

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 6 décembre 2013 : avis rendus par le comité de l'abus de droit fiscal commentés par l'administration (CADF/AC n° 11/2013).

➤ ***Affaire n° 2013-44 concernant la SAS S (impôt sur les sociétés)***

Au printemps 2006, la société X a lancé une offre publique d'achat (OPA) sur sa filiale américaine, la société Y Inc, holding détenant les titres des sociétés opérationnelles américaines du groupe X. Au terme de cette OPA intervenue le 31 mai 2006, la société Y a absorbé la société créée dans le cadre de cette opération en vue du rachat des parts détenues par les actionnaires minoritaires et a ainsi repris au passif de son bilan la dette liée à cette OPA.

I - L'administration a considéré que les opérations intervenues en 2006 et 2007 postérieurement à l'OPA étaient constitutives, sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, de deux abus de droit distincts.

A) Le premier abus de droit est fondé sur la fraude à la loi.

A l'automne 2006, le groupe X a décidé de modifier les modalités de financement de la dette liée à cette OPA. A cette fin, la société Z a été créée le 10 octobre 2006.

Le 16 octobre 2006, les statuts de la société Z sont modifiés afin de permettre l'émission de différentes catégories d'actions : 8 564 actions ordinaires de catégorie A auxquels est attaché un droit de vote de 1,46 voix, 15 981 actions de préférence de catégorie B sans droit de vote et 1 406 actions ordinaires avec un droit de vote attaché d'une voix. Ces actions, toutes d'une valeur nominale de 0,01 dollar américain, donnent droit à un dividende semi-annuel fixe de 2 850 euros. Toutefois, le dividende attribué aux actions de catégorie B est précipitaire, cumulatif et reportable en avant.

Le même jour, les actions ordinaires de catégorie A de la société Z sont souscrites par la société Y en contrepartie de l'apport de certaines de ses filiales opérationnelles américaines.

Le 17 octobre 2006, la société Y a conclu avec la société Z un contrat de souscription portant engagement par cette dernière de lui vendre, le même jour, les actions préférence de catégorie B. Le même jour, la société S a signé avec la société Y une convention de cession et de prise en charge (" assignment and assumption agreement ") prévoyant le transfert par la société Y de son droit de souscription des actions de catégorie B de la société Z. La société S souscrit ainsi le même jour à l'émission des actions préférence de catégorie B de la société Z et des actions ordinaires de catégorie C de cette même société représentant un peu plus de 10 % du capital social de Z. Cette souscription est financée par la société S en tirant sur le compte courant de sa société mère X.

Toujours le même jour, un accord de rachat à terme (" forward sale agreement ") est signé entre les sociétés S et Y selon lequel les deux parties s'engagent respectivement à vendre et à acheter les 15 981 actions de préférence de catégorie B de la société Z, dans un délai de cinq ans renouvelable une fois, à un prix correspondant au montant actualisé du prix de souscription de ces actions.

Le 17 octobre 2006, un accord de garantie (“ guaranty agreement ”) est également conclu entre les sociétés Y et Z en vertu duquel la société Y s’engage à mettre à la disposition de la société Z les disponibilités nécessaires au paiement des dividendes attachés aux actions de préférence de catégorie B.

A l’issue de ces opérations, les liquidités apportées à la société Z par la société S en contrepartie de la souscription des actions de préférence de catégorie B, soit 2 022 050 000 dollars, ont été mises indirectement à la disposition de la société Y afin de lui permettre de rembourser à sa société mère X la majeure partie de la dette liée à l’OPA. La société Z a ainsi accordé un prêt de 600 millions dollars à ses filiales américaines opérationnelles afin qu’elles puissent honorer le paiement, à la société Y, de dividendes dont la décision de distribution était intervenue avant l’apport de ces mêmes filiales à la société Z. Cette dernière société accorde, en outre, un prêt d’un montant de 1,4 milliard de dollars américains à l’une des filiales de la société Y, la société W, qui prête immédiatement cette même somme à sa société mère.

L’administration a estimé que, par les différents contrats conclus le 17 octobre 2006, plus particulièrement le contrat de rachat à terme (“ forward sale agreement ”) des actions de préférence de catégorie B de la société Z, révélaient un montage purement artificiel ayant eu pour but exclusivement fiscal de permettre à la société S d’exonérer, par l’application des dispositions de l’article 145 du code général des impôts (CGI), l’imposition des dividendes mis en distribution au titre de ces actions, alors que ces sommes constituent en réalité des intérêts et, par suite devaient être imposées.

