

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 septembre 2012 : avis rendus par le comité de l'abus de droit fiscal commentés par l'administration (CADF/AC n°3/2012).

➤ ***Affaire n° 2012-34 concernant M. et Mme H (impôt sur le revenu)***

Le 12 juillet 2007, un protocole d'accord général est conclu en vue de la cession de la totalité des titres de la société A (soit 178 368 actions) à une société holding de reprise créée à cet effet.

Le 30 octobre 2007, M. et Mme H créent la société privée à responsabilité limitée de droit belge F qui a son siège social à Bruxelles, chacun des époux détenant la moitié du capital.

A cette même date, M. H et la société F créent à la même adresse la société en commandite par actions E qui a pour objet toutes activités et opérations d'une société d'investissement et de holding. La société F, associée commanditée, souscrit une action tandis que M. H, associé commanditaire, se voit attribuer 24 000 actions en rémunération de l'apport en nature de 97 270 actions de la société A.

La plus-value d'apport réalisée a bénéficié du régime du sursis d'imposition prévu par l'article 150-0 B du code général des impôts.

Le 15 janvier 2008, la cession de l'ensemble des actions de la société A à la société holding de reprise est finalisée à travers un contrat d'acquisition d'actions, selon des modalités conformes au protocole précédemment conclu, M. et Mme H cédant à cette occasion en propre 41 032 actions de la société A et la société E cédant ses 97 270 actions préalablement apportées.

Par une proposition de rectification en date du 15 décembre 2010, l'administration a considéré que l'opération d'apport des titres suivie de leur cession après un court délai de détention n'avait pas eu d'autre motif que de permettre à M. et Mme H de placer abusivement la plus-value réalisée dans le champ d'application du sursis d'imposition prévu par l'article 150-0 B du code général des impôts. Elle a mis en œuvre la procédure d'abus de droit sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales et, après avoir écarté l'acte d'apport comme ne lui étant pas opposable, a décidé l'imposition de la plus-value au titre de l'année 2008.

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

Il note, ainsi que l'administration l'a confirmé lors de la séance du Comité, que la proposition de rectification se fonde sur la remise en cause du régime du sursis d'imposition prévu par l'article 150-0 B du code général des impôts. Il relève que l'administration a entendu imposer la plus-value réalisée au titre de l'année 2008 du fait de la cession des actions de la société A à la société G.

Le Comité constate toutefois que les actions de la société A ont quitté le patrimoine de M. et Mme H le 30 octobre 2007 à la suite de l'apport effectué par M. H à la société E. Il relève en outre que cette société n'est pas fictive et qu'elle ne peut être regardée en l'espèce comme

dépourvue de toute substance. Par suite si l'administration entendait remettre en cause le régime du sursis d'imposition dont les plus-values réalisées lors de cet apport ont bénéficié à raison de l'interposition de cette société, il lui appartenait d'en tirer toutes les conséquences sur l'imposition des contribuables au titre de l'année d'apport, soit l'année 2007, et non au titre de l'année 2008 au cours de laquelle les titres apportés ont été revendus.

Dès lors, le Comité, qui relève qu'en toute hypothèse les modalités de réinvestissement du produit de la cession réalisées par la société E, consistant notamment en la souscription de parts de fonds communs de placement à risques, caractérisaient un réinvestissement significatif dans une activité économique, estime 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 pour imposer au nom de M. et Mme H la plus-value en litige au titre de l'année 2008.

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

➤ **Affaire n° 2012-37 concernant la SARL A (taxe sur la valeur ajoutée)**

La société A, qui exerce notamment l'activité de commercialisation d'avions destinés à l'aviation générale, a fait l'objet d'une vérification de comptabilité engagée en 2008 et portant en matière de taxe sur la valeur ajoutée (TVA) sur la période allant du 1er janvier 2006 au 30 novembre 2007. A l'issue de ce contrôle une proposition de rectification lui a été notifiée le 28 décembre 2009.

L'administration a constaté que les avions de marque X achetés par des clients résidant en France et n'ayant pas la qualité d'assujettis à la TVA ne faisaient pas l'objet d'une facturation directe entre la société et ses clients. En effet, elle a relevé que ces clients passaient commande de ces avions auprès de la société A, laquelle donnait un ordre de fabrication, soit à un intermédiaire établi aux Pays-Bas jusqu'en septembre 2007, soit ultérieurement directement auprès de leur constructeur américain. Ces avions étaient ensuite livrés sur le territoire danois à la société danoise B. Cette société danoise procédait à l'acquisition de ces avions qui lui étaient vendus par la société A. La société danoise établissait ensuite les factures de vente pour un prix toutes taxes comprises sans mention de la TVA aux clients résidant en France, qui prenaient livraison des avions qu'ils avaient commandés.

