif net de CDA, qui correspond en l'espèce au boni de liquidation.

Il a été établi que ce schéma constituait, conformément à l'état du droit en 2007, un abus de droit.

Les associés de CDA ont en effet notamment constitué chacun **une structure ad hoc, artificielle, sans aucune substance propre ni existence ou justification autonome, dans le seul but de se placer dans une situation fiscale donnée.**

Cette interposition a permis aux cadres et mandataires d'entrer artificiellement dans les prévisions de l'article 150-0-B du code général des impôts en évitant l'imposition à laquelle ils auraient été soumis si la société CDA leur avait directement racheté leurs titres. L'interposition des sociétés civiles et l'apport des titres de la société CDA à ces sociétés de façon concomitante au rachat de ses propres titres par CDA ont bien poursuivi un **but exclusivement fiscal.**

Ces opérations ne participent en rien d'une restructuration économique de CDA dont elles visent au contraire, par leur caractère concomitant et simultané, à dissimuler la dissolution.

Ce montage fiscal est donc contraire à l'esprit du législateur qui n'a pas souhaité, en instaurant le sursis d'imposition, permettre à des cadres et mandataires d'une société cotée d'appréhender, en différant toute imposition, les gains provenant d'un système alternatif d'intéressement en capital.

II-. La participation de Pierre-Pascal BRUNEAU, en connaissance de cause, à l'élaboration d'un montage constitutif d'un abus de droit

Il est établi et non contesté que Pierre-Pascal BRUNEAU a élaboré un schéma de sortie de la société CDA, après avoir échangé avec l'équipe projet de CDA sur les scénarios successivement envisagés.

Il conteste que ce schéma est constitutif d'un abus de droit, ce qui a néanmoins été établi supra. La connaissance qu'il avait du caractère abusif du montage sera néanmoins examinée, de façon objective, à travers les échanges de courriels.

1. Le mail d'Éric BERENGIER du 27 octobre 2006 : un risque de requalification tant de la plus-value de cession de CDLA que de celle de CDA identifié et anticipé

Dans un courriel du 27 octobre 2006 à l'attention de Pierre Henri DURAND (BREDIN PRAT), avec notamment copie à Pierre-Pascal BRUNEAU et Jean-Yves HEMERY, Éric BERENGIER indiquait :

« Il est indéniable que, techniquement, une plus-value est dégagée à l'occasion de l'échange de titres, et que dans l'hypothèse d'une requalification le régime de sursis de l'article 150-0-B ne trouverait plus à s'appliquer. On peut néanmoins douter fortement, à ce stade de la réorganisation, que l'administration fiscale soit fondée à procéder à une requalification. L'échange d'actions ne dégage aucune liquidité pour les managers actionnaires de Cie de l'Aurette. C'est d'ailleurs pour cela que le sursis d'imposition s'applique. Les managers ne concrétisent donc aucun gain à cette occasion... ». [...] On peut également penser que, si elle venait à tenter de requalifier les gains réalisés par les managers en revenu d'activité, l'administration fiscale aurait plus intérêt à tenter de requalifier la plus-value de cession des actions Cie de l'Audon (qui devrait avoir lieu en mai 2008) plutôt que la plus-value d'échange. »

Il ressort de ce courriel qui concerne le risque CDLA (co-intéressement sur titres LEGRAND réinvesti le 26 février 2007 à hauteur de 31 millions d'euros dans le débouclage Solfur et bénéficiant dans le cadre de la fusion CDLA/CDA du sursis d'imposition) que le risque de requalification en revenus d'activité de la plus-value de cession des actions CDA est anticipé dès le mois d'octobre 2006.

2. Le mail de Gérard DUFRENE du 16 janvier 2007 : un montage constitutif d'un abus de droit, dont seule la complexité est de nature à limiter le risque de contrôle et de redressement

Dans un courriel interne (D901/4) au cabinet DEBEVOISE du 16 janvier 2007 ayant pour objet « Réorganisation CDA », un des conseils, Gérard DUFRENE, faisait part de ses réflexions à ses confrères BRUNEAU et BERENGIER :

« La réorganisation de CDA a principalement pour objectif, si j'ai bien compris, de permettre à chacun des 13 managers actionnaires de CDA (sauf JBL) de détenir en direct les titres WI et LEGRAND inscrits au bilan de CDA à l'issue d'une première série de réorganisations (cf I du projet de note sur la réorganisation)... le schéma « normal » pour arriver à cette situation serait que CDA distribue les titres considérés ou rachète ses propres actions, ou que les managers rachètent des titres à CDA, conduisant alors, directement ou indirectement, à une distribution de revenus immédiatement imposables chez ces managers au taux effectif de 32,68% (Alternativement les managers auraient pu acheter ces titres sur le marché) ... « les opérations subséquentes de réorganisation (cf II du projet de note) conduisent à permettre aux managers de réaliser des plus-values sur les titres WI et LEGRAND en différant l'imposition jusqu'à la cession de ces titres [...] les structures juridiques et financières mises en place pour obtenir ce résultat ne semblent pas avoir d'autre objet que de parvenir à ce résultat fiscal. [...] Ce qui paraît le plus problématique d'un point de vue fiscal est qu'au terme de l'ensemble de ces réorganisations, les managers récupèrent les mêmes titres que ceux détenus par CDA, en ayant évité une distribution, directe ou indirecte, de revenus, en interposant des structures juridiques appropriées et une banque ... à partir de là, on ne peut écarter le risque d'abus de droit, même si la probabilité de voir un inspecteur se pencher et comprendre le détail et la portée exacte de ces transactions est plutôt faible (en fait il

faudrait qu'un inspecteur vienne vérifier CDA et se livre alors à une analyse globale des transactions et de la situation fiscale de l'ensemble des managers) ».

Gérard DUFRENE concédait certes que les managers pourraient « faire valoir qu'ils n'ont pas reçu de cash tant qu'ils n'ont pas cédé les titres WI et LEGRAND, » mais ajoutait « *sauf que si CDA avait distribué en nature ces mêmes titres aux managers, ces distributions auraient été immédiatement imposables* ».

Il est donc établi qu'à cette date, Pierre-Pascal BRUNEAU a connaissance, s'il ne l'avait pas déjà personnellement perçue, de la réalité des risques fiscaux mais aussi de la complexité pour l'administration fiscale de mettre à jour ce montage. Le montage envisagé est constitutif d'un abus de droit et seule sa complexité est de nature à limiter le risque de contrôle et, partant, de redressement fiscal.

Pierre-Pascal BRUNEAU n'a pas apporté de réponse écrite à ce mail de son collaborateur. Lors de son interrogatoire de première comparution, il déclarait à ce sujet :

« Gérard DUFRENE n'a pas été impliqué, ou alors très peu, dans ce dossier. Comme nous le faisons régulièrement dans un travail en équipe ou avec des confrères extérieurs, on débat des propositions et des schémas que nous souhaitons mettre en place. Mon collaborateur fait une analyse globale et conforme à ce que nous avons écrit dans la note de mai 2007, c'est à dire qu'il existait un risque de requalification sur le fondement de l'abus de droit par l'administration fiscale considérant qu'on devait ignorer l'opération d'apport. En tant qu'ancien inspecteur des impôts, sa remarque était un peu déplacée. »

Interrogé à l'audience sur la façon dont il a réagi au mail de Gérard DUFRENE, Pierre-Pascal BRUNEAU est resté très évasif, expliquant que Gérard DUFRENE n'était pas vraiment un spécialiste ou ne faisait pas réellement partie de l'équipe.

3. Le mail d'Éric BERENGIER du 9 mars 2007

Le caractère exclusif de l'objectif ainsi recherché par le « schéma générique » est parfaitement résumé dans le courriel du 9 mars 2007 d'Éric BERENGIER à l'attention de Pascal JULIEN SAINT-AMAND, notaire, (avec copie notamment à Jean-Yves HEMERY, Jean-Michel ROPERT, Jean-Michel MANGEOT, Arnaud DESCLEVES, BRUNEAU Pierre-Pascal, LANTAIRES Thierry et KIRRY Antoine) :

« Une distribution d'actions WI et L par CDA serait imposable au taux effectif de 32,8%. Le schéma générique vous permet d'appréhender directement les titres WI et L sans générer d'événement taxable immédiat: la plus-value latente sera placée en sursis d'imposition, qui ne tombera que le jour où vous céderez vos titres Newco. La détention des titres WI et L en direct offre plus de souplesse, et est plus avantageuse fiscalement (...) La forme sociale de Newco (société civile) est notamment dictée par un impératif juridique: celui de permettre à JPM d'obtenir des garanties au titre de son prêt portant sur les actifs de Newco. La justification de Newco en tant qu'outil de gestion patrimoniale permet d'éviter le risque d'abus de droit.

Comment fonctionne la "golden share" ? Quelle en est l'utilité?

L'objectif est de sécuriser le schéma sur le plan fiscal en évitant que Newco ne soit cédée trop rapidement, ce qui anéantirait la justification de l'utilisation de Newco comme outil patrimonial ».

Comme évoqué supra, ce message, adressé par Éric BERENGIER, du cabinet DEBEVOISE est particulièrement intéressant à un double titre :

- d'abord parce qu'il évoque explicitement une « appréhension directe » des titres WENDEL INVESTISSEMENTWI et LEGRAND par les associés de CDA, notion incompatible avec le mécanisme prévu par l'article 150-0-B du code général des impôts, applicable - ainsi qu'il a été démontré - aux cas d'apports en société ne générant pas l'appréhension effective de liquidités par l'apporteur;
- ensuite parce qu'il indique, également de manière explicite, que la « *justification de Newco* » réside dans le seul fait que l'interposition de cette structure est supposée « *permettre d'éviter le risque d'abus de droit...* ».

