

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 27 novembre 2015 : avis rendus par le comité de l'abus de droit fiscal commentés par l'administration (CADF/AC n° 08/2015).

➤ ***Affaire n° 2015-17 concernant la SA X***

Le 19 novembre 2007, la banque britannique Y accorde un prêt à court terme de 1 398 999 000 euros à une filiale immatriculée aux îles Caïmans. Le même jour cette filiale utilise ces liquidités pour souscrire pour le même montant des actions de préférence émises par une filiale anglaise indirectement détenue intégralement par la banque Y. Cette filiale utilise toujours le même jour les liquidités ainsi obtenues pour acquérir notamment à hauteur de 1,2 milliards d'euros un portefeuille d'instruments financiers (Euro Medium Term Notes [EMTN]) émis par la banque Y. Le même jour, la filiale luxembourgeoise de la banque britannique a créé, au Luxembourg, la SARL G, dotée d'un capital de 21 000 euros.

Le 20 novembre, la SARL G et la filiale anglaise indirectement détenue intégralement par la banque Y créent la SNC H, société de personnes de droit luxembourgeois et ayant pour objet de gérer un portefeuille d'investissements. Cette société de personnes est dotée d'un capital de 1,4 milliard d'euros. Il est constitué de l'apport de 1000 euros par la SARL G et de l'apport par cette filiale anglaise de l'ensemble de son portefeuille d'une valeur de 1 399 999 000 euros. Ce capital est réparti en 650 000 parts A d'une valeur nominale de 1000 euros (soit 650 millions d'euros) et 750 000 parts B ayant la même valeur nominale (soit 750 millions d'euros). Les parts A procurent un revenu fixe de 5,023 % distribué deux fois par an si le résultat le permet. A défaut, ce droit de distribution prioritaire est reporté sur les trois années suivantes. Les parts B reçoivent le reliquat de résultat disponible après distribution aux parts A.

Le 21 novembre 2007, le portefeuille détenu par la SNC H est arrivé à maturité et cette société utilise les 1,4 milliard d'euros de liquidités en souscrivant pour 1,3 milliard d'euros des instruments financiers émis par la banque Y et par la banque française X. Cette souscription, effectuée à parts égales entre les deux banques, porte sur 450 millions d'euros d'EMTN émis par la SA X et 200 millions d'euros de CLN (Credit Linked Note) émis aussi par la SA X. Elle porte par ailleurs sur 400 millions d'euros de CLN émis par la banque Y et 250 millions d'euros d'EMTN émis aussi par cette banque. Les 100 millions d'euros restants sont déposés le même jour sur un compte bancaire chez la succursale britannique de la SA X, située à Londres. Le même jour, et après ces souscriptions, les parts A de la SNC H sont acquises par la SARL G et les parts B par la SA X. La société de personnes est ainsi détenue à 53,57 % par la banque X et indirectement à 46,43 % par la banque Y. Toujours le même jour, la filiale anglaise indirectement détenue intégralement par la banque Y annule les actions de préférence émises le 19 novembre 2007 et rembourse l'apport de la filiale de cette banque située aux îles Caïmans, laquelle rembourse le prêt accordé par la banque Y.

Diverses opérations financières ont lieu en novembre et décembre 2007 (swap de taux conclu entre la SNC H et la banque Y pour 1,4 milliard d'euros, vente de Credit Default Swaps (CDS) ainsi qu'en 2008 (réinvestissement des 100 millions d'euros en obligations diverses, acquises sur le marché secondaire (Bonds) et conclusion entre la SNC H et la succursale britannique de la banque

X d'un swap de taux d'un notional de 99 750 000 euros afin d'éliminer tout risque de taux et de transformer le revenu à taux fixe provenant des Bonds en revenu à taux variable).

L'administration a constaté, lors de la vérification de comptabilité de la banque française, que la SA X n'avait pas déclaré la quote-part de résultat de la SNC H lui revenant dès lors qu'elle correspondait à l'activité hors de France d'une société de personne étrangère et n'entraînait pas dans le champ de l'impôt sur les sociétés. L'administration a estimé à l'issue de ce contrôle que la prise de participations de la banque X dans la SNC H, qui a été créée ad hoc au Luxembourg, ne répondait à aucune motivation économique mais correspondait à un montage ayant un but exclusivement fiscal permettant l'exemption de toute imposition de revenus en France, - les revenus n'étant pas davantage imposés au Luxembourg - dans le cadre d'une application littérale des dispositions du I de l'article 209 du code général des impôts mais à l'encontre des objectifs poursuivis par les auteurs de ces dispositions. Elle a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

Le Comité a entendu ensemble le représentant de la banque et son conseil ainsi que les représentants de l'administration.

Le Comité relève, d'une part, que la SNC H créée au Luxembourg a été valablement constituée, qu'elle dispose de statuts en bonne et due forme qui règlent le fonctionnement de ses organes sociaux et tiennent compte des intérêts divergents des deux partenaires. Il constate aussi que la SNC a régulièrement fonctionné. Ainsi ses organes sociaux se sont réunis et des décisions, telles que la nomination de nouveaux gérants, ont été prises par ses actionnaires. Au surplus, il ressort de l'audition que le comité de gérance de cette société, qui occupait des locaux, employait quatre personnes à temps partiel et disposait de moyens bureautiques, constituait un centre de décision effectif au Luxembourg. Le Comité en déduit que cette société n'était pas dépourvue de substance.

Le Comité relève, d'autre part, que la structure même de la SNC H conduit à une répartition déséquilibrée des résultats permettant à la banque Y, actionnaire minoritaire indirectement détentrice des parts A, de bénéficier en priorité d'une part du résultat de la SNC, selon des modalités lui permettant d'obtenir une part pouvant s'avérer plus importante que celle octroyée à la banque X, actionnaire majoritaire détentrice des parts B.

Le Comité relève que le risque n'apparaît pas réparti de façon égale entre les associés mais estime que cette asymétrie peut s'expliquer par le fait que la SA X avait accepté de supporter davantage de risques dans l'espoir d'en récolter davantage de profits. Il constate que la SA X était effectivement exposée au risque économique inhérent à cette opération, que ce soit au titre des 400 millions d'euros de CLN émis par la banque Y ou des 250 millions d'euros d'EMTN émis aussi par cette banque. La SA X était en effet exposée à un risque non seulement pour les EMTN en cas de défaut de l'émetteur mais aussi pour les CLN en cas de défaut des sous-jacents.

Au vu des circonstances de l'espèce, de la réalité de ces flux financiers et de l'importance de l'aléa qui entourait cette opération, le Comité considère que celle-ci ne pouvait être qualifiée d'artificielle et, par suite, ne caractérisait pas un montage ayant un but exclusivement fiscal dans le cadre d'une application littérale des dispositions du I de l'article 209 du code général des impôts mais à l'encontre des objectifs poursuivis par les auteurs de ces dispositions.

Le Comité émet en conséquence l'avis que l'administration n'est pas fondée à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

Nota : l'administration a décidé de ne pas se ranger à l'avis émis par le comité. Elle considère que la SNC H fonctionne en pilotage automatique dès lors que, d'une part, son portefeuille d'investissements autorisés est fixé dès l'origine et que, d'autre part, le réinvestissement des dividendes rémunérant les parts B est lui aussi étroitement encadré. La circonstance que la politique d'investissement ait été définie une fois pour toutes lors de la création de la SNC caractérise son absence de substance économique et le but exclusivement fiscal de son interposition.