

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES

SERVICE JURIDIQUE DE LA FISCALITE

Sous-direction du contentieux des impôts des professionnels

Bureau JF 2 B

86, allée de Bercy - Teledoc 944

75572 PARIS cedex 12

Séance du 16 octobre 2014 : avis rendus par le comité de l'abus de droit fiscal commentés par l'administration (CADF/AC n° 7/2014).

➤ **Affaire n° 2014-31 concernant M. et Mme C**

Le 26 mai 2008, Mme C souscrit au capital de la société SAS X ayant pour objet “ la conception et l'exploitation de tous systèmes de chauffage, de production d'eau...en particulier de tels systèmes utilisant la biomasse ou les énergies renouvelables ” en investissant 46 300 euros. Elle reçoit 463 actions sur les 3500 composant le capital.

Au titre de l'année 2008, cet investissement a ouvert droit à une réduction d'impôt de solidarité sur la fortune (ISF), conformément aux dispositions de l'article 885-O V bis du code général des impôts (CGI).

Au titre des années 2009 et 2010, les titres de la société X qu'elle détenait ont été exonérés d'ISF en vertu de l'article 885 I ter du CGI.

Constatant que la société X n'avait pas déployé d'activité effective sur la période considérée et estimant qu'elle avait été créée dans le seul but de bénéficier des avantages procurés en matière d'ISF par les articles 885-O V bis et 885 I ter du CGI, l'administration a remis en cause à la fois la réduction d'impôt et l'exonération subséquente des titres X en adressant le 21 décembre 2011 à Mme C une proposition de rectification dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal.

Après avoir entendu ensemble Mme C et son conseil, ainsi que les représentants de l'administration, le Comité constate qu'aucun des éléments apportés par l'administration ne permet d'établir que la souscription de Mme C au capital de la société X a été effectuée dans le seul but de bénéficier des avantages procurés en matière d'ISF par les articles 885-O V bis et 885 I ter du CGI.

Il note au contraire que cette société a fait réaliser et a payé des études sur la faisabilité de son projet industriel, sollicité une subvention de l'ADEME dans ce cadre et procédé en 2009 à des plantations en vue de la production de biomasse.

Il relève qu'à la fin de l'année 2010, les actionnaires de la société X se sont interrogés sur la situation et la stratégie de la société, interrogations qui ont abouti à la démission forcée de son président, à qui était imputable le défaut d'activité effective de la société, et son remplacement en 2011 par Mme C.

Le Comité estime que si l'administration peut reprendre les avantages procurés en matière d'ISF par les articles 885-O V bis et 885 I ter du CGI lorsqu'elle estime que les conditions de leur attribution ou de leur maintien ne sont pas remplies, elle ne peut en revanche à cette fin mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L 64 du livre des procédures fiscales que si le contribuable a usé d'un procédé qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale de ces textes à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur, n'a été inspiré par aucun autre motif que celui d'atténuer la charge d'ISF qu'il aurait normalement supportée eu égard à sa situation ou à ses activités réelles si cet acte n'avait pas été passé.

Il constate que tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que l'administration n'établit pas que la société a été créée à seule fin de bénéficier des avantages fiscaux dans le cadre d'un montage purement artificiel.

Le Comité émet en conséquence l'avis que l'administration ne pouvait, en l'espèce, mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal.

Nota : l'administration a décidé d'abandonner la procédure d'abus de droit dans cette affaire. Néanmoins, l'administration se réserve la possibilité de remettre en cause la réduction d'ISF dans les cas de fraude les plus caractérisés, notamment lorsqu'un faisceau de présomptions suffisamment probant démontre que l'opération réalisée, dans le cadre d'un montage purement artificiel, va à l'encontre de la volonté du législateur lors de l'élaboration du dispositif de l'article 885-O V bis du CGI.

➤ **Affaire n° 2014-11 M. et Mme X**

La société anonyme (SA) A a été créée en juillet 1998 par M. X et 6 autres associés.

Son capital a été augmenté par apport de titres de la société B en août 1998. L'apport par M. X est constitué de 805 600 actions pour une valeur de 11 053 164 d'euros. La plus-value réalisée lors de cet apport, s'élevant à 10 689 637 euros, a été placée sous le régime du report d'imposition en application du II de l'article 92 B du code général des impôts alors en vigueur.

