

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 7 novembre 2014 : avis rendus par le comité de l'abus de droit fiscal commentés par l'administration (CADF/AC n° 8/2014).

➤ **Affaire n° 2014-16 concernant M. et Mme A**

En juillet 2001, le groupe X a fait l'objet d'un rachat par deux fonds d'investissement dans le cadre d'une opération de "leverage buy out" (LBO) à laquelle ont été associés les principaux cadres du groupe X dont M. A.

En janvier 2006, un fond d'investissement géré par la société Y a racheté le groupe X dans le cadre d'une opération de LBO secondaire. Ainsi, le 31 janvier 2006, la SAS X Holding a conclu un contrat intitulé "Share Purchase agreement" visant à acquérir la totalité des actions et bons de souscription d'achat (BSA) émis par le holding de reprise constitué pour le premier LBO, la SAS X Holding, ainsi que les titres de la société X Finance, société regroupant les cadres du groupe X ayant investi dans cette première opération.

Dans ce contexte, est mis en place dans le cadre d'un contrat intitulé "Management agreement" en date 16 mars 2006, un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe X par l'intermédiaire de la société M, d'acquérir des BSA dits "BSA Ratchet" de la société X Holding.

Ainsi, le 30 mars 2006, la SAS M souscrit 3 548 311 actions de catégorie A de la société X Holding d'une valeur nominale de un euro.

Le même jour, elle souscrit également 3 455 605 "BSA Ratchet" émis par la société X Holding d'une valeur unitaire de un euro. Le contrat d'émission des "BSA Ratchet" stipule que ces titres donneront droit à la souscription d'un nombre d'actions de catégorie A de la société X Holding pour un prix de souscription de un euro. Le nombre d'actions nouvelles pouvant être souscrites est fixé en fonction d'une répartition des flux reçus en rémunération des différents titres émis par la société X Holding, déterminée suivant un barème progressif par tranche du taux de rendement interne (TRI). En cas de TRI inférieur à 12 %, aucune action nouvelle ne peut être souscrite. A l'inverse, le montant de la plus-value pouvant être rétrocédé est plafonné à 18,836 % du montant de la plus-value globale majorée d'un montant forfaitaire de 6 millions d'euros. Ces "BSA Ratchet" peuvent être exercés en cas de changement de contrôle ou d'introduction en bourse de la société X Holding.

Le 10 avril 2006, M. A a souscrit à une augmentation de capital de la société M pour un montant de 172 976 euros représentant 172 976 actions. Il a inscrit sur son plan d'épargne en actions (PEA) ces 172 976 actions.

Préalablement à cette souscription, M. A a signé en faveur de la société Y une promesse unilatérale de vente et d'achat des actions de la SAS M en cas de départ du groupe X avant le terme de ce LBO secondaire. Les conditions de rachat de ces actions sont fixées en fonction de l'évènement à l'origine du départ du cadre et de la date de son départ. Ainsi, en cas de départ à la retraite à l'âge légal ou pour invalidité, le nombre d'actions soumises à rachat diminuait chaque année, pour être nul au terme d'une période de 3 ans. Le prix de rachat est égal à la valeur la plus faible suivante : le prix du marché déterminé en fonction d'un multiple de l'EBITA (Earnings before

interest, taxes and amortization) consolidé de la société X Holding minoré de l'endettement consolidé, la valeur nominale des titres de la société M majorée d'un intérêt de 6 % par an.

Le 18 avril 2006, la société M a cédé 2 852 274 actions de catégorie A de la société holding X Holding et souscrit 1 205 480 actions de catégorie A et 2 852 274 actions de préférence de catégorie B émis par ce holding d'une valeur unitaire de un euro. Ces actions de catégorie B sont rémunérées par un taux annuel d'intérêt capitalisé de 10,44 %.

Le 26 octobre 2007, M. A a acquis auprès de l'investisseur financier 15 800 actions supplémentaires de la société M pour une valeur de 42 502 euros, qu'il a inscrit sur son PEA. A cette date, M. A détenait ainsi 188 776 actions de la société M.

Par un contrat du 25 juillet 2008, le groupe X est cédé à une société de droit qatari N pour une valeur de 1 milliard 290 millions d'euros. Le nouvel investisseur financier offre aux cadres associés de la société M de céder leurs actions ou de les apporter à la société O, qui procédera à l'acquisition de ce groupe, ou à la société P, qui regroupera les cadres souhaitant investir dans ce nouveau LBO.

