

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 23 septembre 2014 : avis rendus par le comité de l'abus de droit fiscal commentés par l'administration (CADF/AC n° 6/2014).

➤ **Affaire n° 2014-13 concernant M. et Mme T**

Au cours de l'année 2004, le groupe E a fait l'objet d'un rachat dans le cadre d'une opération de "leverage buy out" (LBO) par le groupe W.

Dans ce contexte, le groupe W a mis en place un dispositif permettant aux cadres du groupe E par l'intermédiaire de la société A, d'acquérir des actions à bons de souscription d'actions dites "ABSA Ratchet" d'une des sociétés holding du groupe W, la société B, intervenant dans le financement de cette opération de LBO.

Préalablement à sa souscription au capital de la société A, M. T a accepté le 29 septembre 2004 les conditions du pacte d'actionnaires relatif à cette société fixées par l'associé unique, la société luxembourgeoise C, appartenant au groupe W. Ce pacte comprend un droit de cession obligatoire au profit du groupe W en cas de cession de contrôle du groupe E. Il prévoit aussi un droit de cession conjoint au profit des cadres de E des actions de la société A en cas de cession de contrôle du groupe E et en l'absence d'exercice par le groupe W de son droit de cession obligatoire. Il stipule également qu'aucun titre de la société A ne peut être cédé sans l'accord du groupe W conformément à l'article 9 des statuts de cette société. En outre le groupe W s'engage à examiner de bonne foi toute demande d'agrément déposée dans le cadre d'une cession de titres envisagées par un dirigeant au profit d'une société holding constituée à des fins patrimoniales, cet agrément étant subordonné à la satisfaction de plusieurs conditions cumulatives.

Le même jour, M. T, président directeur général de la SA E, a signé au profit du groupe W une promesse unilatérale d'achat et de vente de ses actions de la société A en cas de cessation de ses fonctions au sein du groupe E, quelles que soient les circonstances de son départ ou de violation d'une disposition importante des accords qu'il a conclus.

Le 20 octobre 2004, la société luxembourgeoise D, créée deux jours auparavant par M. T, souscrit à l'augmentation de capital de la société A à hauteur de 350 000 actions pour un prix unitaire de 2 euros, soit un montant global de 700 000 euros. Cette souscription est financée à l'origine à hauteur de 500 000 euros par un emprunt contracté par la société D auprès de la banque X France, le solde étant financé par un apport de son associé. Préalablement, par un courrier du 26 mai 2005, le groupe W s'est engagé à verser une somme nette d'impôts et de charges à M. T de 500 000 euros par la prise en charge indirecte du coût de l'emprunt contracté pour financer les titres de la société A, gagé par ces mêmes titres.

Le 22 décembre 2005, par un acte de donation-partage, M. T transmet les 500 actions de la société D à ses enfants et se réserve l'usufruit.

Le 26 juin 2006, l'emprunt de 500 000 euros contracté par la société D est remboursé. La banque X France consent à la société D une nouvelle ligne de crédit d'un montant de 2 500 000 euros gagée par les titres de la société A. Cette ligne de crédit est portée le 22 janvier 2008 à

3 500 000 euros. Cette trésorerie est utilisée par la société D pour réaliser des investissements en valeurs mobilières de placement.

Le 20 mai 2008, la société C exerce le droit de cession obligatoire prévu par le pacte d'actionnaires relatif à la société A et acquiert ainsi le 23 mai 2008 les actions de la société A détenues par la société D sur la base du prix offert par la société cessionnaire du groupe E, soit à un prix unitaire de 32,34 euros par action.

La plus-value réalisée sur la cession des 350 000 actions par la société D n'a fait l'objet d'aucune taxation, cette société bénéficiant du régime luxembourgeois d'exonération des plus-values de cession sur les titres de participation.

Par une proposition de rectification en date du 14 décembre 2012, substitutive à celle adressée le 5 décembre 2011, l'administration a considéré que, sous le couvert d'une gestion patrimoniale, l'interposition de cette société luxembourgeoise était constitutive d'un montage artificiel qui n'avait eu d'autre motif que de faire échapper à toute imposition le gain réalisé lors de cette cession. Elle a mis en œuvre la procédure d'abus de droit sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales pour remettre en cause ce montage et ainsi imposer ce gain entre les mains de M. T.

Le Comité a entendu ensemble le conseil de M. T, ainsi que les représentants de l'administration.