L’administration a en effet constaté que la souscription des actions de préférence de catégorie B avait emporté, compte tenu notamment du contrat de rachat à terme de ces actions (“ forward sale agreement ”) des conséquences similaires à l’octroi d’un prêt à la société Y garanti par ces mêmes actions. Elle a ainsi relevé que la société S n’encourrait aucun risque au titre de cet investissement, dès lors notamment que le remboursement de son nominal lui était été assuré au terme d’une période de cinq ou dix ans, quelle que soit la valeur de la société Z, et que le paiement des dividendes d’un montant fixe lui était également assuré par le contrat de garantie conclu entre les sociétés Y et Z.

Elle a également relevé que l’adoption de ces différents actes, notamment le contrat de “ repurchase agreement opérations ”, avait conduit à considérer aux Etats-Unis cet investissement de la société S en titres de préférence de catégorie B, au niveau des sociétés Y et Z, comme une dette et, par suite à admettre en déduction du résultat imposable les dividendes versés à raison de ces actions.

L’administration en a conclu que ce montage purement artificiel ayant un but exclusivement fiscal caractérisait un abus de droit, dès lors qu’il allait à l’encontre de l’intention du législateur lors de l’ouverture du régime mères et filiales aux actions sans droit de vote par l’article 39 de la loi de finances rectificative pour 2005.

L’administration a ainsi requalifié les dividendes versés au titre des actions de préférence de catégorie B en intérêts. Elle a en conséquence rehaussé le résultat imposable à l’impôt sur les sociétés de la société S du montant des dividendes s’élevant, compte tenu de la quote-part de frais et charges, prévue à l’article 145 du CGI, à 86 537 115 euros au titre de chacun des exercices 2007, 2008 et 2009.

B) Le second abus de droit est également fondé sur la fraude à la loi.

Après l’instauration du régime des intérêts notionnels en Belgique au 1^{er} janvier 2006, la société X a transféré, à compter de septembre 2007, l’activité de gestion du financement externe à court terme du groupe X et de “ cash pooling ” à sa filiale belge, la société A. Pour permettre à la société A d’exercer cette activité, la société X a procédé au cours des années 2007 et 2008 à plusieurs augmentations de capital de sa filiale belge.

A la suite du transfert de cette activité à la société A, la société S a contracté, le 17 septembre 2007, un emprunt, auprès de sa société sœur belge, d’un montant de 3,6 milliards d’euros d’une durée de cinq ans, rémunéré au taux EURIBOR 3 mois majoré de 0,70 point.

Le 18 septembre 2007, la société S rembourse à sa société mère son compte courant d’un montant de 3,6 milliards d’euros.

Le lendemain, la société X capitalise la société A à hauteur de 3,9 milliards d'euros au moyen des fonds provenant du remboursement des comptes courants de sa filiale S d'un montant de 3,6 milliards d'euros, ainsi que d'une autre de ses filiales, la société B, refinancée suivant le même procédé pour un montant de 300 millions d'euros.

Dix-huit mois après ce refinancement de la société S par la société A, les conditions de financement de la société S existant avant septembre 2007 sont rétablis. Ainsi, le 18 mars 2009, la société S rembourse le solde de son emprunt auprès de la société A en tirant sur le compte courant de sa société mère et cette société belge réduit son capital de même montant.

L'administration a estimé que l'augmentation de capital de la société belge A souscrite par la société X, l'emprunt contracté auprès de cette société belge par la société S et le remboursement par cette dernière du compte courant de sa société mère X dissimulaient en réalité, par l'interposition de la société belge A, une augmentation de capital de la société S.

Elle a ainsi relevé que la société A n'était pas autonome par rapport à sa société mère X que ce soit en termes de moyens humains et matériels sur la période considérée, mais également décisionnel et qu'elle ne supportait pas réellement de risque financier du fait de l'octroi des prêts aux sociétés du groupe X, ces risques étant supportés *in fine* par sa société mère.

Elle a constaté par ailleurs que ces trois opérations financières en boucle avaient été effectivement réalisées le même jour, sans apport de nouveau financement extérieur au groupe X et que le refinancement de la société S n'était justifié par aucun besoin de refinancement, ni par des conditions d'emprunt plus avantageuses.

Elle en a conclu que ces opérations caractérisaient un montage purement artificiel ayant un motif exclusivement fiscal et étaient constitutives d'un abus de droit, dès lors que ce montage allait à l'encontre de l'intention du législateur d'admettre, en matière de déduction des charges financières, que la seule déduction des charges supportées pour le financement d'un endettement.