Le prix de cession et la valeur d'apport des actions de la société M fixés à 16,64 euros par action ont été déterminés à partir d'une évaluation des " BSA Ratchet ", qu'elle détenait, dont le prix est estimé à 31,95 euros.

Le 22 octobre 2008, M. A a ainsi cédé 104 679 actions de la société M réalisant une plus-value de 1 623 138 euros et apporté le solde de ses actions. Cette plus-value de cession n'a fait l'objet d'aucune taxation à l'impôt sur le revenu du fait de l'inscription des titres cédés sur son PEA.

Par une proposition de rectification en date du 21 décembre 2011, l'administration a considéré que la souscription, par l'intermédiaire de la société M, des " BSA Ratchet " émis par la société X Holding avait pour seul objectif de dissimuler un dispositif d'intéressement et de permettre ainsi à M. A, en logeant ses actions de la société M dans son PEA, d'échapper à toute imposition de cet intéressement par une utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur. L'administration a, sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, écarté ce montage financier pour imposer à l'impôt sur le revenu cette plus-value de cession.

Le Comité a entendu ensemble les conseils de M. A, ainsi que les représentants de l'administration.

Le Comité constate que M. A a acquis les actions de la société M au moyen du gain provenant du débouclage du premier LBO et que cet investissement représentait plus de 65 % de ce gain et une part substantielle de ses revenus.

Il relève que, si le montage financier mis en place par l'investisseur financier était susceptible de permettre aux principaux cadres participant à l'investissement de réaliser une plus-value importante en cas de succès de l'opération, l'administration, qui ne conteste pas le prix de souscription des " BSA Ratchet ", ne lui a pas soumis d'éléments permettant d'établir que M. A était assuré, en droit ou en fait, de ne prendre aucun risque sur son investissement.

Il note à cet égard qu'en cas de réalisation d'un TRI inférieur à 12 % lors de la cession ou de l'introduction en bourse de la société X Holding, aucun " BSA Ratchet " ne pouvait être exercé, et, par suite, que les sommes investies dans les " BSA Ratchet ", qui représentaient 42 % de l'investissement de la société M dans la société X Holding et donc, dans la même proportion, l'investissement réalisé par le contribuable par l'intermédiaire de cette société, étaient définitivement perdues.

Par suite, le Comité estime que le fait que l'investissement de M. A s'inscrivait dans un plan global permettant également la participation des cadres intermédiaires à ce LBO secondaire au travers d'un plan d'options d'achat d'actions de la société X Holding conditionnées à la réalisation de ce même niveau de TRI n'est pas suffisant pour qualifier cet investissement de dispositif d'intéressement et lui appliquer le même régime fiscal. En effet, à la différence d'un dispositif de plan d'options d'achat d'actions, M. A a immobilisé une somme conséquente pour acquérir indirectement ces " BSA Ratchet " qu'il risquait de perdre en fonction de l'évolution de la valeur du groupe X.

Il relève par ailleurs que la promesse de vente et d'achat des actions de la société M en cas de départ du groupe X, garantissait à M. A le rachat d'une partie de ses actions à une valeur minimale dans des conditions telles qu'elle ne remet pas en cause le risque qu'il a encouru en tant qu'investisseur.

En conséquence, le Comité en déduit, au vu des éléments portés à sa connaissance, que l'administration ne pouvait écarter l'application de l'exonération prévue au 5° bis de l'article 157 du code général des impôts comme n'étant pas applicable à cette plus-value de cession et qu'elle 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 considère que les contribuables ont transféré sur leur PEA pour partie une rémunération déguisée en plus-value.

➤ **Affaire n° 2014-17 concernant M. et Mme B**

En juillet 2001, le groupe X a fait l'objet d'un rachat par deux fonds d'investissement dans le cadre d'une opération de "leverage buy out" (LBO) à laquelle ont été associés les principaux cadres du groupe X dont M. B.

En janvier 2006, un fond d'investissement géré par la société Y a racheté le groupe X dans le cadre d'une opération de LBO secondaire. Ainsi, le 31 janvier 2006, la SAS X Holding a conclu un contrat intitulé "Share Purchase agreement" visant à acquérir la totalité des actions et bons de souscription d'achat (BSA) émis par le holding de reprise constitué pour le premier LBO, la SAS X Holding, ainsi que les titres de la société X Finance, société regroupant les cadres du groupe X ayant investi dans cette première opération.