Le Comité rappelle en premier lieu qu'il n'entre pas dans ses attributions de se prononcer sur la question de la prescription invoquée par M. T dans ses observations écrites.

Il souligne en second lieu que la seule question qui lui est soumise porte sur le point de savoir si en interposant une société holding de droit luxembourgeois, le contribuable a procédé à un montage poursuivant un but exclusivement fiscal. La réponse à cette question dépend de l'existence ou non d'une véritable substance pour cette société patrimoniale.

A cet égard, le Comité relève que la société D, qui n'est pas fictive, a effectivement une substance. Elle dispose en effet d'un patrimoine propre constitué dans un premier temps des actions de la société A et de valeurs mobilières de placement acquises au moyen des lignes de crédit obtenues par le nantissement des titres de cette société, puis du placement des liquidités provenant de la cession des titres de la société A, ayant vocation à terme à être transmis aux enfants du contribuable à raison du démembrement de propriété opéré sur ces titres.

Le Comité estime que les circonstances alléguées par l'administration tirées du fait que, d'une part, les actions de la société A détenues par la société holding de droit luxembourgeois ne pouvaient pas être cédées en dehors des conditions prévues par le pacte d'actionnaires de sorte que les organes dirigeants de cette société ne pouvaient prendre aucune décision pendant la durée de ce pacte et, d'autre part, cette société holding domiciliée au siège de la banque X au Luxembourg ne détenait aucune compétence propre, ne sauraient à elles seules caractériser une absence de substance de cette société patrimoniale. Il en déduit que, si elle a bien poursuivi un objectif fiscal, l'interposition de cette société ne peut être regardée comme ayant été motivée par un but exclusivement fiscal.

En conséquence, au vu des pièces du dossier et faute d'avoir pu, lors de l'audition, disposer d'éléments portant sur les modalités particulières du financement de l'investissement réalisé par M. T et sur leurs conséquences, le Comité émet l'avis que l'administration n'était pas fondée en l'espèce 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 décidé de ne pas se ranger à l'avis émis par le Comité. L'administration estime que la circonstance que les organes dirigeants de la société interposée ne pouvaient prendre aucune décision pendant la durée du pacte (et donc jusqu'à la cession des actions détenues par ladite société) caractérise l'absence de substance de cette société patrimoniale.

➤ **Affaire n° 2014-08 M. et Mme A**

Le 29 juillet 2005 Monsieur A a créé la SARL X avec un capital de 2 000 euros divisé en 200 parts sociales d'un nominal de 10 euros.

Le 16 mars 2006 dans le cadre d'une augmentation de capital de la SARL X, Monsieur A lui a apporté 4 100 actions qu'il détenait dans la SA Y évaluées à 2 000 000 euros. Monsieur A a reçu en contrepartie 200 000 parts de la société X d'un nominal de 10 euros. La plus-value résultant de cet apport a bénéficié d'un sursis d'imposition en application des dispositions de l'article 150-0 B du code général des impôts.

Le 28 janvier 2009, la SARL X a cédé les 7 218 titres de la SA Y qu'elle détenait pour un prix de 27 283 580 euros. La SARL a ainsi comptabilisé une plus-value à long terme d'un montant de 24 922 069 euros, qui n'a pas été imposée sous réserve de la quote part de frais et charges.

Le 13 mars 2009, Monsieur A, associé unique de la SARL X, a apporté l'intégralité des titres de cette société à la SA Z, société de participations financières de droit luxembourgeois constituée à cet effet, pour une valeur de 26 086 000 euros. Il a reçu en contrepartie 260 860 actions, d'un montant nominal de 100 euros, de la SA Z dont il était le dirigeant et l'associé unique

Le 5 mai 2009, en sa qualité d'associée unique de la SARL X, la SA Z a décidé le versement de dividendes d'un montant de 24 390 362 euros à son profit. Le même jour, la SA Z, a décidé de réduire le capital de la SARL X de 1 687 686 euros, le ramenant de 2 002 000 euros à 314 314 euros, par réduction du nominal de 10 euros à 1,57 euros. Cette réduction de capital, non motivée par des pertes, a donné lieu à un remboursement en numéraire au profit de l'associée unique.

Depuis le 16 juin 2009, selon les indications portées sur sa déclaration de revenus de l'année 2009, Monsieur A est devenu résident fiscal de Malaisie.