M. X a créé le 24 septembre 2008 la société de droit belge C à laquelle il apporte 1488 actions de la SA A pour une valeur de 25 911 000 d'euros. Ayant reçu en contrepartie 25 911 parts de la société C, la plus-value réalisée lors de l'apport est placée sous le régime du sursis d'imposition conformément aux dispositions de l'article 150 0 B du code général des impôts.

Le 1^{er} octobre 2008, la société C a cédé les titres de la SA A à la société D pour un montant net des frais de cession de 25 561 823 euros. Le même jour, M. X cède à la même société 355 actions de la SA A pour un montant de 6 184 032 euros.

Le 2 décembre 2008, M. X a donné la pleine propriété de 4 048 actions de la société C à ses deux enfants, soit une valeur pour chacun de 1 999 338 euros, et de 1 012 actions de cette société à son épouse, soit une valeur de 999 694 euros.

Le 4 décembre 2008, les enfants et l'épouse de M. X transfèrent leurs titres de la société C à la société civile immobilière (SCI) familiale E, pour partie par voie d'apport et pour le solde par cession.

Le 9 décembre 2008, la société C a réduit son capital de 5 060 000 euros par annulation des 5 060 actions détenues par la SCI E et a remboursé en espèces la somme de 4 998 470 euros.

L'administration a mis en œuvre la procédure d'abus de droit fiscal prévue par l'article L 64 du livre des procédures fiscales à l'égard de M. X par une proposition de rectification en date du 19 décembre 2011. Elle a estimé que l'opération d'apport des actions de la SA A à la société de droit belge C, nouvellement créée, n'avait eu d'autre but que de bénéficier abusivement du régime du sursis d'imposition, compte tenu d'un réinvestissement dans une activité économique ne pouvant être regardé comme significatif.

Après avoir entendu ensemble M. X et son conseil, ainsi que les représentants de l'administration, le Comité constate que l'administration a admis de regarder comme des investissements dans une activité économique différentes opérations représentant une somme de 4 591 338 euros.

Il relève qu'elle a en revanche écarté de cette qualification une série de projets et d'opérations poursuivis ou réalisés par M. X.

Le Comité estime que la simple intention, manifestée en 2008 par M. X, d'acquérir à travers la société C des actions de la société D ne peut être assimilée à un investissement dans une activité économique dès lors, notamment, que sa concrétisation était dès l'origine expressément subordonnée à l'accord des organes dirigeants de cette dernière société qui ont en définitive refusé cette opération au regard de la situation des marchés financiers, largement connue des parties lors de la manifestation de cette intention.

Le Comité considère que les opérations de prospection en direction des sociétés F et G ne peuvent également être retenues. Il relève que les démarches ont été accomplies par un tiers, indiquant agir en son nom ainsi qu'en celui de M. X en leur qualité de repreneurs individuels. Il observe à cet égard que la société C n'est mentionnée dans aucun des documents soumis à son appréciation alors de surcroît que M. X disposait à l'époque de sommes suffisantes pour envisager d'investir à titre personnel dans ces deux affaires.

Le Comité considère que ne peut également être pris en compte le projet de reprise de la société H - qui ne concernait que le rachat de fonds de commerce pour un montant de 52 500 euros - dès lors que les documents soumis à son appréciation ne caractérisent pas l'existence de démarches significatives ni l'engagement de frais et qu'il n'est pas justifié par des pièces versées au dossier que ce projet n'a pas abouti pour des motifs indépendants de son fait.

Le Comité ne retient pas davantage les opérations d'apport en capital à la société I pour 10 000 euros et en compte courant à la société J, qui sont intervenues plus de 4 ans après la cession sans que ce délai ne soit justifié par la nature des investissements ou des contraintes particulières.

Le Comité admet en revanche de tenir compte des projets relatifs aux sociétés K, L et M qui, bien qu'ayant échoué, constituaient le prolongement d'une activité de reprise d'hôtels et de résidences hôtelières développée dès 2010 à travers la capitalisation d'une société N, dans laquelle la société O, filiale à 100 % de la société C, a réalisé des investissements conséquents dont certains ont par ailleurs été admis par l'administration.