Dans ce contexte, est mis en place dans le cadre d'un contrat intitulé "Management agreement" en date 16 mars 2006, un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe X par l'intermédiaire de la société M, d'acquérir des actions et des BSA dits "BSA Ratchet" de la société X Holding.

Ainsi, le 30 mars 2006, la SAS M souscrit 3 548 311 actions de catégorie A de la société X Holding d'une valeur nominale de un euro.

Le même jour, elle souscrit également 3 455 605 "BSA Ratchet" émis par la société X Holding d'une valeur unitaire de un euro. Le contrat d'émission des "BSA Ratchet" stipule que ces titres donneront droit à la souscription d'un nombre d'actions de catégorie A de la société X Holding pour un prix de souscription de un euro. Le nombre d'actions nouvelles pouvant être souscrites est fixé en fonction d'une répartition des flux reçus en rémunération des différents titres émis par la société X Holding, déterminée suivant un barème progressif par tranche du taux de rendement interne (TRI). En cas de TRI inférieur à 12 %, aucune action nouvelle ne peut être souscrite. A l'inverse, le montant de la plus-value pouvant être rétrocédé est plafonné à 18,836 % du montant de la plus-value globale majorée d'un montant forfaitaire de 6 millions d'euros. Ces "BSA Ratchet" peuvent être exercés en cas de changement de contrôle ou d'introduction en bourse de la société X Holding.

Le 10 avril 2006, M. B a souscrit à une augmentation de capital de la société M pour un montant de 265 230 euros représentant 265 230 actions. Il a inscrit sur son plan d'épargne en actions (PEA) ces 265 230 actions.

Préalablement à cette souscription, M. B a signé en faveur de la société Y une promesse unilatérale de vente et d'achat des actions de la SAS M en cas de départ du groupe X avant le terme de ce LBO secondaire. Les conditions de rachat de ces actions sont fixées en fonction de l'évènement à l'origine du départ du cadre et de la date de son départ. Ainsi, en cas de départ à la retraite à l'âge légal ou pour invalidité, le nombre d'actions soumises à rachat diminuait chaque année, pour être nul au terme d'une période de 3 ans. Le prix de rachat est égal à la valeur la plus faible suivante : le prix du marché déterminé en fonction d'un multiple de l'EBITA (Earnings before interest, taxes and amortization) consolidé de la société X Holding minoré de l'endettement consolidé, la valeur nominale des titres de la société M majorée d'un intérêt de 6 % par an.

Le 18 avril 2006, la société M a cédé 2 852 274 actions de catégorie A de la société holding X Holding et souscrit 1 205 480 actions de catégorie A et 2 852 274 actions de préférence de catégorie B émis par ce holding d'une valeur unitaire de un euro. Ces actions de catégorie B sont rémunérées par un taux annuel d'intérêt capitalisé de 10,44 %.

Par un contrat du 25 juillet 2008, le groupe X est cédé à une société de droit qatari N pour une valeur de 1 milliard 290 millions d'euros. Le nouvel investisseur financier offre aux cadres associés de la société M de céder leurs actions ou de les apporter à la société O, qui procédera à l'acquisition de ce groupe, ou à la société P, qui regroupera les cadres souhaitant investir dans ce nouveau LBO.

Le prix de cession et la valeur d'apport des actions de la société M fixés à 16,64 euros par action ont été déterminés à partir d'une évaluation des " BSA Ratchet ", qu'elle détenait, dont le prix est estimé à 31,95 euros.

Le 22 octobre 2008, M. B a ainsi cédé 157 105 actions de la société M réalisant une plus-value de 2 458 269 euros et apporté le solde de ses actions. Cette plus-value de cession n'a fait l'objet d'aucune taxation à l'impôt sur le revenu du fait de l'inscription des titres cédés sur son PEA.

Par une proposition de rectification en date du 21 décembre 2011, l'administration a considéré que la souscription, par l'intermédiaire de la société M, des " BSA Ratchet " émis par la société X Holding avait pour seul objectif de dissimuler un dispositif d'intéressement et de permettre ainsi à M. B, en logeant ses actions de la société M dans son PEA, d'échapper à toute imposition de cet intéressement par une utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur. L'administration a, sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, écarté ce montage financier pour imposer à l'impôt sur le revenu cette plus-value de cession.

Le Comité a entendu ensemble les conseils de M. B, ainsi que les représentants de l'administration.

