

**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 25 octobre 2012 : avis rendus par le comité de l'abus de droit fiscal commentés par l'administration (CADF/AC n° 4/2012).**

➤ **Affaire n° 2012-32 concernant M. X (impôt sur le revenu)**

Par acte du 16 décembre 2003, la société civile B a été créée entre M. R et ses deux enfants (Y et X) ainsi que ses frères Z et G.

A cette occasion ont notamment été apportés à la société nouvellement créée des titres de sociétés familiales à prépondérance immobilière soumises à l'impôt sur les sociétés (SA P et SCI V). Les plus-values réalisées par M. R lors de cet apport relevaient du régime fiscal des plus-values immobilières des particuliers et ont bénéficié de l'abattement de 5% par année de détention au-delà de la deuxième année, ce qui s'est traduit par une réduction très importante du montant de l'impôt dû à raison de ces plus-values.

Le 18 mars 2004, M. R a fait donation à ses deux enfants de la nue-propiété de ses titres de la société civile B.

Les 31 mai 2006 et 13 décembre 2007, la société B a cédé respectivement l'ensemble de ses titres des sociétés P et V. Les plus-values résultant de ces cessions ont été déclarées en 2006 et 2007 par M. R, usufruitier, en tant que gains de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux taxables au taux de 16 % en application des dispositions de l'article 150-0 A du code général des impôts.

A l'issue des opérations de contrôle de la société B, par une proposition de rectification du 15 décembre 2009, l'administration a, d'une part, estimé que M. R n'était pas le redevable de l'imposition due au titre de la taxation des plus-values de cession déclarées en 2006 et 2007 en l'absence de clause lui attribuant le prix de cession des titres et elle a rétabli cette taxation au nom de chacun de ses deux enfants nu-proprétaires. Ce changement de redevable a été accepté par M. X.

Elle a, d'autre part, observé que ces opérations d'apport avaient été réalisées peu de temps avant l'entrée en vigueur des dispositions de l'article 10 de la loi de finances pour 2004 ayant écarté du bénéfice du régime de taxation des plus-values immobilières les cessions de titres de société à prépondérance immobilière soumises à l'impôt sur les sociétés. L'administration a, sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, remis en cause le montage ayant consisté à créer une société civile, qui a reçu en apport les actions ou les parts de sociétés à prépondérance immobilière soumises à l'impôt sur les sociétés et qui a, par la suite, cédé les titres ainsi reçus au motif que ce montage avait eu pour effet d'exonérer d'impôt sur le revenu la quasi-totalité de la plus-value d'apport, le régime des plus-values immobilières étant encore applicable le 16 décembre 2003, date de réalisation de cet apport.

Elle a en effet estimé que ces apports avaient eu pour seul but de les faire bénéficier notamment du mécanisme de l'abattement pour durée de détention prévu par ce régime fiscal et de minorer ainsi l'impôt afférent aux plus-values d'apport et de cession, et que cette opération était contraire aux objectifs poursuivis par le législateur. L'administration a donc déterminé le montant des plus-values comme si les titres des sociétés P et V n'avaient pas été apportés en 2003, au motif que la création de la société B ne répondait pas à un intérêt patrimonial et juridique, et avaient été cédés par les nu-proprétaires en 2006 et 2007, en considérant par suite que le démembrement intervenu le 18 mars 2004 avait porté directement sur les titres de ces sociétés.

Le Comité, après avoir entendu ensemble le contribuable et son conseil ainsi que le représentant de l'administration, relève que le service ne remet pas en cause la réalité de la société civile B et il constate qu'en réalisant les opérations en cause, les conjoints « ... » étaient animés, notamment, par des préoccupations patrimoniales tenant à la sécurisation et la continuité dans la gestion du groupe familial, ainsi qu'à l'exclusivité dans le pouvoir de décision.

Le Comité en déduit que les actes d'apport ne peuvent être regardés comme ayant été inspirés par des préoccupations exclusivement fiscales.

Le Comité émet en conséquence l'avis que l'administration n'était pas fondée en l'espèce à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal.

**Nota :** l'administration s'est rangée à l'avis émis par le Comité.

#### ➤ **Affaire n° 2012-33 concernant M. Y (impôt sur le revenu)**

Par acte du 16 décembre 2003, la société civile B a été créée entre M. R et ses deux enfants (Y et X) ainsi que ses frères Z et G.