L'administration a estimé que l'interposition dans le circuit de facturation de la société danoise était artificielle, non justifiée économiquement, et motivée par la seule volonté de soumettre ces ventes à la TVA au taux de 0% alors applicable au Danemark. Par suite, après avoir écarté les opérations d'achat-revente réalisées par la société danoise comme ne lui étant pas opposables, elle a soumis à la TVA ces ventes entre les mains de la société A sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales et a réclamé à la société le paiement de la taxe qui avait été éludée.

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

Le Comité relève qu'il est constant que les avions étaient acheminés depuis les Etats-Unis jusqu'au Danemark, où ils étaient dédouanés par les soins de la société danoise, et que les contrats de vente conclus entre la société danoise et ses clients résidant en France prévoyaient que les acheteurs devaient en prendre possession à l'aéroport de Roskilde (Danemark).

Il note que l'administration, qui avait initialement admis que les livraisons avaient matériellement eu lieu au Danemark, affirme désormais que les avions étaient acheminés jusqu'en France, où les clients en prenaient possession, le passage au Danemark ne constituant qu'une « escale technique ».

Cependant le Comité constate qu'en procédant à cette affirmation sans apporter, à l'appui de ses dires, le moindre élément probant de nature à établir que les livraisons n'auraient pas eu lieu au Danemark au regard de la réglementation communautaire, l'administration n'établit pas, en tout état de cause, qu'elle était en droit de soumettre ces opérations à la TVA en France.

Par conséquent, le Comité émet 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 pour soumettre à la TVA les ventes qui auraient été réalisées en France par la société A.

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

➤ **Affaire n° 2012-35 concernant la SNC X (connexe au n° 2012-36)**

La société en nom collectif (SNC) X, créée en février 2006 et dont le capital s'élevait, avant l'augmentation de capital intervenue le 15 mars 2006, à 1 000 000 d'euros était détenue à hauteur de 90 % de ses parts par la société par actions simplifiée (SAS) Z, filiale du groupe P. La clôture de l'exercice de cette SNC est fixée pour le premier exercice au 30 novembre 2006.

La société E France a souscrit à cette augmentation de capital, d'un montant de 204 millions d'euros, portant le capital social à 205 millions d'euros, divisé en 2 050 parts sociales au nominal de 100 000 euros.

La société E France s'est vue attribuer 110 parts (soit 5,37 % du capital) tandis que la société Z détenait le solde, soit 1 940 parts (soit 94,63 % du capital). A cette occasion, le capital a été partiellement libéré à hauteur d'un montant de 11 388 000 euros : la société E France a libéré la totalité de la valeur nominale de ses 110 parts sociales, soit 11 millions d'euros, tandis que la société Z ne libérait la valeur de ses 1 940 parts qu'à hauteur de 388 000 euros.

Aux termes de ses statuts mis à jour au 15 mars 2006, la société X a pour objet exclusif en France :

- l'acquisition auprès de P, de contrats optionnels au sens du 5 de l'article L. 211-1-II du code monétaire et financier sur l'indice CAC 40 dès lors qu'ils n'ont pas pour effet d'engager la société pour un montant total supérieur à 200 millions d'euros ;
- la conclusion avec P d'un contrat d'échange au sens du 3 de l'article L. 211-1-II du code monétaire et financier destiné à couvrir l'endettement financier contracté par la société ;
- la conclusion, en qualité d'emprunteur, d'un emprunt nominal de 189 millions d'euros auprès de la société E N, à échéance au 29 novembre 2006, dont le remboursement du nominal varie en fonction de l'évolution de l'indice CAC 40 ;
- et plus généralement, la conclusion de tout contrat et la réalisation de toutes autres opérations courantes strictement nécessaires à la réalisation de cet objet.