Le Comité constate que M. B a acquis les actions de la société M au moyen du gain provenant du débouclage du premier LBO et que cet investissement représentait plus de 54 % de ce gain et une part substantielle de ses revenus.

Il relève que, si le montage financier mis en place par l'investisseur financier était susceptible de permettre aux principaux cadres participant à l'investissement de réaliser une plus-value importante en cas de succès de l'opération, l'administration, qui ne conteste pas le prix de souscription des " BSA Ratchet ", ne lui a pas soumis d'éléments permettant d'établir que M. B était assuré, en droit ou en fait, de ne prendre aucun risque sur son investissement.

Il note à cet égard qu'en cas de réalisation d'un TRI inférieur à 12 % lors de la cession ou de l'introduction en bourse de la société X Holding, aucun " BSA Ratchet " ne pouvait être exercé, et, par suite, que les sommes investies dans les " BSA Ratchet ", qui représentaient 42 % de l'investissement de la société M dans la société X Holding et donc, dans la même proportion, l'investissement réalisé par le contribuable par l'intermédiaire de cette société, étaient définitivement perdues.

Par suite, le Comité estime que le fait que l'investissement de M. B s'inscrivait dans un plan global permettant également la participation des cadres intermédiaires à ce LBO secondaire au travers d'un plan d'options d'achat d'actions de la société X Holding conditionnées à la réalisation de ce même niveau de TRI n'est pas suffisant pour qualifier cet investissement de dispositif d'intéressement et lui appliquer le même régime fiscal. En effet, à la différence d'un dispositif de plan d'options d'achat d'actions, M. B a immobilisé une somme conséquente pour acquérir indirectement ces " BSA Ratchet " qu'il risquait de perdre en fonction de l'évolution de la valeur du groupe X.

Il relève par ailleurs que la promesse de vente et d'achat des actions de la société M en cas de départ du groupe X garantissait à M. B le rachat d'une partie de ses actions à une valeur minimale dans des conditions telles qu'elle ne remet pas en cause le risque qu'il a encouru en tant qu'investisseur.

En conséquence, le Comité en déduit, au vu des éléments portés à sa connaissance, que l'administration ne pouvait écarter l'application de l'exonération prévue au 5° bis de l'article 157 du code général des impôts comme n'étant pas applicable à cette plus-value de cession et qu'elle 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 considère que les contribuables ont transféré sur leur PEA pour partie une rémunération déguisée en plus-value.

➤ **Affaire n° 2014-18 concernant M. et Mme C**

En juillet 2001, le groupe X a fait l'objet d'un rachat par deux fonds d'investissement dans le cadre d'une opération de "leverage buy out" (LBO) à laquelle ont été associés les principaux cadres du groupe X. M. C qui a intégré le groupe X en fin d'année 2006 n'a pas investi dans cette première opération.

En janvier 2006, un fond d'investissement géré par la société Y a racheté le groupe X dans le cadre d'une opération de LBO secondaire. Ainsi, le 31 janvier 2006, la SAS X Holding a conclu un contrat intitulé "Share Purchase agreement" visant à acquérir la totalité des actions et bons de souscription d'achat (BSA) émis par le holding de reprise constitué pour le premier LBO, la SAS X Holding, ainsi que les titres de la société X Finance, société regroupant les cadres du groupe X ayant investi dans cette première opération.

Dans ce contexte, est mis en place dans le cadre d'un contrat intitulé "Management agreement" en date 16 mars 2006, un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe X par l'intermédiaire de la société M, d'acquérir des actions et des BSA dits "BSA Ratchet" de la société X Holding.

Ainsi, le 30 mars 2006, la SAS M souscrit 3 548 311 actions de catégorie A de la société X Holding d'une valeur nominale de un euro.

Le même jour, elle souscrit également 3 455 605 "BSA Ratchet" émis par la société X Holding d'une valeur unitaire de un euro. Le contrat d'émission des "BSA Ratchet" stipule que ces titres donneront droit à la souscription d'un nombre d'actions de catégorie A de la société X Holding pour un prix de souscription de un euro. Le nombre d'actions nouvelles pouvant être souscrites est fixé en fonction d'une répartition des flux reçus en rémunération des différents titres émis par la société X Holding, déterminée suivant un barème progressif par tranche du taux de rendement interne (TRI). En cas de TRI inférieur à 12 %, aucune action nouvelle ne peut être souscrite. A l'inverse, le montant de la plus-value pouvant être rétrocédé est plafonné à 18,836 % du montant de la plus-value globale majorée d'un montant forfaitaire de 6 millions d'euros. Ces "BSA Ratchet" peuvent être exercés en cas de changement de contrôle ou d'introduction en bourse de la société X Holding.