Pierre-Pascal BRUNEAU avait conscience mieux que quiconque du caractère frauduleux du montage. Il a bien, en connaissance de cause, participé à l'élaboration d'un schéma de sortie de la société CDA constitutif d'un abus de droit.

III-. Sur le rôle de Pierre-Pascal BRUNEAU en vue de convaincre les associés de CDA de participer à ce montage abusif

Pierre-Pascal BRUNEAU expliquait lors de son interrogatoire de première comparution :

« Le choix était relativement simple : soit les associés restaient dans CDA, soit ils sortaient de CDA et appréhendaient le produit directement à titre personnel et payaient l'impôt, soit ils utilisaient les dispositions de l'article 150-0 B, mais avec la contrainte très importante que le produit de cession était cette fois détenu par une société soumise à l'IS et qu'ils ne pouvaient donc pas utiliser le dit produit de cession à des fins personnelles. C'était véritablement le choix sur lequel beaucoup d'associés de CDA se sont interrogés, et nous ont interrogés. » (D 1202/13)

Le tribunal relève que dès le mois de janvier 2007, il n'est pas envisagé que des associés restent dans CDA mais bien de « *permettre à chacun des 13 managers actionnaires de CDA (sauf JBL) de détenir en direct les titres WI et LEGRAND inscrits au bilan de CDA* »¹²¹

Plusieurs managers indiquaient dans le cadre de la procédure judiciaire avoir été l'objet à cette période d'une forte contrainte de Jean-Bernard LAFONTA pour acquiescer au schéma.

M FAYET déclarait ainsi (D989/17) :

« J'ai adhéré à un contrat, un système. Les raisons pour lesquelles je l'ai fait: je n'avais ni choix, ni alternative, et aucune marge de manœuvre. C'était prendre le système et l'accepter, ou rien. Et quand je dis rien, c'est à dire ne pas pouvoir participer à ce schéma aboutissant à l'acquisition des titres WENDEL. »

C'est dans ce contexte qu'il convient d'appréhender le rôle de Pierre-Pascal BRUNEAU en vue de convaincre les associés de CDA de participer à ce montage dont il a été établi qu'il était constitutif d'un abus de droit.

¹²¹Mail de Gérard DUFRENE du 16 janvier 2007 (D 901).

1. Les notes destinées à convaincre l'ensemble des managers et présentant à tort la gestion exclusivement patrimoniale des sociétés civiles comme de nature à éviter tout risque d'abus de droit

Si le principe du montage était arrêté à cette période, certains managers semblaient pourtant toujours hésitants. Deux aspects du schéma continuaient de susciter le mécontentement de certains : la souscription de prêts pour l'achat de titres WENDEL, et l'octroi obligatoire d'une « *golden share* ».

Ainsi, le 1er mars 2007, Jean-Michel MANGEOT invitait par mail Pierre-Pascal BRUNEAU à « *démener la méfiance latente* » :

« Je pense qu'il faudrait :

- que tu expliques pourquoi la panacée PEA est devenue 3 ans après l'horreur (il y a de la méfiance dans les esprits)

- ce que chacun peut faire pour optimiser la détention de titres WI (merci d'avoir repris mon idée de contrat d'assurance vie lux)

- que tu présentes à chacun la marche à suivre (aujourd'hui, St Amant et tes gars n'ont vu qu'une petite partie des gens concernés... même si ce sont les importants)

- que tu expliques pourquoi ici délocalisation est sans effet (attention JYH a fait rêver les gens pour vendre la Sicar et les contrats de travail mixtes)

Globalement, démène la méfiance latente en étant aussi didactique que possible ! »

Le 9 mars 2007 avait lieu à Luxembourg un nouvel exposé aux actionnaires de CDA, sur la base d'une présentation actualisée (D 211) qui mentionnait les deux évolutions récentes du schéma générique, conformes aux préconisations de la note sur le risque fiscal de CDA :

« Au titre des garanties (en plus des nantissements): chaque Newco accorde à CDA une garantie de passif sur les titres rachetés, à hauteur du montant racheté; pas de solidarité des Newco entre elles ;

Seule subsiste la solidarité pour l'associé unique de CDA.

Obligation de conservation des Newcos :

Chaque Newco émet une « golden share », détenue par la banque ou son mandant afin de garantir la non liquidation ou cession totale des Newco jusqu'au 31 décembre 2010. ».

Le cabinet DEBEVOISE allait alors se charger de rédiger de nouvelles notes descriptives, destinées cette fois à l'ensemble des managers : les notes de 12 et 15 mars 2007 évoquées supra (D 979 et D 214).¹²²

Ces notes contiennent, en vue de convaincre les associés de l'absence de risque de redressement, des arguments que Pierre-Pascal BRUNEAU sait inexacts ou dont il connaît le manque de pertinence :

- 1) Il indique aux associés qu'il *pourrait être opposé à l'administration fiscale que le rachat par CDA de ses propres actions auprès des Associés est une opération complexe qui entraîne de multiples effets non fiscaux. Il précise qu'il découle de la jurisprudence RMC de 1996 qu'une opération ne peut pas constituer un abus de droit dès lors qu'elle emporte de*

¹²²Voir chapitre 2- II- 2. La connaissance précise de l'existence d'un risque fiscal par tous les autres actionnaires- 2.1 la note du 12 mars 2007 du cabinet DEBEVOISE et 2.2 la note du 15 mars 2007 du cabinet DEBEVOISE.

multiples conséquences juridiques.

La seule jurisprudence évoquée remonte à plus de dix ans, est antérieure aux arrêts Janfin, Persicot, Sagal, ou Pléiade et manque évidemment de pertinence, ce que Pierre-Pascal BRUNEAU ne peut ignorer compte-tenu notamment du courriel du 16 janvier 2007 de David DUFRENE dont il a été destinataire.

2) Il expose que « *le maintien des Newcos jusqu'en 2010 fera disparaître tout risque de redressement, l'opération de sortie de CDA étant fiscalement prescrite au-delà du 31 décembre 2010.* »

Il s'agit donc d'éviter d'attirer l'attention de l'administration en attendant que s'écoule le temps de la prescription. Contrairement à ce qu'indique Pierre-Pascal BRUNEAU, cela ne fait pas disparaître le risque de redressement mais a pour seule finalité de limiter le risque de contrôle.

Il s'agit d'expliquer l'importance de conserver les *newcos* jusqu'au 31 décembre 2010 et de justifier la mise en place d'une *golden share* au sein de chaque société civile.

3) Plutôt que d'évoquer l'état du droit en 2007 en matière d'abus de droit et la jurisprudence du conseil d'Etat, Pierre-Pascal BRUNEAU se réfère à un avis unique du CCRAD de 2004 publié en 2006 en matière de sursis à imposition pour considérer, à tort, que « *toute opération d'apport-cession réalisée depuis 2000 devrait pouvoir bénéficier d'une présomption d'absence d'abus de droit, quelle que soit l'utilisation des fonds reçus par la holding post-cession* »

4) Pierre-Pascal BRUNEAU reconnaît dans sa note du 10 mars 2007 que le critère de l'utilisation des fonds reçus par la holding post-cession était déterminant en matière de report d'imposition et que le CCRAD considérait que le montage n'était pas abusif dès lors que les fonds résultant de la cession des titres apportés à la holding avait été réinvestis par cette dernière "*en investissements à caractère professionnel*". Dans le cas contraire, ils auraient dès lors "*été appréhendés dans le cadre d'une approche purement patrimoniale*" et le montage serait constitutif d'un abus de droit.

Néanmoins la société civile est présentée comme un « *outil de gestion patrimoniale* »¹²³ qui permettra d'éviter le risque d'abus de droit.

Cette présentation est particulièrement erronée dans la mesure où une gestion exclusivement patrimoniale n'est par définition conduite que dans l'intérêt personnel de l'apporteur et n'est donc pas de nature à établir ni l'utilité économique de la société civile ni l'existence d'un but autre que fiscal.

Cependant, c'était bien la gestion purement patrimoniale d'un portefeuille de valeurs mobilières de placement qui était évoquée dans la note Questions/Réponses du 15 mars 2007 (D 214).

A la question (12) Comment peuvent être gérés les actifs de ma Newco, il est répondu :

123 Voir notamment D 214 Projet du 15 mars 2007- Réorganisation CDA- Conséquences patrimoniales- Questions/Réponses- « *La justification de Newco en tant qu'outil de gestion patrimoniale permet d'éviter le risque d'abus de droit.* »

« Différents types d' OPCVM monétaires sont proposés par JPM comme placements d'attente de votre Newco : portefeuille monétaire AAA, portefeuille monétaire prudent et portefeuille monétaire dynamique.

JPM vous propose ensuite de faire évoluer les actifs de votre Newco vers différents profils de portefeuille d'investissements (monétaire dynamique, prudent et équilibré). L'exemple suivant d'un portefeuille dit "équilibré" est donné par JPM : (...)