A cette occasion ont notamment été apportés à la société nouvellement créée des titres de sociétés familiales à prépondérance immobilière soumises à l'impôt sur les sociétés (SA P et SCI V). Les plus-values réalisées par M. R lors de cet apport relevaient du régime fiscal des plus-values immobilières des particuliers et ont bénéficié de l'abattement de 5% par année de détention au-delà de la deuxième année, ce qui s'est traduit par une réduction très importante du montant de l'impôt dû à raison de ces plus-values.

Le 18 mars 2004, M. R a fait donation à ses deux enfants de la nue-proprété de ses titres de la société civile B.

Les 31 mai 2006 et 13 décembre 2007, la société B a cédé respectivement l'ensemble de ses titres des sociétés P et V. Les plus-values résultant de ces cessions ont été déclarées en 2006 et 2007 par M. R, usufruitier, en tant que gains de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux taxables au taux de 16 % en application des dispositions de l'article 150-0 A du code général des impôts.

A l'issue des opérations de contrôle de la société B, par une proposition de rectification du 15 décembre 2009, l'administration a, d'une part, estimé que M. R n'était pas le redevable de l'imposition due au titre de la taxation des plus-values de cession déclarées en 2006 et 2007 en l'absence de clause lui attribuant le prix de cession des titres et elle a rétabli cette taxation au nom de chacun de ses deux enfants nu-proprétaires. Ce changement de redevable a été accepté par M. Y.

Elle a, d'autre part, observé que ces opérations d'apport avaient été réalisées peu de temps avant l'entrée en vigueur des dispositions de l'article 10 de la loi de finances pour 2004 ayant écarté du bénéfice du régime de taxation des plus-values immobilières les cessions de titres de société à prépondérance immobilière soumises à l'impôt sur les sociétés. L'administration a, sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, remis en cause le montage ayant consisté à créer une société civile, qui a reçu en apport les actions ou les parts de sociétés à prépondérance immobilière soumises à l'impôt sur les sociétés et qui a, par la suite, cédé les titres ainsi reçus au motif que ce montage avait eu pour effet d'exonérer d'impôt sur le revenu la quasi-totalité de la plus-value d'apport, le régime des plus-values immobilières étant encore applicable le 16 décembre 2003, date de réalisation de cet apport.

Elle a en effet estimé que ces apports avaient eu pour seul but de les faire bénéficier notamment du mécanisme de l'abattement pour durée de détention prévu par ce régime fiscal et de minorer ainsi l'impôt afférent aux plus-values d'apport et de cession, et que cette opération était contraire aux objectifs poursuivis par le législateur. L'administration a donc déterminé le montant des plus-values comme si les titres des sociétés P et V n'avaient pas été apportés en 2003 au motif que la création de la société B ne répondait pas à un intérêt patrimonial et juridique, et avaient été cédés par les nu-proprétaires en 2006 et 2007, en considérant par suite que le démembrement intervenu le 18 mars 2004 avait porté directement sur les titres de ces sociétés.

Le Comité, après avoir entendu ensemble le contribuable et son conseil ainsi que le représentant de l'administration, relève que le service ne remet pas en cause la réalité de la société civile B et constate qu'en réalisant les opérations en cause, les conjoints « ... » étaient animés, notamment, par des préoccupations patrimoniales tenant à la sécurisation et la continuité dans la gestion du groupe familial, ainsi qu'à l'exclusivité dans le pouvoir de décision.

Le Comité en déduit que les actes d'apport ne peuvent être regardés comme ayant été inspirés par des préoccupations exclusivement fiscales.

Le Comité émet en conséquence l'avis que l'administration n'était pas fondée en l'espèce à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal.

**Nota :** l'administration s'est rangée à l'avis émis par le Comité.

#### ➤ **Affaire n° 2012-40 concernant M. Z (impôt sur le revenu)**

Par acte du 16 décembre 2003, la société civile A a été créée entre M. Z et ses quatre enfants (N, D, J et E) ainsi que ses frères R et G.

A cette occasion ont notamment été apportés à la société nouvellement créée des titres de sociétés familiales à prépondérance immobilière soumises à l'impôt sur les sociétés (SA P et SCI V). Les plus-values réalisées par M. Z lors de cet apport relevaient du régime fiscal des plus-values immobilières des particuliers et ont bénéficié de l'abattement de 5% par année de détention au-delà de la deuxième année, ce qui s'est traduit par une réduction très importante du montant de l'impôt dû à raison de ces plus-values.

Le 18 mars 2004, M. Z a fait donation à ses quatre enfants de la nue-propriété de ses titres de la société civile A.