Le 18 avril 2006, la société M a cédé 2 852 274 actions de catégorie A de la société holding X Holding et souscrit 1 205 480 actions de catégorie A et 2 852 274 actions de préférence de catégorie B émis par ce holding d'une valeur unitaire de un euro. Ces actions de catégorie B sont rémunérées par un taux annuel d'intérêt capitalisé de 10,44 %.

Le 1^{er} octobre 2006, M. C a souscrit à une augmentation de capital de la société M pour un montant de 115 317 euros représentant 115 317 actions. Il a inscrit sur son plan d'épargne en actions (PEA) ces 115 317 actions.

Préalablement à cette souscription, M. C a signé en faveur de la société Y une promesse unilatérale de vente et d'achat des actions de la SAS M en cas de départ du groupe X avant le terme de ce LBO secondaire. Les conditions de rachat de ces actions sont fixées en fonction de l'évènement à l'origine du départ du cadre et de la date de son départ. Ainsi, en cas de départ à la retraite à l'âge légal ou pour invalidité, le nombre d'actions soumises à rachat diminuait chaque année, pour être nul au terme d'une période de 3 ans. Le prix de rachat est égal à la valeur la plus faible suivante : le prix du marché déterminé en fonction d'un multiple de l'EBITA (Earnings before interest, taxes and amortization) consolidé de la société X Holding minoré de l'endettement consolidé, la valeur nominale des titres de la société M majorée d'un intérêt de 6 % par an.

Par un contrat du 25 juillet 2008, le groupe X est cédé à une société de droit qatari N pour une valeur de 1 milliard 290 millions d'euros. Le nouvel investisseur financier offre aux cadres associés de la société M de céder leurs actions ou de les apporter à la société O, qui procédera à l'acquisition de ce groupe, ou à la société P, qui regroupera les cadres souhaitant investir dans ce nouveau LBO.

Le prix de cession et la valeur d'apport des actions de la société M fixés à 16,64 euros par action ont été déterminés à partir d'une évaluation des " BSA Ratchet ", qu'elle détenait, dont le prix est estimé à 31,95 euros.

Le 22 octobre 2008, M. C a ainsi cédé 85 284 actions de la société M réalisant une plus-value de 1 344 464 euros et apporté le solde de ses actions. Cette plus-value de cession n'a fait l'objet d'aucune taxation à l'impôt sur le revenu du fait de l'inscription des titres cédés sur son PEA.

Par une proposition de rectification en date du 21 décembre 2011, l'administration a considéré que la souscription, par l'intermédiaire de la société M, des " BSA Ratchet " émis par la société X Holding avait pour seul objectif de dissimuler un dispositif d'intéressement et de permettre ainsi à M. C, en logeant ses actions de la société M dans son PEA, d'échapper à toute imposition de cet intéressement par une utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur. L'administration a, sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, écarté ce montage financier pour imposer à l'impôt sur le revenu cette plus-value de cession.

Le Comité a entendu ensemble M. C et ses conseils, ainsi que les représentants de l'administration.

Le Comité constate que l'investissement de M. C dans la société M représentait une part substantielle de ses revenus.

Il relève que, si le montage financier mis en place par l'investisseur financier était susceptible de permettre aux principaux cadres participant à l'investissement de réaliser une plus-value importante en cas de succès de l'opération, l'administration, qui ne conteste pas le prix de souscription des " BSA Ratchet ", ne lui a pas soumis d'éléments permettant d'établir que M. C était assuré, en droit ou en fait, de ne prendre aucun risque sur son investissement.

Il note à cet égard qu'en cas de réalisation d'un TRI inférieur à 12 % lors de la cession ou de l'introduction en bourse de la société X Holding, aucun " BSA Ratchet " ne pouvait être exercé, et, par suite, que les sommes investies dans les " BSA Ratchet ", qui représentaient 42 % de l'investissement de la société M dans la société X Holding et donc, dans la même proportion, l'investissement réalisé par le contribuable par l'intermédiaire de cette société, étaient définitivement perdues.