JPM suggère de loger ces investissements dans un contrat de capitalisation. L'avantage de cet instrument sur le plan pratique est de permettre de simplifier la comptabilisation des investissements de votre Newco par une seule écriture annuelle. »

La question suivante (13) portait sur le fait de savoir si les propositions faites par la banque JP MORGAN étaient intéressantes fiscalement. Il était précisé à cette occasion que JP MORGAN proposait aux associés de CDA, dans le cadre du schéma générique, de loger leurs actions WENDEL INVESTISSEMENT WI et LEGRAND dans un contrat d'assurance-vie, support offrant différents avantages fiscaux.

Enfin, les questions d'optimisation et transmission patrimoniale étaient évoquées tout en précisant que *« ces questions pourront être développées avec Me Julien Saint-Amand, notaire, qui a été consulté sur certains aspects patrimoniaux liés à ces opérations. »*

Ainsi seule **une gestion exclusivement patrimoniale des sociétés civiles est évoquée dans ces notes**, confiée à la banque JP MORGAN par souci de simplification, et présentée à tort comme de nature à éviter tout risque d'abus de droit.

Pierre-Pascal BRUNEAU a donc, répondant à une demande de son client, rédigé des notes destinées à tous les associés de CDA en vue de *« déminer la méfiance latente »* de certains. Il n'a pas hésité à cette occasion à :

- Faire une présentation incomplète et donc non conforme à l'état du droit de l'époque du risque d'abus de droit.
- Présenter à tort une activité de gestion exclusivement patrimoniale des sociétés civiles comme étant de nature à éviter le risque d'abus de droit.

2. Les réunions organisées avec un notaire pour envisager notamment des « purges » de plus-values

Dès la fin du mois de janvier 2007, Monsieur Arnaud DESCLEVES proposait à certains managers Messieurs ROPERT, MOUTRAN, de faire une réunion avec Pierre-Pascal BRUNEAU et Pascal-Julien SAINT AMAND, notaire, *« sur le thème optimisation de la détention des actifs et des dettes après sortie de CDA »*. (D1141,1142)

Arnaud DESCLEVES indiquait notamment *« Je pense que nous devons le voir ensemble avant toute présentation- Car pour l'instant les schémas ne sont pas vraiment cool. »*

Pierre-Pascal BRUNEAU déclarait que Me JULIEN SAINT AMAND, notaire, était un fiscaliste de formation très imaginatif, présenté par Arnaud DESCLEVES, et que, effectivement l'objectif était de discuter des préoccupations successorales ou de donation des managers. (D 1202/23)

L'envoi des notes du mois de mars du cabinet DEVEVOISE ne parvenait pas à convaincre l'ensemble des managers du bien-fondé du schéma de débouclage, notamment en ses dispositions contraignantes.

Les 16 et 19 mars 2007, des réunions individuelles étaient organisées pour les managers avec Pierre-Pascal BRUNEAU, Antoine KIRRY (cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON), Pascal JULIEN SAINT-AMAND, notaire, ancien avocat fiscaliste, et Jean-Baptiste DOUIN de la banque JPMORGAN, sur la consistance des actifs détenus dans les futures «newcos» et les questions patrimoniales.

Pierre-Pascal BRUNEAU expliquait que sa présence était requise pour présenter au notaire le schéma et le mécanisme de rachat d'actions et d'apport à une SC IS.

Selon lui, il était notamment expliqué aux associés que « *dans la fiscalité de sortie, en faisant une donation des titres des sociétés civiles et en payant les droits afférents qui étaient moins élevés, la plus-value était purgée.* »¹²⁴

A la suite de ces réunions, Pierre-Pascal BRUNEAU rendait compte à Messieurs HEMERY et DESCLEVES par courriel du 16 mars 2007 des réticences persistantes de certains managers :

- Au sujet de Jean-Michel MANGEOT : « *Semble hésiter à présent entre cession dans le PEA et un paiement de l'impôt (techniquement en 2008) et le schéma générique* ».
- Au sujet de David DARMON et Stéphane BACQUAERT « *Considèrent que le schéma générique est «génial» pour JBL [Jean-Bernard LAFONTA] et BG [GAUTIER] et très pénalisant pour eux. In fine d'accord avec nos arguments démontrant que le schéma ne les pénalise pas vraiment hormis la non-déductibilité des intérêts du prêt et la fiscalité des produits financiers des OPCVM mais largement compensée par le différé d'imposition et la souplesse du montage en termes de planning patrimonial* » « (...) un endettement très élevé pour acheter des titres qu'ils auraient dû recevoir en direct comme cela leur avait été promis ». *Question posée a t-on le choix entre schéma générique et imposition* ».
- Au sujet plus spécifiquement de Stéphane BACQUAERT : « *Calme mais position inchangée, c'est à dire pas de décision en tendant toutefois vers une imposition immédiate (paiement 2008)* ».

Pierre-Pascal BRUNEAU a donc bien, à travers ces notes et réunions organisées avec un notaire notamment, participé à déterminer ou inviter les associés de CDA à adhérer à ce montage. Il ne s'agit pas de provocation mais bien de complicité par aide ou assistance. Par ses conseils, il a contribué, à la demande de la direction de CDA, à convaincre les managers hésitants d'adhérer à ce schéma générique de sortie. Il a ensuite organisé pour tous sa mise en œuvre pratique (préparation des statuts des sociétés civiles, rappel choix de l'imposition à l'IS etc...) au cours de laquelle il a accompagné les associés de CDA.

Les faits de complicité de fraude fiscale par aide ou assistance sont donc caractérisés dans tous leurs éléments à l'égard de Pierre-Pascal BRUNEAU. Pour apprécier pleinement sa responsabilité pénale, mais aussi celle des associés de CDA, il est néanmoins nécessaire d'examiner la question spécifique de la « *legal opinion* » qu'il a délivrée à la demande de certains associés le 10 mai 2007.

124 D 1202/23

IV- La question de la *legal opinion* du cabinet DEBEVOISE du 10 mai 2007

1. Une *legal opinion* sollicitée avec insistance par certains associés de CDA

A partir d'avril 2007 et jusqu'à la signature des documents liés à cette opération^{125 126 127}, certains associés de CDA, notamment Messieurs MOUTRAN et BACQUAERT, sollicitaient de la part du cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON une «*legal opinion*», document supposé engager la responsabilité pénale et civile de l'avocat qui la délivre.

Arnaud DESCLEVES faisait le **13 avril 2007** à Jean-Yves HEMERY la réflexion suivante : « *S'il ne peut pas la donner c'est qu'il y a un big big pb. Il disait que c'était juste du formalisme et je ne vois aucune raison à ce qu'on ne prenne pas le temps pour que ce formalisme soit réalisé.* » (D891/2)

Après plusieurs relances, un projet de note « Réorganisations Compagnie de l'Aurette et Compagnie de l'Audon » était adressé par Pierre-Pascal BRUNEAU en date du **2 mai 2007** accompagné d'un mail précisant qu'il sera « *envoyé à chaque associé avec une lettre de couverture indiquant formellement que cette note constitue (notre) recommandation* ». (D 1169)

Le **3 mai 2007**, Stéphane BACQUAERT indiquait par courriel à Yves MOUTRAN qu'ils n'auraient pas de « *legal opinion* », ce à quoi ce dernier répondait que la note et la lettre de couverture qui leur étaient destinées correspondaient à une « *recommandation claire de l'avocat qui dit que si l'on suit ses conseils (sur les choses à faire et à ne pas faire) il n'y a pas de risque fiscal* ».

En effet, le cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON établissait le **10 mai 2007** une dernière version de sa note sur la réorganisation de la COMPAGNIE DE L'AUDON, détaillant le parcours à

125 Le 18 mai 2007, Antoine KIRRY du cabinet DEBEVOISE adressait à Stéphane BACQUAERT; Olivier CHAMBRIARD; David DARMON; Gérard LAMY; Jean-Michel MANGEOT; Yves MOUTRAN; Jean-Michel ROPERT; Jean-Yves HEMERY; Arnaud DESCLEVES en projet pour commentaires les documents qui devaient être signés le 29 mai (D 1170).

126 Le 28 mai 2007, Jean-Michel ROPERT adressait un mail à Stéphane BACQUAERT; Olivier CHAMBRIARD; David DARMON; Arnaud DESCLEVES; Christine DUTREIL; Arnaud FAYET; Jean-Yves HEMERY; Gérard LAMY; Jean-Michel MANGEOT; Yves MOUTRAN avec pour Objet : CLOSING CDA (D 1171) :

Je compte sur vous demain matin à partir de 9h40 (soit 20 mn avant le comité opérationnel) pour être présent en salle 413 pour une dernière séance de signature. merci de me signaler vos empêchements.

Vous aurez à signer principalement:

PV d'AG de vos sociétés civiles qui agréé la société Phylahe en qualité d'actionnaire

Contrat de cession 1 part de votre société civile à Phylahe

Contrat de Put et call sur cette action Phylahe

Lettre de réponse à l'offre (pour ceux qui ne l'ont pas encore retourné)

Acte de cession de vos parts dans CDA + garantie fiscale

Pouvoir donné au Président en vue de l'AG ou signature de la feuille de présence à l'AG

Statuts modifiés des sociétés civiles

Merci à tous

JM.