Conformément aux clauses statutaires, un prêt de 189 millions d'euros, pour une durée allant du 15 mars 2006 au 29 novembre 2006, a été consenti par la société E N à la SNC X. Selon les termes du contrat de prêt, le prêteur souhaitait faciliter l'activité de l'emprunteur et lui permettre ainsi la réalisation d'investissements dans des instruments financiers à terme conformément à son objet social selon des conditions financières adaptées. Ce prêt était rémunéré au taux Euribor 8/9 mois majoré de 3 points et visait à offrir une rentabilité supérieure au marché monétaire en contrepartie d'un risque en capital en cas de réalisation d'un événement de marché lié à l'évolution de l'indice CAC 40.

Pour le groupe E, l'investissement dans la SNC s'élevait donc à 200 millions d'euros, répartis entre un prêt de 189 millions d'euros par la société E N et une souscription au capital à hauteur de 11 millions d'euros par la société E France.

Au moyen des fonds ainsi apportés, la SNC X a conclu avec la société P neuf contrats d'options indexées sur le niveau de l'indice CAC 40 à la date de leur commencement le 15 mars 2006 et à chacune de leurs échéances s'échelonnant entre le 18 avril et le 24 novembre 2006.

L'administration a relevé que cet investissement avait donné lieu également aux opérations suivantes :

- au 15 mars 2006, la société E France s'était engagée, au terme de cette opération, à la cession des parts de la SNC X à la société Z par le biais de promesses croisées de vente et d'achat de ces titres. Selon la promesse de vente, la société E France s'engageait à céder l'intégralité de sa

participation à la société Z, laquelle pouvait lever cette promesse du 1^{er} décembre 2006 au 4 décembre 2006 pour un prix calculé sur un montant correspondant à la plus faible des deux valeurs suivantes : 13 217 000 euros ou la part de l'actif net réévalué à la date du 24 novembre 2006 correspondant au nombre de parts détenues par le promettant, cette dernière valeur pouvant être révisée au vu des conclusions du rapport des commissaires aux comptes sur les comptes de l'exercice clos le 30 novembre 2006 dans le cas où ce rapport ferait apparaître un montant d'actif net réévalué supérieur. Selon la promesse d'achat, la société Z s'engageait à acheter à la société E France l'intégralité de sa participation en une seule fois. La société E France pouvait lever la promesse d'achat à sa seule option soit le 27 ou le 28 novembre 2006, soit le 5 ou le 6 décembre 2006. L'option pouvait être exercée le 27 ou le 28 novembre, soit avant la clôture de l'exercice de la SNC X, seulement dans le cas où à la date de levée de la promesse, la valeur par part de la SNC X est inférieure au prix de souscription initial par part. Dans cette hypothèse, le prix est fixé au plus élevé de 8 813 000 euros ou la quote-part de l'actif net de la SNC X revenant à la société E France. La société E France pouvait lever la promesse le 5 ou le 6 décembre quelle que soit la valeur par part de la SNC X à la date de la levée. La date de cession ou d'acquisition de ces titres, ainsi que leur prix d'acquisition ou de cession étaient ainsi déterminés par ces promesses de manière à s'assurer du transfert de ces titres, avant la clôture de l'exercice social de la SNC X arrêté au 30 novembre 2006, uniquement en cas de déficit ;

- au 15 mars 2006, la SNC X avait conclu avec la société P un contrat portant pour la période allant du 15 mars 2006 au 29 novembre 2006 sur un montant notionnel de 189 millions d'euros. La société P verse un taux d'intérêt fixe de 3%. La SNC X verse à la société P un montant variable qui est égal au produit du montant notionnel, d'un taux fixe de 1,36 %, du nombre de jours de bourse au cours duquel l'évènement de marché a été constaté et du nombre de jours de l'opération ;

- au terme des contrats d'options sur indice, le 24 novembre 2006, la SNC X a réalisé, du fait de l'exercice de l'option prévue dans les contrats d'option sur indice, un gain net d'environ 208 millions d'euros, conduisant après imputation des charges, notamment d'intérêts, à la réalisation d'un bénéfice de 204 millions d'euros ;

- à la clôture de son exercice au 30 novembre 2006, le résultat bénéficiaire de la SNC X a été affecté, sur le plan fiscal, à hauteur d'un montant d'environ 197 millions d'euros à la société E France et le solde d'un montant d'environ 7 millions d'euros à la société Z, dès lors que la répartition du bénéfice entre les associés était fixée par les clauses statutaires de cette SNC à proportion du seul capital libéré ;

- au 1^{er} décembre 2006, soit après la clôture de l'exercice de la SNC X, la société E France a cédé à la société Z les titres de cette société en exécution de la promesse de vente conclue le 15 mars 2006. Cette cession a conduit à la constatation d'une plus-value comptable de 2,217 millions d'euros par la société E France et d'une moins-value fiscale à court terme d'un montant de 195 millions d'euros. Cette moins-value a, conformément aux règles applicables en la matière, été imputée immédiatement sur sa quote-part de bénéfice de la SNC X (197 millions d'euros), laissant à la société E France un résultat imposable d'environ 2 200 000 euros correspondant à la plus-value économique.