Les 31 mai 2006 et 13 décembre 2007, la société A a cédé respectivement l'ensemble de ses titres des sociétés P et V. Les plus-values résultant de ces cessions ont été déclarées en 2006 et 2007 par M. Z, usufruitier, en tant que gains de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux taxables au taux de 16 % en application des dispositions de l'article 150-0 A du code général des impôts.

A l'issue des opérations de contrôle de la société A, l'administration a, par une proposition de rectification du 18 décembre 2009, observé que ces opérations d'apport avaient été réalisées peu de temps avant l'entrée en vigueur des dispositions de l'article 10 de la loi de finances pour 2004 ayant écarté du bénéfice du régime de taxation des plus-values immobilières les cessions de titres de société à prépondérance immobilière soumises à l'impôt sur les sociétés. L'administration a, sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, remis en cause le montage ayant consisté à créer une société civile, qui a reçu en apport les actions ou les parts de sociétés à prépondérance immobilière soumises à l'impôt sur les sociétés et qui a, par la suite, cédé les titres ainsi reçus au motif que ce montage avait eu pour effet d'exonérer d'impôt sur le revenu la quasi-totalité de la plus-value d'apport, le régime des plus-values immobilières étant encore applicable le 16 décembre 2003, date de réalisation de cet apport.

Elle a en effet estimé que ces apports avaient eu pour seul but de les faire bénéficier notamment du mécanisme de l'abattement pour durée de détention prévu par ce régime fiscal et de minorer ainsi l'impôt afférent aux plus-values d'apport et de cession, et que cette opération était contraire aux objectifs poursuivis par le législateur. L'administration a considéré qu'en 2006 et 2007, M. Z, représentant légal de ses enfants mineurs, comptés à charge de son foyer fiscal, avait cédé la

propriété des titres des sociétés P et V, abstraction faite de l'apport de 2003 au motif que la création de la société A ne répondait pas à un intérêt patrimonial et juridique. Elle a donc déterminé le montant des plus-values comme si les titres des sociétés P et V n'avaient pas été apportés en 2003 et avaient été cédés par les nu-propriétaires en 2006 et 2007, en considérant par suite que le démembrement intervenu le 18 mars 2004 avait porté directement sur les titres de ces sociétés.

Le Comité, après avoir entendu ensemble le conseil du contribuable ainsi que le représentant de l'administration, relève que le service ne remet pas en cause la réalité de la société civile A et constate qu'en réalisant les opérations en cause les consorts « ... » étaient animés, notamment, par des préoccupations patrimoniales tenant à la sécurisation et la continuité dans la gestion du groupe familial, ainsi qu'à l'exclusivité dans le pouvoir de décision.

Le Comité en déduit que les actes d'apport ne peuvent être regardés comme ayant été inspirés par des préoccupations exclusivement fiscales.

Le Comité émet en conséquence l'avis que l'administration n'était pas fondée en l'espèce à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal.

**Nota :** l'administration s'est rangée à l'avis émis par le Comité.

### ➤ **Affaire n°2012-38 concernant M. et Mme S (impôt sur le revenu)**

Au cours de l'année 2005, le groupe C, spécialisé dans la distribution de chaussures, a fait l'objet d'un rachat dans le cadre d'une opération de « leverage buy out » (LBO) par l'intermédiaire de la société K, holding ultérieurement dénommée F.

Outre le recours à l'emprunt, le financement de cette opération, décidé lors de l'assemblée générale de la société K le 26 septembre 2005, a été réalisé au moyen d'une augmentation du capital qui a été portée de 38 192 à 7 288 224 d'euros, M. et Mme S ayant souscrit à cette occasion respectivement 42 500 et 18 750 actions pour un prix unitaire de 16 euros, le surplus ayant été souscrit par les investisseurs financiers qui ont également souscrit un emprunt obligataire convertible en actions d'un montant de 6 100 032 €.

Cette assemblée générale a également décidé l'émission de 61 250 bons de souscription d'actions (BSA) au seul profit de M. S, président de la société nouvellement élu, pour un prix unitaire de 0,32 euros soit un prix global de 19 600 euros. Le prix d'exercice de chaque BSA, le nombre de BSA exerçables et le nombre d'actions auquel ils donneront droit sont déterminés conformément aux stipulations du contrat d'émission conclu entre la société et M. S.

Ces BSA, de même qu'une partie des actions (soit 35 555 actions), ont été souscrits par M. S par l'intermédiaire de son plan d'épargne en actions (PEA) qui avait été ouvert en 2001.