127 Le 29 mai 2007 à 17 heures, Jean-Michel ROPERT informait par mail tous les associés de CDA que toutes les opérations étaient bouclées. Ernest-Antoine SEILLIERE répondait : « *Merci pour vos conseils et votre efficacité.* » (D 1175).

emprunter par les managers de WENDEL et réitérant leur analyse sur le risque de remise en cause de la structure de sortie sur le fondement de l'abus de droit et les moyens de le prévenir. (D 213)

Cette note était envoyée le 10 mai 2007 à l'ensemble des associés de CDA, accompagnée d'une « lettre de couverture » signée par Pierre-Pascal BRUNEAU, dans laquelle il était indiqué :

« Comme convenu, vous trouverez ci-joint un mémorandum concernant les opérations de réorganisation de l'actionnariat des sociétés COMPAGNIE DE L'AURETTE et COMPAGNIE DE L'AUDON. La réorganisation qui y est décrite constitue notre recommandation. Dans le contexte actuel où l'administration fiscale a fait savoir qu'elle entendait procéder au contrôle des opérations de co-investissements réalisés par les dirigeants et hauts cadres de grands groupes, l'approche que nous vous recommandons est de différer l'imposition du profit qui sera éventuellement réalisé à l'occasion de la réorganisation du capital de WENDEL INVESTISSEMENT et de COMPAGNIE DE L'AUDON. La contre-partie de l'absence de liquidité et du réinvestissement de vos gains, au sein d'une société soumise à l'IS, réinvestissement qui a bien entendu des effets juridiques et financiers indépendants des conséquences fiscales de ces opérations, constitue la garantie de ce différé d'imposition. [...] Ce mémorandum décrit les principales conséquences fiscales du schéma générique de réorganisation qui vous a été proposé. Les analyses qui y sont contenues sont fondées sur les lois et réglementations françaises en vigueur à ce jour, ainsi que sur la jurisprudence publiée à ce jour. Par ailleurs, les appréciations de risques fiscaux contenues dans ce mémorandum reposent sur certaines hypothèses, notamment quant à l'usage qui serait fait des structures que vous serez amené à détenir. Par conséquent, les jugements que l'administration fiscale pourrait porter sur ces opérations pourraient être différents à la lumière des situations réelles qui seraient constatées au cours des périodes postérieures à la mise en œuvre des opérations. » (D 213)

La note se terminait de la sorte :

« L'ensemble de ces éléments conduit donc à conclure que le risque que le schéma décrit dans ce mémorandum puisse être considéré avec succès par l'administration fiscale comme constitutif d'un abus de droit est nul, dès lors que la structure décrite serait maintenue au moins jusqu'au 31 décembre 2010, fonctionnerait de manière régulière sur le plan juridique et comptable, et servirait à effectuer des investissements professionnels et/ou patrimoniaux. »

2. Une note de structure destinée à pouvoir être produite à l'administration

Le 15 décembre 2006, avait lieu un échange de courriels entre Arnaud DESCLEVES et Pierre-Pascal BRUNEAU, avec copie à Jean-Michel ROPERT. Arnaud DESCLEVES lui demandait « Sortie CDA - Est-il possible d'intégrer dans cette note tes réflexions que Jean-Yves et Pierre-Pascal ont bien voulu partager avec moi hier sur le traitement de ces opérations pour les managers en PEA ? »

Pierre-Pascal BRUNEAU répondait « Un peu dangereux d'intégrer ces idées je pense, il s'agit vraiment de choix personnels. Si un jour la note de structure doit être produite à l'administration, il me paraît préférable de dissocier ces questions afin que les différentes options proposées et leurs motivations n'apparaissent pas dans le même document. Nous avons fait une note sur le sujet, je peux peut-être la mettre à jour en l'adaptant à la nouvelle structure. Qu'en penses-tu ? » (D 1130)

Cet échange illustre la parfaite connaissance par Pierre-Pascal BRUNEAU de l'utilisation qui pourrait être faite de cette note et son souci de cloisonner les différentes options et motivations.

Il évite ainsi dans cette note d'examiner le montage dans sa globalité, ce qui n'aurait pu que le conduire à constater qu'il avait un but exclusivement fiscal et qu'il était à cette occasion fait une application littérale des textes, contraire à l'esprit du législateur.

3. Une lettre de couverture et une note contraires au contenu des échanges

Le cabinet DEBEVOISE accompagne l'envoi du projet définitif de réorganisation de CDA d'une « recommandation » dont le contenu est, en de nombreux points, contraire à la teneur des échanges entre les avocats du cabinet et les associés de CDA précédemment cités. **Ce courrier, qui s'analyse comme la version officielle de la description du montage**, évoque ainsi « l'absence de liquidité » des gains. Or, quelques semaines auparavant, le même cabinet indiquait en des termes parfaitement explicites que le montage litigieux avait pour objet de permettre aux associés de CDA « *d'appréhender directement les titres WI et L sans générer d'évènement taxable immédiat* ». **La même distorsion entre l'apparence et la réalité se retrouve dans la conclusion de cette lettre**, qui prend soin de rappeler que « *les appréciations de risques fiscaux contenues dans ce mémorandum reposent sur certaines hypothèses, notamment quant à l'usage qui serait fait des structures que vous serez amené à détenir* » alors même que, comme cela a déjà été démontré, l'idée de recours à des sociétés civiles n'a été suggérée, au cours des discussions entre le cabinet DEBEVOISE et l'équipe-projet de CDA, que parce que ce type de structures permettait tout à la fois d'éviter l'imposition de la plus-value liée à la sortie de CDA et d'apporter des garanties financières suffisantes à la banque JP MORGAN, sans que « l'usage à faire » des sociétés civiles n'ait donné lieu à discussion ou interrogation. Au-delà, la seule utilisation des sociétés civiles qui a été évoquée jusqu'à cette note concernait une **gestion exclusivement patrimoniale d'un portefeuille de valeurs mobilières de placement**, confiée à la banque JP MORGAN. La note effectue un glissement et pose désormais comme condition la réalisation d'investissements « *professionnels et/ou patrimoniaux* ».

La notion d'abus de droit y était pareillement abondamment discutée, la note finale du mois de mai 2007 ne consacrant pas moins de dix pages au risque fiscal, dont les contours étaient ainsi tracés :

« L'administration fiscale pourrait considérer que les opérations (i) de cession des titres WI et LEGRAND par CDA, (ii) d'apport des titres CDA à une structure ad hoc, (iii) de rachat par CDA de ses propres titres, (iv) d'acquisition à crédit des titres WI et LEGRAND auprès de la banque et enfin (v) de liquidation de la société ad hoc constituent un tout indivisible. L'opération, envisagée dans son ensemble, serait ainsi regardée par l'administration fiscale comme ayant eu pour seul objet que d'éviter de procéder à une distribution directe des titres WI et LEGRAND aux Associés, et de permettre à ces derniers de recevoir des titres WI et LEGRAND tout en différant l'imposition de la plus-value latente sur ses titres CDA. La réorganisation permettrait aux Associés de réaliser une plus-value soumise à une imposition forfaitaire au taux de 16 % additionnée des contributions sociales (11 %), soit à un taux effectif d'imposition de 27 %. »

4. Face au risque d'abus de droit clairement identifié : des moyens totalement inopérants

S'il consacre cinq pages de sa note au « *risque de remise en cause de la structure de sortie sur le fondement de l'abus de droit* »¹²⁸, Pierre-Pascal BRUNEAU continue à se prévaloir d'un avis du CCRAD de 2004 et du rapport de son président publié début 2006 pour considérer que le régime du sursis d'imposition exclut la possibilité pour l'administration de requalifier l'opération sur le fondement de l'abus de droit. Cet argument est repris par le Professeur LE GALL dans ses consultations (D 1207 notamment). Il n'en est pas moins totalement inopérant.

L'arrêt SAGAL a rappelé que l'objectif des dispositions de l'article L. 64 du LPF consistait spécifiquement à exclure du bénéfice de dispositions fiscales favorables les montages purement artificiels dont le seul objet est de contourner la législation fiscale française. Il a précisé que le montage consistant à acquérir une participation dans une holding luxembourgeoise dépourvue de toute substance dans le seul but d'éviter l'impôt, était constitutif d'un abus de droit. Il confirmait l'arrêt Pléiade et permettait sans aucune ambiguïté de considérer que caractérise un abus de droit le fait de constituer une structure ad hoc artificielle, sans aucune substance propre ni existence ou justification autonome, dans le seul but de se placer dans une situation fiscale donnée.¹²⁹

En cas d'abus de droit fondé sur la fraude, la lettre de la loi est respectée mais pas son esprit, l'intention du contribuable étant exclusivement d'éviter ou atténuer une imposition.

Aucun élément de la note ne fait référence à un but autre que fiscal ni a fortiori à l'esprit du législateur.

Pierre-Pascal BRUNEAU a, dans sa note, identifié le risque fiscal. Néanmoins, il se garde de poser la question de savoir si les sociétés civiles pourraient constituer des structures ad hoc artificielles, sans aucune substance propre ni existence ou justification autonome, dans le seul but de se placer dans une situation fiscale donnée.

Plutôt qu'à l'état du droit en 2007 ou à l'esprit du législateur, il choisit de se référer à un avis du CCRAD de 2004.

De plus, alors que les avis du CCRAD rendus tant en matière de report que de sursis d'imposition ont souligné la nécessité pour le contribuable de démontrer la réutilisation des fonds à des fins professionnelles, Pierre-Pascal BRUNEAU introduit dans cette note celle « *d'investissements professionnels et/ou patrimoniaux* ».

5. L'apparition de la condition de « l'usage à faire par les associés des structures » en lien avec celle, trompeuse, d'investissements « professionnels et/ou patrimoniaux »

Après avoir présenté, à tort, dans ses notes du mois de mars 2007, une gestion exclusivement patrimoniale des sociétés civiles comme de nature à éviter tout risque d'abus de droit, Pierre-Pascal BRUNEAU évoque par la suite dans sa note du 10 mai dont il sait qu'elle pourrait être produite à l'administration la notion **d'investissements professionnels et/ou patrimoniaux**, qui pour être plus ambiguë n'en est pas plus pertinente.