Par assemblée générale extraordinaire du 11 décembre 2009, la SA Z décide de supprimer le nominal de ses actions et de ramener son capital de 26 086 000 euros à 1 000 000 euros. La réduction de capital a entraîné le versement de 25 086 000 euros au compte courant d'actionnaire de Monsieur A. Par lettre du 11 février 2010, Monsieur A a sollicité le remboursement de son compte courant auprès de la société Z.

L'administration a estimé que la SA Z, dénuée de substance économique, n'avait été créée que pour permettre à Monsieur A d'appréhender en franchise d'impôt la plus grande partie de la trésorerie disponible de la SARL X après la cession des titres qu'elle détenait dans la société Y. L'administration en a déduit que Monsieur A, bénéficiaire réel des dividendes versés par la Sarl X le 5 mai 2009, avait éludé l'impôt dont il était normalement redevable. L'administration a donc mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L 64 du livre des procédures fiscales, et a imposé entre les mains de Monsieur A la somme de 24 390 362 euros dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, avec application de l'abattement de 40 % prévu à l'article 158-3-2° du code général des impôts..

L'administration a par ailleurs considéré que Monsieur A était le bénéficiaire réel de la somme de 1 687 686 euros versée par la SARL X à la SA Z le 9 juin 2009 dans le cadre de la réduction de capital décidée le 5 mai précédent et qu'il encourait donc la déchéance du sursis d'imposition dont avait bénéficié l'opération d'apport des titres de la société Y à la SARL X le 16 mars 2006. La plus-value taxable, soumise à l'impôt proportionnel, a été présumée égale à la valeur d'apport des titres, soit 2 000 000 euros, en l'absence de tout élément concernant le prix de souscription par le contribuable des titres de la société Y.

Après avoir entendu ensemble le conseil de Monsieur A ainsi que le représentant de l'administration, le Comité constate que, en réduisant son capital de 26 086 000 euros à 1 000 000 euros, soit une réduction de 25 086 000 euros, la SA Z a permis la distribution à Monsieur A, par remboursement de son compte courant d'associé, de l'essentiel de la plus-value réalisée lors de la cession des titres Y, et que, en l'absence de création de la SA Z, cette distribution aurait été soumise à l'impôt.

Le Comité estime, au vu de l'ensemble des éléments portés à sa connaissance, que la création de la SA Z procède d'un montage purement artificiel ayant pour seul but de permettre, du fait de l'interposition de cette société, d'une part, l'appréhension, en franchise d'impôt, par Monsieur A des liquidités résultant de la cession par la SARL X des parts de la société Y et, d'autre part, le maintien du régime du sursis d'imposition dont avait bénéficié l'opération d'apport des titres de la société Y à la SARL X le 16 mars 2006.

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.

Enfin, le Comité estime que Monsieur A doit être regardé comme ayant eu l'initiative principale des actes constitutifs de l'abus de droit et le principal bénéficiaire au sens du b) de l'article 1729 du code général des impôts. Il émet par suite l'avis que l'administration était 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° 2014-15 M. et Mme H***

Monsieur H, avocat, exerce son activité libérale au sein de la SELARL H et Associés. Il n'a perçu aucune rémunération ni aucun dividende au titre des années 2008 et 2009. Il contrôle également la SARL M ayant pour gérante son épouse. Cette société, relevant de l'article 8 du code général des impôts, exerce une activité de marchand de biens. La SA X est une filiale à 95 % de la SELARL H et Associés et a pour dirigeante l'épouse de M. H. Cette société exerce une activité de recouvrement de créances et fournit des prestations de service de tenue de comptabilité ou de formation en alternance. La SARL Y, filiale de la SA X, a pour gérante l'épouse de M. H et exerce une activité d'agent immobilier.

Le 15 novembre 2008 la SARL M a émis un billet à ordre de 100 000 euros à échéance du 15 janvier 2009 au profit de Monsieur H ce dernier détenait alors un compte courant créditeur au sein de la SARL M. Le 30 novembre 2008, le billet à ordre a été endossé par Monsieur H au profit de la SELARL H & Associés. L'enregistrement du billet à ordre dans les comptes de la SELARL s'est traduit par le crédit de son compte courant, faisant passer ce dernier d'une position débitrice de 38 956 euros à un solde créditeur de 61 044 euros.

Le 10 janvier 2009, le billet à ordre a été endossé par la SELARL H & Associés au profit de la SARL X. L'écriture comptable traduit un remboursement de compte courant. Le compte débiteur de la SELARL dans les écritures de la société X est réduit de 100 000 euros, passant de 518 365 euros à 418 365 euros.