M. S devient par ailleurs, à compter du 26 septembre 2005, le directeur du développement de la SA CC qui exploite le réseau de magasins de chaussures.

Le 4 juin 2007, les investisseurs financiers ainsi que M. et Mme S ont cédé l'intégralité de leurs titres de la SAS F à la société V moyennant un prix global de 46 181 000 €, M. S ayant cédé ses 42 500 actions au prix de 3 474 375 euros (soit un prix unitaire de 81,75 euros identique à celui consenti aux investisseurs financiers) et ses 61 250 BSA au prix de 8 944 337,50 euros (soit un prix unitaire de 146,03 euros).

Seule la plus-value réalisée sur la cession de 6 945 actions acquises en dehors du PEA a fait l'objet d'une taxation, les autres titres (35 555 actions et 61 250 BSA) bénéficiant d'une exonération d'impôt du fait de leur inscription sur le PEA.

L'administration a estimé que, sous couvert de la souscription des BSA, M. S avait en réalité bénéficié d'un contrat d'intéressement lié à son activité dans la reprise et le développement du groupe C par la holding F et qui était basé sur l'appréciation de la valeur de la holding de rachat entre sa mise en place et sa cession. Elle a considéré que, par le recours à ce montage juridique présentant une apparence non conforme à la réalité, le contribuable avait entendu déguiser des

gains de nature salariale, conditionnée à ses résultats en tant que dirigeant du groupe, en gains de cessions de titres.

Estimant que cette simulation lui avait ainsi permis de loger les BSA sur son PEA et d'échapper, par suite, à toute imposition en le faisant bénéficiaire indûment du dispositif de faveur institué par le législateur pour encourager l'investissement en fonds propres dans les entreprises, l'administration a, sur le fondement de l'abus de droit fiscal prévu à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, écarté comme fictif le contrat d'attribution des BSA.

Le Comité a entendu ensemble le contribuable et son conseil ainsi que le représentant de l'administration.

Le Comité note au préalable que le litige qui lui est soumis porte sur le seul point de savoir si, en inscrivant sur son plan d'épargne en actions les bons de souscription d'actions, M. S doit, et alors que cette inscription est admise dans son principe même, être regardé comme ayant commis un abus de droit.

Le Comité a relevé :

- que M. S avait participé à l'augmentation du capital de la société F en souscrivant 42 500 actions, soit un apport de 680 000 euros ;
- que si l'administration s'était prévalu des particularités du contrat d'émission des BSA, elle ne soutenait pas que, dans le cadre de ce LBO assorti d'une clause de type « ratchet », les bons de souscription attribués à M. S n'avaient pas la nature de BSA ;
- que M. S avait effectivement souscrit des BSA pour un montant total de 19 600 euros, de sorte que le contrat d'émission de ces BSA ne saurait être qualifié de fictif ;
- que son contrat de travail prévoyait des compléments de rémunération dont l'octroi dépendait des performances de l'intéressé ;
- que plusieurs causes, indépendantes de l'implication et des mérites de M. S, avaient, en l'espèce, favorisé la réalisation d'un gain élevé ;
- qu'il ne ressortait pas des pièces soumises à son appréciation que ce gain aurait son origine dans le contrat de travail qui lie M. S à la société ou dans l'octroi de conditions avantageuses liées à ses fonctions de dirigeant salarié et que l'administration ne mettait pas en évidence, par des éléments précis et concordants, le fait que le contribuable n'avait pris aucun risque ;
- que l'administration ne se prévalait pas davantage du fait que l'octroi des BSA, en dépit de leurs conditions d'attribution, lesquelles ne permettent pas de connaître le nombre d'actions auquel ils donnent droit, aurait été de nature à empêcher leur inscription sur le PEA au regard, d'une part, au vu de leur montant, de la condition relative au respect du plafond prévu par la loi et, d'autre part, de la condition de détention maximum du capital de la société non cotée.

Le Comité émet en conséquence l'avis que l'administration n'était pas fondée à mettre en œuvre, dans les circonstances de l'espèce, la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à 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.

L'administration considère que, sous couvert d'une attribution de BSA, le contribuable a en réalité bénéficié d'un contrat d'intéressement permettant de rémunérer son activité au sein du groupe lors de la sortie de l'opération de « LBO ».

#### ➤ **Affaire n° 2012-42 concernant la société R (impôt sur les sociétés)**

La société italienne R, dont l'objet social était la gestion d'immeubles, possédait en France une villa, mise à la disposition de son associé unique. Elle n'avait, par ailleurs, aucune autre activité que la détention passive de ce bien.