128D 984/11 à 16.

129Arrêt (CE SAGAL 18 mai 2005 req 267087) qui porte sur le même cas d'espèce que l'arrêt Pléiade (CE 18 févr. 2004, n° 247729, SA PLEIADE, RJF 2004, n° 510) et aboutit à la même solution.

L'analyse de l'intention du législateur est indispensable afin d'apprécier l'exigence de réinvestissement dans une activité économique. Cette notion s'oppose ainsi au placement à caractère patrimonial.

Dans cette note, il recommande « *pour la solidité du schéma, que les SC IS fonctionnent de manière régulière (c'est-à-dire que les organes sociaux se réunissent régulièrement et que les documents comptables soient tenus) et soient utilisées pour y loger d'autres investissements professionnels ou patrimoniaux.* » (D 984/9)

C'est à cette occasion qu'est évoquée pour la première fois **la notion d'investissements professionnels**. Une fâcheuse ambiguïté apparaît alors à travers ce critère d'investissement **professionnels ou patrimoniaux** : des investissements exclusivement patrimoniaux, réalisés dans le seul intérêt de l'apporteur, ne sont aucunement de nature à démontrer l'existence d'un but autre que fiscal. Aucune jurisprudence ni avis du CCRAD n'a jamais considéré qu'une gestion exclusivement patrimoniale écartait l'abus de droit. Pierre-Pascal BRUNEAU n'ignore pas que c'était la position du CCRAD en matière de report d'imposition.¹³⁰

C'est donc à tort que Pierre-Pascal BRUNEAU écrit dans cette note :

« Le maintien et "l'activation" des SCIS (c'est-à-dire l'utilisation de ces sociétés comme support d'investissements professionnels ou patrimoniaux) par les Associés feront disparaître le risque de redressement sur le fondement de l'abus de droit, la constitution des sociétés civiles ayant dès lors une justification économique et patrimoniale » ou encore que *« le maintien des SCIS jusqu'en 2010 fera disparaître tout risque de redressement »* (D 984/10).

C'est encore à tort qu'il écrit que *« Deux décisions récentes du Tribunal Administratif de Versailles rendues dans le contexte d'apports-cessions sous l'ancien régime du report d'imposition, viennent conforter la position selon laquelle une telle opération, pour autant qu'elle s'accompagne de la réalisation d'investissements professionnels ou patrimoniaux avec le produit de la cession, n'est pas constitutif d'un abus de droit. »* (D 984/16)

Dans sa note le professeur LE GALL écrit que *« jusqu'en 2010, on pouvait croire - une partie de la doctrine était en ce sens - que l'investissement devait être soit patrimonial, soit économique »* et précise que cette seconde exigence a prévalu depuis une série d'arrêts du Conseil d'État de 2010 et 2011. (D 1207/3)

¹³⁰ Note du 10 mai 2007 (D 984/15) : *« Le CCRAD avait à plusieurs reprises considéré que les apports-cessions réalisés sous l'emprise des articles 160 1 ter 4 du CGI (qui organisait un mécanisme de report d'imposition)¹⁴, et a été abrogé par la loi de finances pour 2000) constituaient un abus de droit car, dans les cas examinés, les fonds résultant de la cession de titres n'avaient pas été "immédiatement ou à bref délai réemployés dans le cadre d'un investissement professionnel", et ont dès lors "été appréhendés dans le cadre d'une approche purement patrimoniale".*

Or les décisions TA Versailles, 13 décembre 2005 n°0404909¹³¹ et 3 janvier 2006, n°0303313 évoquées retiennent que les opérations d'apport-cession n'ont pas un but exclusivement fiscal et ne sont dès lors pas abusives lorsque la société civile a, au moyen des fonds provenant de la cession des titres apportés, réalisé des **investissements professionnels et patrimoniaux**.

Dans la même lignée que le tribunal administratif de Versailles, le tribunal administratif de Clermont-Ferrand a rendu une solution identique¹³². Les juges du fond ont mis en avant le caractère réel et effectif de l'activité de la holding. Enfin, la société s'est efforcée de réemployer le prix de cession pour financer des investissements professionnels et l'apporteur n'a pas récupéré les sommes de la cession.

Ce n'est donc que pour tenter de dissimuler le but exclusivement fiscal par construction du montage (des SC IS constituées « *en vue d'éviter le risque d'abus de droit* » et devant être conservées jusqu'à une date fixée en fonction des règles de la prescription) que Pierre-Pascal BRUNEAU a introduit dans sa note finale du 10 mai 2007 des conditions d'investissements dont le respect dépendrait non de lui mais des ex-associés de CDA.

Il n'en reste pas moins que cette note laisse penser que des investissements exclusivement patrimoniaux seraient de nature à justifier de la réalité ou de l'utilité économique des sociétés civiles, ce qui est totalement contraire à la jurisprudence de l'époque, aux avis du CCRAD et à l'esprit de la loi.

Pour reprendre l'image utilisée par Jean-Pierre LIEB, directeur général des impôts, lors des entretiens du Palais-Royal du 7 mars 2007 auxquels M. BRUNEAU revendique avoir assisté, alors qu'il avait « *une vision claire du film complet des opérations* », il a volontairement restreint sa note à quelques éléments sans prendre en compte tous les éléments de fait dont il disposait.¹³³

Cette note et sa lettre de couverture sont donc de nature à établir la particulière mauvaise foi de Pierre-Pascal BRUNEAU. Après avoir participé à l'élaboration et à la mise en place d'un montage constitutif d'un abus de droit, il fait reposer, dans une note sollicitée par certains managers hésitants et destinée à être le cas échéant produite à l'administration, le caractère abusif du montage sur le comportement postérieur des ex-associés de CDA, sans jamais avoir attiré auparavant leur attention sur la nécessité de réaliser des investissements professionnels et en restant d'ailleurs particulièrement flou sur ce point. C'est d'ailleurs la position qu'il a adoptée au cours de la procédure judiciaire en soutenant que le montage n'était pas frauduleux mais qu'en ne respectant pas, ou insuffisamment, ses recommandations, les managers avaient commis une fraude.

Les faits sont caractérisés dans tous leurs éléments et Pierre-Pascal BRUNEAU sera déclaré coupable de l'ensemble des faits de complicité de fraude fiscale qui lui sont reprochés.

131 Une des premières décisions des juridictions du fond reconnaissant l'absence d'abus de droit dans l'opération d'apport-cession est un jugement rendu par le tribunal administratif de Versailles le 13 décembre 2005 dans l'affaire ROUYER. Le tribunal administratif a considéré qu'il n'y avait pas de but exclusivement fiscal dès lors que le contribuable, auquel incombe la charge de la preuve produisait des éléments démontrant la réalité de l'activité de la société civile, laquelle, au moyen de l'apport des titres, titres, a réalisé des investissements professionnels et patrimoniaux.

132 TA Clermont-Ferrand du 27 mars 2007, n° 050887, BDCF 2013, n° 9.

133 « *Parce que pour pouvoir apprécier correctement l'existence ou non d'un abus de droit, l'existence ou non d'une fraude à la loi, il faut avoir une vision claire du film complet des opérations. Au cas particulier, la discussion est réductrice car elle se limite à quelques éléments sans prendre en compte la totalité des éléments de fait dont nous disposons.* »

CHAPITRE IV - RESPONSABILITÉS PÉNALES INDIVIDUELLES DES ACTIONNAIRES DE CDA

Après avoir appréhendé les éléments objectifs dont les associés de CDA avaient une connaissance commune (chapitre II) et examiné la responsabilité pénale de Pierre-Pascal BRUNEAU (chapitre III), il appartient désormais au tribunal d'analyser les responsabilités pénales individuelles des actionnaires de CDA, c'est à dire leur intention frauduleuse.

La création de sociétés civiles et l'utilisation du mécanisme d'apport-cession ne répondait à aucune nécessité économique autre que fiscale. Le dispositif ne s'inscrivait nullement dans un processus de restructuration d'entreprises. Il était clairement envisagé comme une fin en soi, qui ne répondait pas aux objectifs du législateur : permettre aux associés de différer le paiement de l'impôt, tout en préparant la mise en place de dispositifs futurs de purge de la plus-value.

Les associés de CDA n'ignoraient pas qu'ils avaient constitué des sociétés civiles artificielles, n'ayant aucune utilité économique, à la seule fin de bénéficier du régime du sursis d'imposition.

Ils ont tous soutenu que le schéma fiscal avait été conçu et validé par des avocats fiscalistes réputés dans lesquels ils avaient placé toute leur confiance.

Certains ont fait valoir qu'ils n'avaient au surplus pas participé aux discussions préalables, et/ou que l'adhésion au schéma leur avait été imposée par leur hiérarchie qui avait présenté cette solution comme licite, obligatoire et dépourvue d'alternative.

Tous soutiennent avoir parfaitement respecté les recommandations du cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON et réinvesti les fonds dans une activité économique.