Le Comité relève à cet égard que la société O a engagé dans ces dossiers des frais d'expertise et consigné des sommes pour garantir les offres de reprise. Il estime néanmoins que seules doivent être prises en compte les sommes effectivement proposées en dernier lieu pour reprendre les actifs concernés, à l'exclusion des évaluations portant sur les projets d'investissements futurs et les besoins estimés en fonds de roulement, par trop hypothétiques et incertains.

Le Comité estime que doit également être qualifiée de réinvestissement dans une activité économique la souscription au capital pour 26 000 euros et l'apport en compte courant pour 158 000 euros à la société P, ayant servi à l'acquisition par cette société d'un actif, la circonstance que ces opérations aient été réalisées plus de trois ans après la cession des titres de la SA A n'étant pas de nature, dans les circonstances de l'espèce, à leur retirer cette qualité, alors de surcroît qu'une opération similaire, effectuée antérieurement dans le même secteur d'activité, a été admise par l'administration.

Dès lors, en ajoutant aux montants pris en compte par l'administration, ceux qu'il considère comme relevant de la qualification d'investissement dans une activité économique que cet investissement ait été réalisé, ce qui est le cas de celui concernant la société P pour 184 000 euros, ou qu'il ait échoué, ce qui concerne la société K pour 340 000 euros, la société L pour 40 000 € et la société M pour 62 000 €, le Comité estime qu'il y a ainsi lieu de prendre en considération une somme totale de 5 217 338 euros au titre des réinvestissements dans une activité économique.

Le Comité constate l'existence d'un désaccord entre l'administration et le contribuable sur le montant disponible du prix de cession servant de base de calcul du ratio des réinvestissements. Il estime toutefois que, même dans le mode de calcul le plus favorable au contribuable, consistant à déduire du montant disponible pour le réinvestissement, chiffré par l'administration à 23 669 921 euros – soit le produit net de la cession des titres s'élevant à 25 561 823 euros diminué d'une garantie de passif s'élevant à 1 891 902 euros - la somme de 4 998 470 euros, correspondant à la réduction de capital de la société C par annulation des titres détenus par la SCI E et précédemment donnés par M. X à son épouse et ses enfants, ce ratio représente 27,94 % de ce montant s'élevant après cette déduction à 18 671 451 euros. Ce ratio est ainsi trop faible pour atteindre le taux qui lui permettrait d'être regardé comme caractérisant un investissement significatif dans une activité économique.

Le Comité émet en conséquence l'avis que l'administration était fondée, dans les circonstances de l'espèce, à mettre en œuvre la procédure prévue par 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 à l'égard de la plus-value réalisée lors de l'apport des titres de la société A à la société C.

Enfin, le Comité estime que M. X doit être regardé comme ayant eu l'initiative principale des actes constitutifs de l'abus de droit et, en outre, en a été le principal bénéficiaire au sens du b) de l'article 1729 du code général des impôts. Il émet donc l'avis que l'administration est fondée à appliquer la majoration de 80 % prévue par ces dispositions.

Nota : l'administration a pris note de l'avis favorable du Comité.

➤ **Affaire n° 2014-02 Mme A**

La société X est filiale à 100 % de la société britannique X Ltd détenue par Mme A et son frère, M. B.

Le 18 juin 2007, la société X Ltd cède à la société Y les titres de la société X pour un prix global de 1 922 848 euros.

Le 30 novembre 2007, Mme A achète à la société Y 55 596 titres de la société X pour un prix de 336 500 euros. L'acquisition est financée par un prêt consenti par la société Y.

Mme A apporte le 21 février 2008 ses titres de la société X à la société S, société par actions simplifiée qu'elle a créée avec M. B. Son apport est évalué à 1 357 500 euros. Mme A a ainsi réalisé une plus-value d'apport de 1 021 000 euros, placée en sursis d'imposition en application des dispositions de l'article 150 O B du code général des impôts (CGI), Son frère procède à la même démarche.

Le 14 mai 2008, la société S revend l'ensemble des titres de la société X à la société Y pour la valeur d'apport. Elle a ainsi encaissé un prix global de cession de 2 715 000 euros.