Le billet à ordre a ensuite été endossé le 13 janvier 2009 par la société X au profit de la SARL Y. Le compte courant créditeur qu'elle détient dans les écritures de la société X passe de 230 898 euros à 130 898 euros.

Enfin le 14 janvier 2009, la société Y a endossé le billet à ordre, émis le 15 novembre 2008 par la SARL M, au profit de cette dernière. Ce dernier endossement se traduit par une augmentation de 100 000 euros de la dette de la SARL M à l'égard de la SARL Y.

L'administration a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit prévue à l'article L.64 du livre des procédures fiscales afin d'écartier les conséquences du billet à ordre et de reconstituer le compte courant de Monsieur H dans les écritures de la SELARL H & Associés tel qu'il se serait présenté en l'absence de ce billet à ordre. Cette reconstitution au 31 décembre 2008 a fait apparaître un prélèvement net de 41 375 euros au cours de cet exercice et de 55 955 euros au cours de l'exercice 2009.

Les prélèvements ainsi déterminés ont été considérés comme une libéralité occulte au sens de l'article 111 c du code général des impôts. Ce revenu a été imposé au titre des revenus de capitaux mobiliers n'ouvrant pas droit à abattement. Le rehaussement a été assorti des pénalités de 80 % prévu par le b) de l'article 1729 du code général des impôts.

Par ailleurs, la SCI Z, relevant des dispositions de l'article 8 du code général des impôts, et détenue à 99,6 % par la SNC N elle-même détenue à 100 % par la SARL M, elle-même détenue à 100 % par Monsieur H, a fait l'objet d'un rehaussement consistant à refuser la déduction d'une charge exceptionnelle née de la perte sur les titres souscrits par la SCI dans le capital de la SARL I. La souscription avait été effectuée par l'incorporation au capital de la SARL I de la dette de cette dernière à l'égard de la SCI Z. Cette dette était née de la circulation d'un billet à ordre fictif entre les sociétés du groupe animé par Monsieur H. Ce billet à ordre a été considéré par l'administration comme un acte fictif dont tous les effets ont été également considérés comme

devant être écartés. Le redressement a également été effectué en application de la procédure d'abus de droit prévue à l'article L 64 du livre des procédures fiscales.

L'administration a estimé que le redressement proposé à la SCI, compte tenu de la transparence fiscale de cette dernière, devait se décliner au niveau de la situation personnelle de Monsieur H. Elle a donc procédé à une rectification de son déficit industriel et commercial le faisant passer de 683 801 euros à 3 065 euros.

Après avoir entendu ensemble le contribuable et son conseil ainsi que le représentant de l'administration, le Comité relève les éléments suivants :

1/ S'agissant des conséquences de l'émission et de l'endossement du billet à ordre, le Comité constate que le dernier endossement critiqué par l'administration a eu pour effet d'augmenter la dette de la SARL M vis à vis de la société Y. Le Comité relève par ailleurs que cette dette a généré une rémunération au profit de la société Y, et ce conformément à la convention qui liait les deux sociétés.

Le Comité constate également, qu'au moment de l'apurement du compte courant d'associé de Monsieur H, la réalité du billet à ordre n'a pas été contestée par l'administration. Il en déduit que le dernier endos de ce billet à ordre ne peut avoir pour effet de priver de cause le billet à ordre à son origine et lors de son endos par Monsieur H au profit de la SELARL H et Associés.

Le Comité en déduit que la fictivité du billet à ordre n'est pas établie et émet en conséquence l'avis que l'administration n'était pas fondée à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit prévue par l'article L.64 du Livre des procédures fiscales.

2/ S'agissant du redressement notifié au contribuable et consécutif aux redressements notifiés par l'administration à la SCI Z, le Comité note qu'il résulte de la simple application du régime prévu à l'article 8 du code général des impôts.

Le Comité émet en conséquence l'avis que l'administration était fondée à mettre en œuvre à l'encontre du contribuable la procédure prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales et à tirer sur ce fondement toutes les conséquences du redressement notifié à la SCI sur ce même fondement. Le Comité estime en outre que Monsieur H doit être regardé comme ayant eu l'initiative principale des actes constitutifs de l'abus de droit au sens du b) de l'article 1729 du code général des impôts. Il émet par suite l'avis que l'administration était fondée à appliquer la majoration de 80 % prévue par ces dispositions.

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