Il appartient au tribunal d'analyser, au regard du rôle de chacun dans l'élaboration du montage, de ses connaissances et des conseils qu'il était en mesure de requérir à l'extérieur, si les notes et conseils du cabinet DEBEVOISE permettent de considérer qu'ils n'auraient pas agi en connaissance de cause. En d'autres termes, ont-ils pu croire dans le contexte du risque fiscal précisément identifié, qu'en se contentant d'assurer à travers leurs sociétés civiles une gestion patrimoniale de leurs actifs, ces dernières rempliraient la condition du but autre que fiscal, qu'elles acquerraient une substance économique ?

Les conseils de plusieurs prévenus, notamment ceux de M. DESCLEVES, de M. BACQUAERT, font valoir qu'ils ont commis une erreur de droit et sollicitent la relaxe.

Tous plaident la relaxe au motif qu'ils n'ont jamais été concepteur du schéma en question, n'ont eu qu'une implication limitée dans l'élaboration de l'opération, qu'ils ont minutieusement respecté toutes les conditions posées par le cabinet DEBEVOISE & PLIMPTON qui assurait sa parfaite légalité et ont ainsi constamment agi de bonne foi, ou encore qu'ils n'ont jamais souhaité souscrire à ce schéma ni recourir au mécanisme de l'article 150-0 B du CGI.

Ces responsabilités individuelles seront successivement analysées en distinguant les mandataires sociaux de WENDEL, les membres de l'équipe-projet et les autres cadres.

PARTIE V – SUR LES PEINES

Selon l'article 132-1 du code pénal, dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1 selon lequel en effet, afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions de sanctionner l'auteur de l'infraction et/ou de favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion.

CHAPITRE I – RAPPEL DES CIRCONSTANCES DE L'INFRACTION

L'opération dite SOLFUR était un système alternatif d'intéressement en capital mis en place en 2004 au profit des managers de WENDEL ayant vocation à se substituer pour les cinq années suivantes aux stock-options. Il se cumulait aux autres systèmes existant au sein du groupe depuis l'arrivée de Jean-Bernard LAFONTA : stock-options, programmes d'association du management des filiales aux investissements (Legrand et Editis à fin décembre 2004). Il portait sur une participation indirecte de 4,66 % du capital de WENDEL détenue par WENDEL PARTICIPATION dans le cadre d'une boucle d'auto-contrôle, la boucle SOLFUR.

La société WENDEL (WENDEL INVESTISSEMENT ou WI à l'époque) présidée alors encore pour quelques mois par Ernest-Antoine SEILLIERE décidait en octobre 2004 de donner à ses cadre-dirigeants la possibilité, pendant les six prochaines années, d'acheter des titres de la société WENDEL PARTICIPATION (WP) qui détenait 4,66 % du capital de WENDEL INVESTISSEMENT au cours de bourse de 2004 (40 €), duquel seraient déduits les dividendes versés par WENDEL. La déduction de ces dividendes du prix de levée de l'option constitue un avantage financier accordé aux managers par WENDEL INVESTISSEMENT qui, en tant qu'actionnaire à 100% de SOLFUR, est propriétaire de ces dividendes jusqu'à la levée de l'option.

Cette opération avait été initiée quelques mois avant que Ernest-Antoine SEILLIERE, qui allait atteindre l'âge de 67 ans, ne quitte ses fonctions opérationnelles au sein du groupe (pour devenir président du conseil de surveillance). Il ne s'agissait manifestement pas en lui attribuant cet intéressement en capital de le fidéliser entre décembre 2004 et décembre 2010, mais plutôt, comme il l'a reconnu lui-même à l'audience de le « *remercier pour le travail accompli* ». Le tribunal relève qu'en tant que président directeur général de WENDEL INVESTISSEMENT et président de SLPS, sa pleine adhésion à l'opération Solfur était indispensable à la réalisation de cette opération d'intéressement.

Ce système d'intéressement était mis en place à travers un discret véhicule d'investissement, la société Compagnie de SOLFUR constituée à cet effet qui deviendra Compagnie de l'AUDON (CDA). Les principaux bénéficiaires de ce système sont Ernest-Antoine SEILLIERE et Jean-Bernard LAFONTA.

L'option d'achat signée en décembre 2004 prévoyait un prix de l'option de 4 M€ et un prix de levée de l'option de 102 millions d'euros duquel seraient déduits les dividendes versés par WENDEL PARTICIPATIONS à SOLFUR depuis 2004.

Finalement cette option n'était pas exercée mais à la suite d'opérations financières successives, la société Compagnie de SOLFUR devenue CDA achetait le 3 avril 2007 cette participation directement à WENDEL (WENDEL INVESTISSEMENT à l'époque qui avait absorbé SOLFUR) non pas au prix de 102 millions d'euros mais à celui de 78 millions d'euros auquel s'ajoutent les 4

millions du prix de l'option, soit 82 millions d'euros. En déduisant les 12 millions de trésorerie récupérés dans SOLFUR correspondant aux dividendes, le prix de revient était de 70 millions d'euros. Le paiement de ce prix a été effectué à hauteur de 31 millions d'euros indirectement par une partie des actionnaires de CDA à travers la fusion avec un autre véhicule de co-investissement, Compagnie de l'Aurette (CDLA) constitué dans le cadre de l'acquisition de LEGRAND. Les cadres-dirigeants ont ainsi réinvesti dans l'opération SOLFUR les profits retirés de l'opération LEGRAND à laquelle ils avaient été associés.

A l'issue de ces opérations, la société CDA détient directement 4,66 % du capital de WENDEL INVESTISSEMENT. Elle les a acquis en avril 2007 pour un prix total de 70 millions, soit 27,5 euros par action, alors que le cours moyen des premiers mois de 2004 était de 40 euros, servant de base au prix de levée de l'option de 102 millions d'euros.

Les conditions de l'opération représentaient des avantages financiers consentis aux managers de la société WENDEL INVESTISSEMENT et, selon le tribunal, un risque limité compte tenu notamment de l'échelonnement du paiement de ce prix. Le 1er paiement intervenait en effet le 27 décembre 2004 alors que le cours de bourse était déjà à 53 € et que le prix de l'option d'achat était fixé sur la base de 40 € par action. Le second intervenait dans un contexte boursier favorable (cours aux alentours de 90 €) et alors que le débouclage de l'opération en mai 2007 était déjà prévu.

Ainsi, si le risque de marché n'est jamais totalement exclu, le tribunal ne partage pas la position de la plupart des prévenus dont les conseils soutiennent qu'ils ont pris un risque significatif à l'occasion de cette opération. En ce qui concerne le risque de réalisation en cas d'opposition de la famille WENDEL soulevé par le conseil de Jean-Bernard LAFONTA, il paraît limité compte tenu :

- De l'intérêt non contesté pour la famille WENDEL de voir supprimer la boucle d'auto-détention SOLFUR et d'éviter les effets de dilution du capital qui découlent des systèmes de stock-options.
- Des décisions prises dès 2004, et notamment l'option d'achat des titres WP acquise auprès de SOLFUR, filiale à 100% de WI, qui engage le processus, fige le prix d'exercice de l'option et contient une clause protectrice en cas de résiliation anticipée de cette option.
- Des fonctions et du rôle de Ernest-Antoine SEILLIERE au sein de WI, mais aussi de la société familiale SLPS et de WP, qui se trouve par ailleurs être un des principaux associés de CDA et donc un des principaux bénéficiaires du système d'intéressement.

C'est le débouclage de cette opération d'intéressement portée par la société CDA qui est au cœur de la présente procédure pénale.

Les faits dans leur ensemble ont consisté de la part des quatorze prévenus à concevoir et/ou adhérer à un montage fiscal qui n'avait pas d'autre but que de permettre à chaque associé de CDA sans « générer d'évènement taxable » immédiat d'appréhender sa part du système d'intéressement mis en place en 2004 en :

- se plaçant artificiellement sous le régime des plus-values d'apport afin de bénéficier du régime du sursis d'imposition grâce à l'interposition de sociétés civiles soumises à l'impôt sur les sociétés, pour tous les managers sauf Jean-Bernard LAFONTA,
- dissimulant la dissolution de CDA devenue sa holding patrimoniale personnelle en ce qui concerne Jean-Bernard LAFONTA.

Les sommes appréhendées en 2007, sous forme de titres WENDEL INVESTISSEMENT ou de liquidités (OPCVM) dans le cadre de ce système alternatif d'intéressement s'élèvent à 316 millions

d'euros (dont 116 millions d'euros pour Jean-Bernard LAFONTA, 79 millions d'euros pour Ernest-Antoine SEILLIERE et 36 millions d'euros pour Bernard GAUTIER, soit plus de 230 millions d'euros ou de 72%° du total pour les trois mandataires sociaux de WENDEL).

Pour apprécier la responsabilité de chacun, le tribunal prend en compte son rôle éventuel dans la conception ou la mise en œuvre du montage, sa situation et ses fonctions au sein de WENDEL, les sommes appréhendées et les impôts éludés (110 millions d'euros au total selon les plaintes déposées par l'administration fiscale).

CHAPITRE II – SUR LA GRAVITE

I-. Les principes applicables en matière de cumul de sanctions fiscales et pénales

Le Conseil constitutionnel a émis trois réserves d'interprétation limitant le cumul des sanctions pénales et fiscales :

- Un contribuable qui a été déchargé de l'impôt par une décision juridictionnelle devenue définitive pour un motif de fond ne peut pas être condamné pénalement pour fraude fiscale (première réserve) ;
- L'article 1741 du code général des impôts qui sanctionne la fraude fiscale ne s'applique qu'aux cas les plus graves de dissimulation frauduleuse de sommes soumises à l'impôt, ou d'omissions déclaratives, cette gravité pouvant résulter du montant des droits fraudés, de la nature des agissements de la personne poursuivie ou des circonstances de leur intervention (deuxième réserve) ;
- Si l'éventualité que deux procédures soient engagées peut conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues (troisième réserve).