Par une proposition de rectification en date du 22 décembre 2009, l'administration a considéré que ces différentes opérations dissimulaient, sous une apparence juridique complexe, une simple opération de placement sans risque à court terme de la trésorerie du groupe E et que ce montage conduisait à l'application de manière littérale des règles d'imposition prévues pour les sociétés de personnes aboutissant à un résultat contraire aux objectifs poursuivis par le législateur dans la mesure où il a eu pour but exclusif de permettre à la société SNC X d'affecter partiellement à la société Z son résultat déclaré et, par suite, a conduit à une non-imposition d'une fraction de ce résultat à hauteur d'une somme d'environ 197 millions d'euros. L'administration a mis en œuvre les dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales relatives à l'abus de droit pour remettre en cause ce montage et a estimé que le bénéfice de 204 millions d'euros de la SNC X devait être intégralement attribué à la société Z.

Le Comité, qui n'a pu être éclairé davantage dès lors que la société X n'a pas souhaité être présente, relève, au vu des pièces du dossier qui lui ont été soumis, que :

- dès l'entrée de la société E France dans le capital de la société X, le 15 mars 2006, le bénéfice devant être effectivement retiré par la société E France de cette opération était fixé à un montant forfaitaire, indépendant du résultat de la SNC. En effet, les modalités de répartition des bénéfices, prévues par les statuts de la SNC X, conduisant à affecter plus de 96 % de son résultat à la société E France, étaient neutralisées par le jeu des promesses d'achat et de vente croisées, dès lors que l'application de ces dernières aboutissait, en cas de résultat bénéficiaire, à attribuer, dès l'origine, à la société E France une fraction du bénéfice égale à 2 217 000 euros (1,08 % du résultat de cette SNC), soit la différence entre le montant de 13 217 000 euros et les 11 millions d'euros représentant le remboursement des apports ;
- sur le plan financier, le produit résultant de cette opération pour le groupe E n'était pas directement lié au résultat de la société X ;
- par suite, le groupe E avait manifestement souhaité par cette opération réaliser le placement de ses excédents de trésorerie à court terme dans un produit financier proposé par la société P et dont le rendement était pour partie lié à la réalisation d'un événement de marché ;
- les conditions de ces promesses d'achat et de vente ne laissaient d'autre choix, sur le plan économique, à la société E France que de céder à la société Z les parts détenues dans la SNC X, avant la clôture de son exercice social, en cas de résultat déficitaire de cette dernière, et après la clôture, en cas de bénéfice ;
- les modalités juridiques utilisées pour le placement des fonds apportés par le groupe E, notamment la souscription à l'augmentation de capital de la SNC X, n'étaient motivées par aucun autre but que fiscal, la société X n'ayant pas apporté dans ses observations écrites transmises au Comité de justificatif probant.

Le Comité constate ainsi que l'entrée de la société E France dans le capital de la SNC X, les modalités de souscription à l'augmentation de capital de cette SNC, les clauses statutaires de répartition de son résultat, ainsi que les conditions fixées dans les promesses croisées d'achat et de vente de ses parts permettaient d'attribuer artificiellement à la société E France la quasi-totalité du bénéfice de cette SNC au titre de l'exercice clos en 2006, tout en neutralisant l'imposition apparente par application des règles applicables en cas de cession de titres d'une société de personnes, du fait de la cession des parts de la SNC prévue dès l'origine.

Il estime que l'ensemble de ces opérations caractérise un montage qui, sous l'apparence d'opérations présentant un intérêt autre que fiscal, a été inspiré, en réalité, par des motifs allant à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur lors de l'adoption des dispositions des articles 8 et 218 bis du code général des impôts, lesquels tendent à l'imposition effective au nom des associés d'une société de personnes des bénéfices réalisés à la date de clôture de l'exercice. En effet, ce montage artificiel a eu pour but exclusif de ne soumettre à une imposition effective qu'une part très marginale du bénéfice déclaré par la SNC X eu égard aux clauses statutaires de répartition du bénéfice fondées sur le capital libéré et à la rédaction des promesses d'achat et de vente qui, ainsi que cela était prévu dès l'origine, permettaient d'affecter à la société E France la quasi-totalité de son résultat déclaré en cas de réalisation d'un bénéfice et en évitant, par suite, l'imposition effective de ce bénéfice dès la clôture de l'exercice.