Par suite, le Comité estime que le fait que l'investissement de M. C s'inscrivait dans un plan global permettant également la participation des cadres intermédiaires à ce LBO secondaire au travers d'un plan d'options d'achat d'actions de la société X Holding conditionnées à la réalisation de ce même niveau de TRI n'est pas suffisant pour qualifier cet investissement de dispositif d'intéressement et lui appliquer le même régime fiscal. En effet, à la différence d'un dispositif de plan d'options d'achat d'actions, M. C a immobilisé une somme conséquente pour acquérir indirectement ces " BSA Ratchet " qu'il risquait de perdre en fonction de l'évolution de la valeur du groupe X.

Il relève par ailleurs que la promesse de vente et d'achat des actions de la société M en cas de départ du groupe X garantissait à M. C le rachat d'une partie de ses actions à une valeur minimale dans des conditions telles qu'elle ne remet pas en cause le risque qu'il a encouru en tant qu'investisseur.

En conséquence, le Comité en déduit, au vu des éléments portés à sa connaissance, que l'administration ne pouvait écarter l'application de l'exonération prévue au 5° bis de l'article 157 du code général des impôts comme n'étant pas applicable à cette plus-value de cession et qu'elle 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 considère que les contribuables ont transféré sur leur PEA pour partie une rémunération déguisée en plus-value.

➤ **Affaire n° 2014-19 concernant M. et Mme D**

En juillet 2001, le groupe X a fait l'objet d'un rachat par deux fonds d'investissement dans le cadre d'une opération de "leverage buy out" (LBO) à laquelle ont été associés les principaux cadres du groupe X.

En janvier 2006, un fond d'investissement géré par la société Y a racheté le groupe X dans le cadre d'une opération de LBO secondaire. Ainsi, le 31 janvier 2006, la SAS X Holding a conclu un contrat intitulé "Share Purchase agreement" visant à acquérir la totalité des actions et bons de souscription d'achat (BSA) émis par le holding de reprise constitué pour le premier LBO, la SAS X Holding, ainsi que les titres de la société X Finance, société regroupant les cadres du groupe X ayant investi dans cette première opération.

Dans ce contexte, est mis en place dans le cadre d'un contrat intitulé "Management agreement" en date 16 mars 2006, un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe X par l'intermédiaire de la société M, d'acquérir des actions et des BSA dits "BSA Ratchet" de la société X Holding.

Ainsi, le 30 mars 2006, la SAS M souscrit 3 548 311 actions de catégorie A de la société X Holding d'une valeur nominale de un euro.

Le même jour, elle souscrit également 3 455 605 "BSA Ratchet" émis par la société X Holding d'une valeur unitaire de un euro. Le contrat d'émission des "BSA Ratchet" stipule que ces titres donneront droit à la souscription d'un nombre d'actions de catégorie A de la société X Holding pour un prix de souscription de un euro. Le nombre d'actions nouvelles pouvant être souscrites est fixé en fonction d'une répartition des flux reçus en rémunération des différents titres émis par la société X Holding, déterminée suivant un barème progressif par tranche du taux de rendement interne (TRI). En cas de TRI inférieur à 12 %, aucune action nouvelle ne peut être souscrite. A l'inverse, le montant de la plus-value pouvant être rétrocédé est plafonné à 18,836 % du montant de la plus-value globale majorée d'un montant forfaitaire de 6 millions d'euros. Ces "BSA Ratchet" peuvent être exercés en cas de changement de contrôle ou d'introduction en bourse de la société X Holding.

Le 18 avril 2006, la société M a cédé 2 852 274 actions de catégorie A de la société holding X Holding et souscrit 1 205 480 actions de catégorie A et 2 852 274 actions de préférence de catégorie B émis par ce holding d'une valeur unitaire de un euro. Ces actions de catégorie B sont rémunérées par un taux annuel d'intérêt capitalisé de 10,44 %.

Le 23 octobre 2007, M. D a acquis auprès de l'investisseur financier 473 978 actions de la société M pour un prix total de 1 275 001 euros. Il a inscrit sur son plan d'épargne en actions (PEA) 44 905 actions ainsi acquises.