Dans ce cas, la juridiction correctionnelle se prononce tout d'abord sur la caractérisation de l'infraction au regard des éléments constitutifs prévus par l'article 1741 du code général des impôts. Puis il lui incombe, même d'office lorsque la réserve d'interprétation n'est pas formellement invoquée par le prévenu, de vérifier que les faits retenus présentent le degré de gravité de nature à justifier la répression pénale, en complément de la répression fiscale. Les critères de gravité sont ceux fixés par le Conseil constitutionnel : montant des droits fraudés, nature des agissements ou circonstances de leur intervention. Il a été précisé, s'agissant de ces dernières, qu'il peut s'agir notamment de celles constitutives de circonstances aggravantes de la fraude fiscale. La décision du juge sur la gravité doit être motivée. Elle doit intervenir préalablement au choix et à la motivation des peines prononcées. A défaut de gravité suffisante, le juge, en l'absence de tout fondement légal par effet de la réserve d'interprétation, est tenu de relaxer le prévenu.

S'agissant de la troisième réserve relative à la proportionnalité du cumul des sanctions pénales et fiscales, la Cour de cassation en a aussi précisé les modalités d'application de la façon suivante :

« Lorsque le prévenu justifie avoir fait l'objet, à titre personnel, d'une sanction fiscale définitivement prononcée pour les mêmes faits, le juge pénal n'est tenu de veiller au respect de l'exigence de proportionnalité que s'il prononce une peine de même nature »¹⁴⁴.

Il en résulte, selon la Cour de cassation, que le principe de proportionnalité n'est pas méconnu lorsque les juges condamnent un prévenu, à l'encontre duquel des pénalités fiscales définitives ont été prononcées, à une peine d'emprisonnement avec sursis dès lors qu'aucune amende pénale ne lui a été infligée (arrêts précités).

En effet, la réserve d'interprétation ne peut concerner que des sanctions de même nature dès lors que sa mise en œuvre suppose, pour le juge qui se prononce en dernier, de pouvoir procéder à la comparaison des maximums des sanctions pénales et fiscales encourues afin de déterminer le montant le plus élevé qui constitue le plafond.

¹⁴⁴Crim., 11 septembre 2019, pourvois n° 18-81.067 et n° 18-82.430.

II-. La particulière gravité des faits

Avant de déterminer les peines, le tribunal s'attache à confronter la présente situation aux exigences de la troisième réserve d'interprétation limitant le cumul des sanctions pénales et fiscales fixée par le Conseil constitutionnel. Il s'agit donc de déterminer si les faits retenus présentent le degré de gravité de nature à justifier la répression pénale, en complément de la répression fiscale, cette gravité pouvant résulter du montant des droits fraudés, de la nature des agissements de la personne poursuivie ou des circonstances de leur intervention (deuxième réserve).

Les conseils de certains prévenus, notamment celui de Jean-Bernard LAFONTA, sollicitent d'écartier toute peine complémentaire en l'absence de ce facteur de gravité conformément au principe *ne bis in idem*. Ils font valoir que Monsieur LAFONTA a signé avec l'administration fiscale une transaction qui a conduit cette dernière à réduire le taux de majoration de 80 à 15% et à lui rembourser la somme de 30 millions d'euros.

En effet, comme les autres dirigeants et mandataires de WENDEL (sauf Arnaud DESCLEVES qui n'a pas transigé et Gérard LAMY pour lequel une décision définitive est intervenue), Jean-Bernard LAFONTA a signé avec l'administration fiscale en date du 1er juillet 2021 un règlement d'ensemble et une transaction. Les droits élundés (en principal) sont ramenés de 44 à 35 millions d'euros dans le cadre du règlement d'ensemble¹⁴⁵ et les majorations de 80 à 40% dans le cadre de la transaction, s'appliquant à la somme après règlement d'ensemble (qui visait aussi un autre montage, EDITIS), passant ainsi de 35 à 14 millions d'euros. Les intérêts de retard ont aussi été réduits de moitié. Ainsi les sommes maintenues s'élèvent à 51 millions d'euros alors que Jean-Bernard LAFONTA avait versé plus de 85 millions d'euros au 31 décembre 2020. L'administration fiscale lui a donc restitué plus de 34 millions d'euros le 18 juin 2021. C'est dans ce contexte que l'administration fiscale a remboursé à Jean-Bernard LAFONTA une somme de plus de 34 millions d'euros le 18 juin 2021.

De la même façon, Ernest-Antoine SEILLIERE a signé avec l'administration fiscale un règlement d'ensemble et une transaction qui ramenaient les droits élundés de 29,5 à 25 millions d'euros et les majorations de 80 à 40%, passant ainsi de 23 à 10 millions d'euros. Les intérêts de retard ont aussi réduit de moitié. Ainsi les sommes maintenues s'élèvent à près de 37 millions d'euros alors que Ernest-Antoine SEILLIERE avait versé plus de 54 millions d'euros au 31 décembre 2020. L'administration fiscale lui a donc restitué plus de 17 millions d'euros le 18 juin 2021.

Le tribunal rappelle qu'un règlement d'ensemble ou une transaction, a par définition pour objet de mettre un terme à une procédure qui dure depuis des années, et dont, selon Jean-Bernard LAFONTA l'issue serait incertaine. Ces transactions, signées par le Ministre de l'Economie et des Finances, qui englobent d'ailleurs en l'espèce un autre litige (EDITIS), sont sans incidence sur la procédure pénale et l'appréciation par le tribunal de la gravité des faits

Au-delà des sommes dissimulées et des droits élundés, la gravité s'apprécie aussi au regard de la nature des agissements et de la personnalité des intéressés.

¹⁴⁵Cette réduction résulte dans le cadre du règlement d'ensemble d'une requalification du gain, après décote de 6 %, dans la proportion de 50% dans la catégorie des traitements et salaires et 50% en plus-values de cession mobilières alors que l'administration avait qualifié de gain à hauteur de 65% en traitements et salaires et pour le reste en revenus de capitaux mobiliers

En l'espèce, Ernest-Antoine SEILLIERE a été président de la société industrielle et familiale WENDEL pendant plus de trente années. Il a aussi présidé le patronat français puis le patronat européen. C'était le cas à l'époque des faits.

Ces fonctions résonnent de façon particulière avec les faits dont il est déclaré coupable : le dévoiement en vue d'appréhender un intéressement personnel de 80 millions d'euros d'un mécanisme de sursis d'imposition mis en place en 2000 **pour faciliter les restructurations d'entreprises en raison même de leur intérêt pour l'économie pour mieux répondre aux exigences du marché ou pour améliorer leur compétitivité**. Ces objectifs sont au cœur des fonctions et valeurs qu'ils représentaient à l'époque des faits. Contrairement à ce qu'il a laissé penser au cours de cette procédure et lors de débats, il ne pouvait évidemment ignorer qu'une réduction de capital non motivée par des pertes caractérise le désengagement des actionnaires et la volonté de la société de distribuer les bénéfices mis en réserve correspondant, sans aucun lien avec une restructuration d'entreprises. **La violation de l'esprit de la loi ou du législateur est en l'espèce d'une particulière gravité.**

De même Jean-Bernard LAFONTA, président de WENDEL à l'époque, financier habile et reconnu, était au cœur de la vie économique et des restructurations financières. Le montage fiscal incriminé est loin de la création de valeur. Il ne s'agit plus d'optimisation fiscale mais de gestion systématique du risque fiscal, intégré au risque financier, dans son intérêt personnel, entraînant dans son sillage cadres et dirigeants d'une société cotée qui ont exprimé avoir pour lui, comme pour Monsieur SEILLIERE à l'époque, confiance, respect ou admiration.

Au-delà de l'atteinte portée aux valeurs de l'entreprise, la violation de l'esprit de la loi est d'une particulière gravité. L'atteinte à l'ordre public économique aussi.

Ces atteintes paraissent particulièrement délibérées voire déterminées de la part de personnes qui quatorze ans après les faits, certes les contestant ce qui est leur droit, n'ont exprimé aucune conscience ni de l'esprit de la loi, pourtant en l'espèce au cœur de leur vie professionnelle, ni de la violation qu'ils en ont commise.

Bernard GAUTIER était aussi administrateur de WENDEL. Christine RIVOIRE épouse DUTREIL était l'épouse d'un ministre des PME en exercice et on a appris à l'audience qu'un rendez-vous avait été organisé à Bercy concernant ce montage, en présence de Pierre-Pascal BRUNEAU et de l'avocat fiscaliste du couple.

Jean-Michel MANGEOT, énarque comme Ernest-Antoine SEILLIERE, est un ancien haut-fonctionnaire. Jean-Yves HEMERY, directeur fiscal, est un ancien inspecteur des impôts.

Tous ont feint de ne pas connaître ou comprendre l'esprit de la loi. Face à un risque fiscal parfaitement identifié, ils ont fait le choix de ne pas effectuer de demande de rescrit ni de prendre attache officiellement avec les nombreux contacts dont ils disposaient au plus haut niveau au sein du Ministère des Finances.

La frontière entre l'optimisation fiscale et la fraude est claire, c'est l'esprit de la loi. Ils l'ont bafoué.

Les faits sont graves, donc, contrairement à ce que soutient notamment le conseil de Monsieur LAFONTA.