L'administration a ainsi rejeté la déduction du résultat imposable à l'impôt sur les sociétés de la société S des charges d'intérêts dus à la société A s'élevant au titre des exercices clos en 2007, 2008 et 2009 respectivement à 49 858 900, 180 024 675 et 26 358 750 euros.

II - La société S fait valoir, sur le premier abus de droit, en premier lieu que, compte tenu de l'absence d'actionnaires tiers au groupe X dans la chaîne de détention de la société Z, la société Y et elle-même, appartenant au même groupe, ont une union d'intérêt pour exercer un contrôle commun dans la vie de la société Z de sorte que son *affectio societatis* dans sa participation au capital de cette dernière société n'est pas sérieusement contestable.

Elle soutient en deuxième lieu que la réalité et le fonctionnement de la société Z, et en conséquence sa participation dans la vie de cette société, ne peuvent être appréciés qu'au regard des règles juridiques de l'Etat dans laquelle cette société est immatriculée et résidente et qu'au regard des règles applicables dans l'Etat du Delaware la nature juridique de dividendes distribués par la société Z ne peut être remise en cause.

Elle fait valoir en troisième et dernier lieu que sa participation au capital de la société Z ne résulte pas d'un montage artificiel déguisant une opération de prêt garantie par une remise de titres et n'a pas pour objet exclusif la recherche du bénéfice de l'article 145 du code général des impôts contrairement à l'intention du législateur dès lors que les opérations de réalisation de son investissement ne caractérisent pas une telle opération de prêt garanti, qu'elle est libre d'arbitrer entre les deux modes de financement de cette société en capital plutôt que par de la dette et que la société Y n'a jamais été propriétaire des actions de catégorie B de la société Z et ne peut les avoir remis en garantie.

La société S soutient que, pour le second abus de droit, les opérations d'augmentation de capital et de prêt ne procèdent pas d'actes fictifs et que l'administration n'apporte pas la preuve qu'elle a poursuivi un but exclusivement fiscal. Elle expose qu'elle a substitué une charge d'intérêt auprès de la société de droit belge A à une charge d'intérêt sur son financement obtenu auprès de la société X et que le financement mis en place n'a entraîné aucun avantage fiscal particulier, son résultat fiscal n'ayant pas été altéré.

Après avoir entendu ensemble, les représentants de la société et les représentants de l'administration, le Comité s'est prononcé sur chacun des abus de droit dans les termes suivants.

A) S'agissant de l'abus de droit relatif au régime des sociétés mères et filiales :

Le Comité a relevé que :

- l'apport en capital de la société S à la société Z par la souscription des actions de préférence de catégorie B avait en définitive bénéficié à la société Y par le biais de prêts accordés par la société Z aux filiales opérationnelles américaines ;
- les actions de catégorie B de la société Z dont la souscription était initialement prévue contractuellement par la société Y ont été en définitive souscrites par la société S et devaient revenir au terme d'une période de cinq ans, renouvelable une fois, à la société Y moyennant le paiement d'une somme correspondant à leur valeur nominale actualisée ;
- les droits associés aux actions de préférence de catégorie B de la société Z, ainsi que les clauses du contrat de rachat à terme conclu entre la société S et la société Y et du contrat de garantie signé entre les sociétés Y et Z, avaient eu pour effet de donner à la société S des droits comparables à ceux dont aurait bénéficié cette dernière si elle avait accordé un prêt à la société Y assorti de l'octroi en garantie des actions de préférence de catégorie B ;
- ce schéma financier complexe visant *in fine* à refinancer la société Y n'était justifié par aucun motif économique, mais seulement par la volonté de réduire la charge d'impôt du groupe X en France tout en maintenant la déduction aux Etats-Unis de la rémunération des fonds prêtés à la société Y.

Le Comité a noté en outre que l'administration faisait valoir sans être contredite que la société Z ne disposait d'aucun salarié, n'avait réalisé aucune prestation, n'avait effectué aucun investissement autre que la détention des titres des filiales opérationnelles nord-américaines détenues antérieurement par la société Y, n'avait constaté aucun dividende en provenance de ces filiales et était dirigée par des administrateurs de la société Y tandis que la société S ne disposait d'aucun représentant au conseil d'administration.