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.

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

➤ **Affaire n° 2012-36 concernant la SASU Z (Impôt sur les sociétés)**

La société par actions simplifiée (SAS) Z, filiale du groupe P, ayant pour objet statutaire la prise de participations, était associée de la société en nom collectif (SNC) X, créée en février 2006, et détenait 90 % des parts de cette société dont le capital s'élevait, avant l'augmentation de capital intervenue le 15 mars 2006, à 1 000 000 d'euros. La clôture de l'exercice de la SNC est fixée pour le premier exercice au 30 novembre 2006.

La société E France a souscrit à cette augmentation de capital, d'un montant de 204 millions d'euros, portant le capital social à 205 millions d'euros, divisé en 2 050 parts sociales au nominal de 100 000 euros.

La société E France s'est vue attribuer 110 parts (soit 5,37 % du capital) tandis que la société Z détenait le solde, soit 1 940 parts (soit 94,63 % du capital). A cette occasion, le capital a été partiellement libéré à hauteur d'un montant de 11 388 000 euros : la société E France a libéré la totalité de la valeur nominale de ses 110 parts sociales, soit 11 millions d'euros, tandis que la société Z ne libérait la valeur de ses 1 940 parts qu'à hauteur de 388 000 euros.

Aux termes de ses statuts mis à jour au 15 mars 2006, la société X a pour objet exclusif en France :

- l'acquisition auprès de P, de contrats optionnels au sens du 5 de l'article L. 211-1-II du code monétaire et financier sur l'indice CAC 40 dès lors qu'ils n'ont pas pour effet d'engager la société pour un montant total supérieur à 200 millions d'euros ;
- la conclusion avec P d'un contrat d'échange au sens du 3 de l'article L. 211-1-II du code monétaire et financier destiné à couvrir l'endettement financier contracté par la société ;
- la conclusion, en qualité d'emprunteur, d'un emprunt nominal de 189 millions d'euros auprès de la société E N, à échéance au 29 novembre 2006, dont le remboursement du nominal varie en fonction de l'évolution de l'indice CAC 40 ;
- et plus généralement, la conclusion de tout contrat et la réalisation de toutes autres opérations courantes strictement nécessaires à la réalisation de cet objet.

Conformément aux clauses statutaires, un prêt de 189 millions d'euros, pour une durée allant du 15 mars 2006 au 29 novembre 2006, a été consenti par la société E N à la SNC X. Selon les termes du contrat de prêt, le prêteur souhaitait faciliter l'activité de l'emprunteur et lui permettre ainsi la réalisation d'investissements dans des instruments financiers à terme conformément à son objet social selon des conditions financières adaptées. Ce prêt était rémunéré au taux Euribor 8/9 mois majoré de 3 points et visait à offrir une rentabilité supérieure au marché monétaire en contrepartie d'un risque en capital en cas de réalisation d'un événement de marché lié à l'évolution de l'indice CAC 40.

Pour le groupe E, l'investissement dans la SNC s'élevait donc à 200 millions d'euros, répartis entre un prêt de 189 millions d'euros par la société E N et une souscription au capital à hauteur de 11 millions d'euros par la société E France.

Au moyen des fonds ainsi apportés, la SNC X a conclu avec la société P neuf contrats d'options indexées sur le niveau de l'indice CAC 40 à la date de leur commencement le 15 mars 2006 et à chacune de leurs échéances s'échelonnant entre le 18 avril et le 24 novembre 2006.