En décembre 2003, la société a transféré son siège social d'Italie au Luxembourg, puis, en octobre 2004, elle a procédé à la vente de la villa dont elle était propriétaire.

Elle a fait, en 2010, l'objet d'une vérification de comptabilité portant sur les bénéficiaires imposables à l'impôt sur les sociétés au titre de l'année 2004. A l'issue de ce contrôle, une proposition de rectification lui a été notifiée le 8 décembre 2010.

L'administration a en effet constaté que la société R, faisant application des stipulations de la convention franco-luxembourgeoise du 1<sup>er</sup> avril 1958, n'avait pas déclaré la plus-value résultant de cette cession en France.

L'administration a, cependant, estimé que le transfert au Luxembourg du siège social de la société n'était motivé que par sa seule volonté d'éviter l'imposition en France de cette plus-value, qui était en revanche imposable par application de la convention franco-italienne.

Par suite, après avoir écarté le transfert du siège vers le Luxembourg comme ne lui étant pas opposable, elle a soumis à l'impôt sur les sociétés le bénéfice réalisé lors de la vente de 2004 entre les mains de la société R sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales et a réclamé à la société le paiement de l'impôt qui avait été évité.

Le Comité a entendu ensemble les conseils de la société ainsi que le représentant de l'administration.

Le Comité rappelle qu'il n'entre pas dans ses attributions de se prononcer sur la question de la prescription invoquée par la société dans ses observations écrites.

Il relève que l'application à la cession immobilière réalisée en France par la société R en 2004 des stipulations de la convention fiscale franco-luxembourgeoise du 1<sup>er</sup> avril 1958 conduisait, par les interprétations divergentes que les deux pays faisaient de ces stipulations, à l'absence d'imposition, dans l'un ou l'autre de ces pays, de la plus-value résultant de cette vente.

Le Comité constate que si la société R a procédé au transfert de son siège social en décembre 2003, soit dix mois avant la vente, les opérations qui ont conduit à cette vente avaient déjà été engagées avant ce transfert. Ainsi, en septembre 2003 le futur acquéreur de l'immeuble a versé un acompte de deux millions d'euros. Il a également versé un deuxième acompte de quatre millions d'euros, après avoir été informé du transfert du siège de la société italienne au Luxembourg, deux jours seulement après cette opération.

En outre, le gérant statutaire a lui-même indiqué, par une lettre du 14 juillet 2003, à l'avocat de la société que les conséquences fiscales de la vente par la société italienne seraient particulièrement lourdes et imposaient la recherche d'une solution moins onéreuse. La solution, retenue à l'issue d'une consultation fiscale effectuée sur ce point, consistait en un transfert du siège social au Luxembourg.

Ainsi, ce n'est que dans le cadre de la vente de la villa et du fait des conséquences fiscales de celle-ci que la société R a procédé au transfert de son siège au Luxembourg, pour se placer dans le champ d'application de la convention franco-luxembourgeoise.

Le Comité considère, en conséquence, que le transfert du siège social de la société italienne R au Luxembourg n'a été inspiré par aucun autre motif que celui d'éviter la plus-value réalisée lors de cette cession immobilière et que cette opération de transfert a été réalisée à l'encontre des objectifs poursuivis par les deux Etats signataires de la convention fiscale franco-luxembourgeoise du 1<sup>er</sup> avril 1958, qui n'ont pas eu l'intention de permettre une telle absence totale d'imposition du seul fait du transfert au Luxembourg du siège social d'une société établie en Italie, dans le cas où ce transfert n'est justifié, comme en l'espèce, par aucune considération autre que fiscale.

Le Comité estime, en outre, que le débat portant sur le choix, qui était offert à l'associé unique, entre une cession directe du bien par la société ou une cession par cet associé de l'ensemble des parts de la société R est inopérant, dès lors que l'imposition a été établie au nom de la société, laquelle ne pouvait effectuer aucun choix de cette nature.

Le Comité émet, en conséquence, l'avis que l'administration était fondée à mettre en œuvre la procédure prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales pour soumettre à l'impôt sur les sociétés le bénéfice réalisé par la société R lors de la vente, en 2004, de la villa dont elle était propriétaire en France.

Enfin, le Comité estime que la société R doit être regardée comme ayant eu l'initiative principale du montage constitutif de l'abus de droit et, en outre, en a été la principale 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.