Le Comité déduit de l'ensemble des éléments portés à sa connaissance :

- que, d'une part, les différents actes conclus, le 17 octobre 2006, entre les sociétés S, Y et Z, traduisaient formellement une prise de participation de la société S dans la société Z par la souscription des actions de préférence de catégorie B, alors qu'ils constituaient en réalité un ensemble contractuel ayant pour objet le refinancement de la société Y par la société S sous la forme d'un prêt garanti par ces actions ;
- et, d'autre part, que ce montage artificiel avait un but exclusivement fiscal en permettant d'éviter l'imposition, par l'application du régime des sociétés mères et filiales, de la majeure partie des revenus attachés aux actions de préférence de catégorie B, qui représentaient l'investissement principal de la société S dans la société Z.

Ce montage allait ainsi à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur, lorsqu'il a étendu ce régime aux actions sans droit de vote, dont relèvent les actions de préférence de catégorie B, lesquelles doivent constituer l'accessoire d'une participation substantielle.

Par suite, 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 S doit être regardée comme ayant été à 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 donc l'avis que l'administration est fondée à appliquer la majoration de 80 % prévue par ces dispositions.

B) S'agissant de l'abus de droit relatif à la déduction des intérêts d'emprunt :

Le Comité relève que le montage fait intervenir la société de droit belge A dans une opération en boucle réalisée en deux jours et dont les avantages sont restés sans incidence sur la situation de la société S. Il observe en effet que cette société aurait, en l'absence de cette opération de refinancement par la société A, déduit de son résultat imposable à l'impôt sur les sociétés, au titre des exercices en cause, une charge d'intérêt d'un montant équivalent.

Il en déduit qu'il n'est pas établi que la charge fiscale de la société S se trouvait, en réalité, modifiée par les opérations qui ont été réalisées les 17 et 18 septembre 2007.

Par suite, le Comité émet l'avis que l'administration n'était pas 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 s'est rangée à l'avis du Comité.

➤ **Affaire n° 2013-28 concernant M. et Mme M (impôt sur le revenu)**

M. M détient 4 268 020 actions de la SAS A, société créée le 21 juin 2004 et qui a pour objet social la location de terrains et d'autres biens immobiliers.

Le 15 janvier 2007, M. et Mme M créent la société civile B au capital de 10 euros, chaque associé en détenant la moitié. Cette société a pour objet l'acquisition et la détention, par tous moyens et tous modes de financement, de toutes valeurs mobilières et autres instruments financiers, de toute participation dans des sociétés françaises ou étrangères, la gestion, comme holding, des filiales et participations visées à l'alinéa qui précède et la gestion active de tout portefeuille-titres et portefeuilles de valeurs mobilières

Le 26 mars 2007, M. M apporte à la société B, 3 433 110 actions de la société A pour un montant de 4 926 699 euros.

Par assemblée générale extraordinaire du même jour, le capital social de la société B est augmenté de ce même montant par voie de création de 4 926 699 parts sociales nouvelles de 1 euro de valeur nominale chacune, entièrement libérées et attribuées à M. M qui détient alors 4 926 704 parts de la société, Mme M en détenant toujours 5.

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

Le 28 mars 2007, la société B cède à la société W la totalité des titres A reçus pour leur valeur d'apport, soit 4 926 699 euros, M. et Mme M ainsi que leurs enfants cédant également à cette société la totalité des titres A encore en leur possession pour un montant total de 3 623 625 euros.

Par une proposition de rectification en date du 17 décembre 2010, l'administration a considéré que l'opération d'apport des titres suivie de leur cession après un délai très bref n'avait pas eu d'autre motif que de permettre à M. M de placer abusivement la plus-value réalisée dans le champ d'application du sursis d'imposition et elle a mis en œuvre la procédure d'abus de droit sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

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

Le Comité constate que la société B a réinvesti, entre le 28 mars 2007 et le 17 décembre 2010, 899 777 euros dans l'achat et l'augmentation de capital de la SAS X, 500 000 euros et 250 000 euros dans la prise de participation au capital respectivement de la SA Y et de la SARL Z. Il constate en outre que cette société s'était engagée à investir 300 000 euros dans une société qui devait créer une activité de football en salle et que l'absence de concrétisation de ce projet ne lui est pas imputable.

Le Comité observe qu'en conséquence, le réinvestissement dans des activités économiques représentait près de 40 % du produit de la vente des titres de la société A, soit une part de réinvestissement dans l'économie devant être regardée comme significative sans qu'il soit besoin d'examiner d'autres investissements invoqués par le contribuable au titre de la période précitée.

Le Comité relève au surplus que le contribuable a procédé après le 31 décembre 2010 à de nouveaux investissements dans des activités économiques.

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 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 SAS A à la société B.

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