L'administration a relevé que cet investissement avait donné lieu également aux opérations suivantes :

- au 15 mars 2006, la société E France s'était engagée, au terme de cette opération, à la cession des parts de la SNC X à la société Z par le biais de promesses croisées de vente et d'achat de ces titres. Selon la promesse de vente, la société E France s'engageait à céder l'intégralité de sa participation à la société Z, laquelle pouvait lever cette promesse du 1^{er} décembre 2006 au 4 décembre 2006 pour un prix calculé sur un montant correspondant à la plus faible des deux valeurs suivantes : 13 217 000 euros ou la part de l'actif net réévalué à la date du 24 novembre 2006 correspondant au nombre de parts détenues par le promettant, cette dernière valeur pouvant être révisée au vu des conclusions du rapport des commissaires aux comptes sur les comptes de

l'exercice clos le 30 novembre 2006 dans le cas où ce rapport ferait apparaître un montant d'actif net réévalué supérieur. Selon la promesse d'achat, la société Z s'engageait à acheter à la société E France l'intégralité de sa participation en une seule fois. La société E France pouvait lever la promesse d'achat à sa seule option soit le 27 ou le 28 novembre 2006, soit le 5 ou le 6 décembre 2006. L'option pouvait être exercée le 27 ou le 28 novembre, soit avant la clôture de l'exercice de la SNC X, seulement dans le cas où à la date de levée de la promesse, la valeur par part de la SNC X est inférieure au prix de souscription initial par part. Dans cette hypothèse, le prix est fixé au plus élevé de 8 813 000 euros ou la quote-part de l'actif net de la SNC X revenant à la société E France. La société E France pouvait lever la promesse le 5 ou le 6 décembre quelle que soit la valeur par part de la SNC X à la date de la levée. La date de cession ou d'acquisition de ces titres, ainsi que leur prix d'acquisition ou de cession étaient ainsi déterminés par ces promesses de manière à s'assurer du transfert de ces titres, avant la clôture de l'exercice social de la SNC X arrêté au 30 novembre 2006, uniquement en cas de déficit ;

- au 15 mars 2006, la SNC X avait conclu avec la société P un contrat portant pour la période allant du 15 mars 2006 au 29 novembre 2006 sur un montant notionnel de 189 millions d'euros. La société P verse un taux d'intérêt fixe de 3%. La SNC X verse à la société P un montant variable qui est égal au produit du montant notionnel, d'un taux fixe de 1,36 %, du nombre de jours de bourse au cours duquel l'évènement de marché a été constaté et du nombre de jours de l'opération ;

- au terme des contrats d'options sur indice, le 24 novembre 2006, la SNC X a réalisé, du fait de l'exercice de l'option prévue dans les contrats d'option sur indice, un gain net d'environ 208 millions d'euros, conduisant après imputation des charges, notamment d'intérêts, à la réalisation d'un bénéfice de 204 millions d'euros ;

- à la clôture de son exercice au 30 novembre 2006, le résultat bénéficiaire de la SNC X a été affecté, sur le plan fiscal, à hauteur d'un montant d'environ 197 millions d'euros à la société E France et le solde d'un montant d'environ 7 millions d'euros à la société Z, dès lors que la répartition du bénéfice entre les associés était fixée par les clauses statutaires de cette SNC à proportion du seul capital libéré ;

- au 1er décembre 2006, soit après la clôture de l'exercice de la SNC X, la société E France a cédé à la société Z les titres de cette société en exécution de la promesse de vente conclue le 15 mars 2006. Cette cession a conduit à la constatation d'une plus-value comptable de 2,217 millions d'euros par la société E France et d'une moins-value fiscale à court terme d'un montant de 195 millions d'euros. Cette moins-value a, conformément aux règles applicables en la matière, été imputée immédiatement sur sa quote-part de bénéfice de la SNC X (197 millions d'euros), laissant à la société E France un résultat imposable d'environ 2 200 000 euros correspondant à la plus-value économique.

Par une proposition de rectification en date du 22 décembre 2009, l'administration a considéré que ces différentes opérations dissimulaient, sous une apparence juridique complexe, une simple opération de placement sans risque à court terme de la trésorerie du groupe E par la société Z et que ce montage conduisait à l'application de manière littérale des règles d'imposition prévues pour les sociétés de personnes aboutissant à un résultat contraire aux objectifs poursuivis par le législateur dans la mesure où il a eu pour but exclusif de permettre à la société Z la non-imposition d'une somme d'environ 197 millions d'euros. L'administration a mis en œuvre les dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales relatives à l'abus de droit pour remettre en cause ce montage et a estimé que le bénéfice de 204 millions d'euros de la SNC X devait être intégralement attribué à la société Z.