Considérant que l'opération en cause n'avait eu d'autre but que de placer la plus-value d'apport de titres sous le régime du sursis d'imposition prévu par l'article 150 O B du CGI, l'administration a mis en oeuvre le 12 décembre 2011 la procédure d'abus de droit fiscal prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

Après avoir entendu ensemble les conseils de Mme A et les représentants de l'administration, le Comité relève qu'une somme de 2 152 951 euros, représentant 78,5 % du prix de cession, a été transférée en juin 2008 sous forme d'avances rémunérées en compte courant à la société T, créée à Hong Kong par Mme A et M. B.

Le Comité note qu'une somme de 1 030 800 euros, prélevée sur le montant transféré à Hong Kong et représentant 38 % du prix de cession, a été utilisée en août 2010 pour souscrire au capital de la société luxembourgeoise U ayant pour objet le développement d'activités minières.

Il constate, au vu des éléments soumis à son appréciation, que cette somme a effectivement été affectée à des investissements dans des activités minières en Indonésie.

Le Comité estime qu'une fraction devant être regardée comme significative du prix de cession des titres a bien au final été investie dans une activité économique de sorte que le placement en sursis d'imposition de la plus-value d'apport des titres de la société X, suivi de leur cession par la société bénéficiaire de l'apport, n'est pas constitutif, dans les circonstances de l'espèce, d'un abus de droit, et ce alors même qu'une partie des fonds issus du prix de cession a pu faire par ailleurs l'objet d'une réappropriation par la contribuable.

Il émet en conséquence l'avis que l'administration n'était pas fondée à mettre en oeuvre en l'espèce la procédure de l'abus de droit fiscal prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

Nota : l'administration s'est rangée à l'avis du Comité.

➤ **Affaire n° 2014-03 M. B**

La société X est filiale à 100 % de la société britannique X Ltd détenue par M. B et sa sœur, Mme A.

Le 18 juin 2007, la société X Ltd cède à la société Y les titres de la société X pour un prix global de 1 922 848 euros.

Le 30 novembre 2007, M. B achète à la société Y 55 596 titres de la société X pour un prix de 336 500 euros. L'acquisition est financée par un prêt consenti par la société Y.

M. B apporte le 21 février 2008 les titres de la société X à la société S, société par actions simplifiée qu'il a créée avec Mme A. Son apport est évalué à 1 357 500 euros. M. B a ainsi réalisé une plus-value d'apport de 1 021 000 euros, placée en sursis d'imposition en application des dispositions de l'article 150 O B du code général des impôts (CGI). Mme A procède à la même démarche.

Le 14 mai 2008, la société S revend l'ensemble des titres de la société X à la société Y pour la valeur d'apport. Elle a ainsi encaissé un prix global de cession de 2 715 000 euros.

Considérant que l'opération en cause n'avait eu d'autre but que de placer la plus-value d'apport de titres sous le régime du sursis d'imposition prévu par l'article 150 O B du CGI, l'administration a mis en oeuvre le 12 décembre 2011 la procédure d'abus de droit fiscal prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

Après avoir entendu ensemble les conseils de M. B et les représentants de l'administration, le Comité relève qu'une somme de 2 152 951 euros, représentant 78,5 % du prix de cession, a été transférée en juin 2008 sous forme d'avances rémunérées en compte courant à la société T, créée à Hong Kong par M. B et Mme A.

Le Comité note qu'une somme de 1 030 800 euros prélevée sur le montant transféré à Hong Kong et représentant 38 % du prix de cession a été utilisée en août 2010 pour souscrire au capital de la société luxembourgeoise U ayant pour objet le développement d'activités minières.

Il constate, au vu des éléments soumis à son appréciation, que cette somme a effectivement été affectée à des investissements dans des activités minières en Indonésie.

Le Comité estime qu'une fraction devant être regardée comme significative du prix de cession des titres a bien au final été investie dans une activité économique de sorte que le placement en sursis d'imposition de la plus-value d'apport des titres de la société X, suivi de leur cession par la société bénéficiaire de l'apport, n'est pas constitutif, dans les circonstances de l'espèce, d'un abus de droit, et ce alors même qu'une partie des fonds issus du prix de cession a pu faire par ailleurs l'objet d'une réappropriation par le contribuable.

Il émet en conséquence l'avis que l'administration n'était pas fondée à mettre en oeuvre en l'espèce la procédure de l'abus de droit fiscal prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

Nota : l'administration s'est rangée à l'avis du Comité.