CHAPITRE III – LA DÉTERMINATION DES PEINES

I- Les principes généraux

Si les faits remontent à presque quinze ans et sont circonscrits à l'année 2008, les infractions commises s'inscrivent dans un montage délibérément complexe et une démarche concertée frauduleuse.

Les prévenus déclarés coupables, au terme du jugement, sont insérés et n'ont aucun antécédent judiciaire. Ils sont accessibles au sursis simple conformément aux dispositions des articles 132-30 et 132-31 du code pénal.

Si certains des prévenus ont fait valoir leur faible marge de manœuvre sur le choix du montage au regard de leurs fonctions au sein de la société WENDEL et de leur lien de subordination, cela ne les exonère pas de leur responsabilité personnelle. Il apparaît, en outre, qu'ils ont tous été animés par un appât du gain, alors que les perspectives de gains financiers apparaissaient extrêmement favorables en 2007 au moment de la réalisation de l'opération, ce que certains ont entendu optimiser en optant pour un endettement maximum dans la perspective de gains supérieurs grâce à un effet de levier, et ce en s'affranchissant de la contrainte fiscale.

Au terme de la présente décision, quatorze prévenus personnes physiques sont condamnés, treize pour fraude fiscale, et deux pour complicité de fraude fiscale, une personne cumulant les deux infractions.

Les infractions portent sur des sommes soustraites à l'impôt extrêmement conséquentes pour chacun, dont le montant cumulé s'est élevé à la somme de 110 millions d'euros selon les plaintes de l'administration fiscale.

Si le préjudice subi par l'administration fiscale a été réparé au travers les redressements opérés, qui ont conduit 12 des 13 prévenus de fraude fiscale à payer l'impôt et les pénalités, 11 d'entre eux ayant conclu une transaction avec l'administration fiscale, la gravité des faits demeure, dès lors qu'ils ont été commis par des professionnels avertis, en raison de leurs riches parcours professionnels, pour certains dans la haute fonction publique, et exerçant au sein d'une société d'investissements extrêmement réputée.

Deux d'entre eux, avocats de formation ou en exercice, étaient en outre soumis au respect de strictes obligations déontologiques qui, non seulement les obligeaient à une vigilance et à une probité accrue, mais aussi leur conféraient le devoir de s'opposer aux faits dont ont été les auteurs ou complices. Ces obligations résultent pour les avocats au respect de principes essentiels – indépendance, probité, loyauté – rappelés dans leur serment (cf. article 1.3 du RIN et article 3 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques pour les avocats).

Il est rappelé que les peines encourues en application des textes de répression dans leur version applicable au moment des faits à savoir les articles 1741 et 1750 du code général des impôts sont :

- Pour les peines principales un emprisonnement maximum de 5 ans, une amende délictuelle de 37 500 euros.
- Pour les peines complémentaires : notamment une interdiction d'exercer certaines professions pour une durée de 3 ans maximum.

PARTIE V – SUR LA CONSTITUTION DE PARTIE CIVILE DE LA DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES (DGFIP)

Par conclusions régulièrement déposées et soutenues oralement à l'audience, la Direction Générale des Finances Publiques représentée par la Direction Régionale des Finances Publiques de Paris et les Directions Générales des Finances Publiques des Hauts-De-Seine et du Val de Marne sollicitent d'être déclarées recevables en leurs constitutions de parties civiles.

En application de l'article 2 du code de procédure pénale : *« L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ».*

L'article L232 du livre des procédures fiscales prévoit que : *« Lorsqu'une information est ouverte par l'autorité judiciaire sur la plainte de l'administration fiscale en matière de droits, taxes, redevances et impositions de toute nature mentionnés au code général des impôts, cette administration peut se constituer partie civile ».*

En l'espèce, les faits de fraude fiscale ont causé un préjudice personnel et direct à la direction générale des finances publiques, il convient en conséquence de recevoir sa constitution de partie civile et de constater qu'elle ne formule aucune demande.

PAR CES MOTIFS

Le tribunal, statuant publiquement, en premier ressort et **contradictoirement** à l'égard de Stéphane BACQUAERT, Pierre-Pascal BRUNEAU, Olivier CHAMBRIARD, David DARMON, Arnaud DESCLEVES, Bernard GAUTIER, Jean-Yves HEMERY, Jean-Bernard LAFONTA, Gérard LAMY, Jean-Michel MANGEOT, Yves-Robert MOUTRAN, Christine RIVOIRE épouse DUTREIL, Jean-Michel ROPERT et Ernest Antoine SEILLIERE DE LABORDE, prévenus et de la Direction Régionale des Finances Publiques de Paris et des Directions Générales des Finances Publiques des Hauts-De-Seine et du Val de Marne parties civiles ;

SUR L'ACTION PUBLIQUE

CONSTATE l'extinction de l'action publique à l'égard de FAYET Arnaud en application des dispositions de l'article 6 du code de procédure pénale ;

SUR LES QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITÉ :

DÉCLARE recevables les demandes de transmission de questions prioritaires de constitutionnalité formées par les conseils de Messieurs DE SEILLIERE DE LABORDE Ernest Antoine, LAFONTA Jean-Baptiste et DESCLEVES Arnaud ;

DIT n'y avoir lieu à transmission des questions prioritaires de constitutionnalité suivantes à la Cour de cassation suivantes :

Les dispositions combinées des articles 150-0 B et 1741 du Code général des impôts et de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales portent-elles atteinte au principe constitutionnel de légalité des délits et des peines par la possibilité qu'elles offrent d'engager des poursuites pénales sur le

fondement de la soustraction frauduleuse à l'établissement de l'impôt par défaut de déclaration, infraction prévue et réprimée par l'article 1741 du Code général des impôts, poursuites fondées sur l'abus de droit au sens de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales dans le bénéfice du régime automatique de sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du Code général des impôts, alors même que cette notion n'est pas définie en des termes clairs et précis ;

Les dispositions combinées des articles 1741 et 150-0 B du CGI ainsi que de l'article L. 64 du LPF, en ce qu'elles permettent, en l'absence de termes clairs et précis, d'engager des poursuites pénales pour fraude fiscale sur la base d'un abus de droit dans le cadre d'opérations d'« apport-cession » bénéficiant du sursis d'imposition de droit prévu à l'article 150-0 B du CGI et posent une présomption d'intention frauduleuse à l'égard du contribuable, sont-elles contraires aux principes d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi découlant des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, au principe de légalité des délits et des peines protégé par l'article 8 de cette Déclaration et par l'article 34 de la Constitution et, surtout, au principe de la présomption d'innocence, consacré par l'article 9 de la Déclaration de 1789 ;

Les dispositions de l'article L. 230 du LPF (particulièrement son dernier alinéa), auquel renvoie le dernier alinéa de l'article 1741 du CGI, en ce qu'elles ne prévoient pas les modalités de dépôt ou de réception de l'acte de saisine de la commission des infractions fiscales par le contribuable, ne lui laissant ainsi aucune possibilité de contrôle procédural, et alors même que cette saisine suspend de plein droit la prescription de l'action publique, sont-elles contraires au principe du contradictoire et aux dispositions de l'article 16 de la Déclaration de 1789.

SUR LES QUESTIONS PREJUDICIELLES :

DIT n'y avoir lieu à renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles suivantes ;

« Les dispositions combinées des articles 150-0 B, 1729 et 1741 du code général des impôts qui prévoient et définissent les circonstances dans lesquelles les dissimulations déclaratives en matière de sursis d'imposition à l'occasion d'une opération d'apport-cession peuvent faire l'objet d'un cumul de poursuites et de sanctions de nature pénale, sont-elles conformes à l'exigence de clarté et de prévisibilité à travers les règles du droit français présentées ci-avant » ;

« L'exigence de clarté et de prévisibilité des circonstances dans lesquelles les dissimulations déclaratives en matière de sursis d'imposition à l'occasion d'une opération d'apport-cession, régime prévu par l'article 150-0 B du code général des impôts, peuvent faire l'objet d'un cumul de poursuites et de sanctions de nature pénale est-elle remplie par des règles nationales telles que celles décrites ci-après ;

« L'exigence de nécessité et de proportionnalité du cumul de telles sanctions est-elle satisfaite par les règles nationales telles que celles présentées ci-avant ».

DECLARE BACQUAERT Stéphane coupable des faits qui lui sont reprochés de :

SOUSTRACON FRAUDULEUSE A L'ETABLISSEMENT OU AU PAIEMENT DE L'IMPOT: DISSIMULATION DE SOMMES - FRAUDE FISCALE faits commis courant 2008 à Paris en tout cas sur le territoire national et depuis temps non prescrit

En application de l'article 1018 A du code général des impôts, la présente décision est assujettie à un droit fixe de procédure de 127 euros dont sont redevables chacun des condamnés. Ils sont informés qu'en cas de paiement de l'amende et du droit fixe de procédure dans le délai d'un mois à compter de la date où ils ont eu connaissance du jugement, ils bénéficient d'une diminution de 20% sur la totalité de la somme à payer.

SUR L'ACTION CIVILE

RECOIT la Direction Régionale des Finances Publiques de Paris et les Directions Générales des Finances Publiques des hauts-De-Seine et du Val de Marne en leurs constitutions de parties civiles ;

CONSTATE que les parties civiles n'ont formulé aucune demande.

et le présent jugement ayant été signé par la présidente et la greffière.

LA GREFFIERE

LA PRESIDENTE