Le Comité, qui n'a pu être éclairé davantage dès lors que la société Z n'a pas souhaité être présente, relève, au vu des pièces du dossier qui lui ont été soumis, que :

- dès l'entrée de la société E France dans le capital de la SNC X, le 15 mars 2006, le bénéfice devant être effectivement retiré par la société E France de cette opération était fixé à un montant forfaitaire, indépendant du résultat de la SNC. En effet, les modalités de répartition des bénéfices, prévues par les statuts de la SNC X, conduisant à affecter plus de 96 % de son résultat à la société E France, étaient neutralisées par le jeu des promesses d'achat et de vente croisées, dès lors que l'application de ces dernières aboutissait, en cas de résultat bénéficiaire, à attribuer, dès l'origine, à la société E France une fraction du bénéfice égale à 2 217 000 euros (1,08 % du résultat de cette

SNC), soit la différence entre le montant de 13 217 000 euros et les 11 millions d'euros représentant le remboursement des apports ;

- sur le plan financier, le produit résultant de cette opération pour le groupe E n'était pas directement lié au résultat de la société X ;

- par suite, le groupe E avait manifestement souhaité par cette opération réaliser le placement de ses excédents de trésorerie à court terme dans un produit financier proposé par la société P et dont le rendement était pour partie lié à la réalisation d'un événement de marché ;

- les conditions de ces promesses d'achat et de vente ne laissaient d'autre choix, sur le plan économique, à la société E France que de céder à la société Z les parts détenues dans la SNC X, avant la clôture de son exercice social, en cas de résultat déficitaire de cette dernière, et après la clôture, en cas de bénéfice ;

- les modalités juridiques utilisées pour le placement des fonds apportés par le groupe E, notamment la souscription à l'augmentation de capital de la SNC X proposée à ce groupe par la société Z, n'étaient motivées par aucun autre but que fiscal. En effet, si dans ses écritures, la société Z a fait valoir que ces opérations présentaient pour elle un intérêt économique, justifiant par suite l'impossibilité de retenir la qualification d'abus de droit, au motif qu'elles répondent à des objectifs financiers aussi bien pour le groupe P que pour le groupe E, le Comité relève que, parallèlement au montage remis en cause par l'administration, une seconde SNC détenue par la société Z avait conclu avec P des contrats d'options sur indice symétriques, à hauteur également de 200 millions d'euros, financés suivant les mêmes modalités et par la conclusion d'actes similaires à ceux adoptés pour ce montage, garantissant ainsi à la société Z, quelle que soit l'évolution de l'indice CAC 40, la réalisation d'une opération globalement équilibrée sur le plan financier et sans risque réel sur le plan économique, mais permettant dans toutes les hypothèses d'atténuer sa charge fiscale.

Le Comité constate ainsi que l'entrée de la société E France dans le capital de la SNC X, les modalités de souscription à cette augmentation de capital par la société Z, les clauses statutaires de répartition du résultat de cette SNC, ainsi que les conditions fixées dans les promesses croisées d'achat et de vente de ses parts permettaient d'attribuer artificiellement à la société E France la quasi-totalité du bénéfice de cette SNC au titre de l'exercice clos en 2006, tout en neutralisant l'imposition apparente par application des règles applicables en cas de cession de titres d'une société de personnes, du fait de la cession des parts de la SNC prévue dès l'origine.

Il estime que l'ensemble de ces opérations caractérise un montage qui, sous l'apparence d'opérations présentant un intérêt autre que fiscal, a été inspiré, en réalité, par des motifs allant à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur lors de l'adoption des dispositions des articles 8 et 218 bis du code général des impôts, lesquels tendent à l'imposition effective au nom des associés d'une société de personnes des bénéfices réalisés à la date de clôture de l'exercice. En effet, la société Z doit être regardée comme ayant poursuivi le but exclusivement fiscal de ne soumettre à une imposition effective à son nom qu'une part très marginale de ce bénéfice eu égard, d'une part, aux clauses statutaires de répartition du bénéfice fondées sur le capital libéré et, d'autre part, à la rédaction des promesses d'achat et de vente qui, ainsi que cela était prévu dès l'origine, conduisaient cette société à lever l'option concernant les titres de la SNC X, avant ou après la clôture de l'exercice, suivant la situation de cette dernière société et permettaient ainsi, du fait de la répartition du bénéfice, par une option exercée postérieurement à la clôture de l'exercice, la fiscalisation apparente de ce bénéfice attribué à l'autre associé et en évitant, par suite, compte tenu de ce montage, l'imposition effective du bénéfice réalisé dès la clôture de l'exercice.

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.

Enfin, le Comité estime que la société Z 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.