Par ailleurs, M. D a signé en faveur de la société Y une promesse unilatérale de vente et d'achat des actions de la SAS M ainsi acquises en cas de départ du groupe X avant le terme de ce LBO secondaire. Les conditions de rachat de ces actions sont fixées en fonction de l'évènement à l'origine du départ du cadre et de la date de son départ. Ainsi, en cas de départ à la retraite à l'âge légal ou pour invalidité, le nombre d'actions soumises à rachat diminuait chaque année, pour être nul au terme d'une période de 3 ans. Le prix de rachat est égal à la valeur la plus faible suivante : le prix du marché déterminé en fonction d'un multiple de l'EBITA (Earnings before interest, taxes and amortization) consolidé de la société X Holding minoré de l'endettement consolidé, la valeur nominale des titres de la société M majorée d'un intérêt de 6 % par an.

Par un contrat du 25 juillet 2008, le groupe X est cédé à une société de droit qatari N pour une valeur de 1 milliard 290 millions d'euros. Le nouvel investisseur financier offre aux cadres associés de la société M de céder leurs actions ou de les apporter à la société O, qui procédera à l'acquisition de ce groupe, ou à la société P, qui regroupera les cadres souhaitant investir dans ce nouveau LBO.

Le prix de cession et la valeur d'apport des actions de la société M fixés à 16,64 euros par action ont été déterminés à partir d'une évaluation des " BSA Ratchet ", qu'elle détenait, dont le prix est estimé à 31,95 euros.

Le 22 octobre 2008, M. D a ainsi cédé 53 491 actions de la société M réalisant une plus-value de 746 590 euros et apporté le solde de ses actions dont celles inscrites sur son PEA. Cette plus-value de cession a été imposée au taux proportionnel de 18 % à la différence des plus-values d'apport de ces actions qui n'ont fait l'objet d'aucune taxation à l'impôt sur le revenu du fait de l'inscription d'une partie de ces mêmes actions sur son PEA et de l'option pour le sursis d'imposition prévue à l'article 150-0 B du CGI pour le solde de ces actions.

Par une proposition de rectification en date du 21 décembre 2011, l'administration a considéré que la souscription, par l'intermédiaire de la société M, des " BSA Ratchet " émis par la société X Holding avait pour seul objectif de dissimuler un dispositif d'intéressement et de permettre ainsi à M. D, en logeant une partie de ses actions de la société M dans son PEA, d'échapper à l'imposition de cet intéressement par une utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur. L'administration a, sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, écarté ce montage financier pour imposer à l'impôt sur le revenu cette plus-value de cession.

Le Comité a entendu ensemble les conseils de M. D, ainsi que les représentants de l'administration.

Le Comité constate que l'investissement de M. D dans la société M représentait plusieurs années de rémunération.

Il relève que, si le montage financier mis en place par l'investisseur financier était susceptible de permettre aux principaux cadres participant à l'investissement de réaliser une plus-value importante en cas de succès de l'opération, l'administration, qui ne conteste pas le prix de souscription des " BSA Ratchet ", ne lui a pas soumis d'éléments permettant d'établir que M. D était assuré, en droit ou en fait, de ne prendre aucun risque sur son investissement.

Il note à cet égard qu'en cas de réalisation d'un TRI inférieur à 12 % lors de la cession ou de l'introduction en bourse de la société X Holding, aucun " BSA Ratchet " ne pouvait être exercé, et, par suite, que les sommes investies dans les " BSA Ratchet ", qui représentaient 42 % de l'investissement de la société M dans la société X Holding et donc, dans la même proportion, l'investissement réalisé par le contribuable par l'intermédiaire de cette société, étaient définitivement perdues.

Par suite, le Comité estime que le fait que l'investissement de M. D s'inscrivait dans un plan global permettant également la participation des cadres intermédiaires à ce LBO secondaire au travers d'un plan d'options d'achat d'actions de la société X Holding conditionnées à la réalisation de ce même niveau de TRI n'est pas suffisant pour qualifier cet investissement de dispositif d'intéressement et lui appliquer le même régime fiscal. En effet, à la différence d'un dispositif de plan d'options d'achat d'actions, M. D a immobilisé une somme conséquente pour acquérir indirectement ces " BSA Ratchet " qu'il risquait de perdre en fonction de l'évolution de la valeur du groupe X.

Il relève par ailleurs que la promesse de vente et d'achat des actions de la société M en cas de départ du groupe X garantissait à M. D le rachat d'une partie de ses actions à une valeur minimale dans des conditions telles qu'elle ne remet pas en cause le risque qu'il a encouru en tant qu'investisseur.

En conséquence, le Comité en déduit, au vu des éléments portés à sa connaissance, 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 considère que les contribuables ont transféré sur leur PEA pour partie une rémunération déguisée en plus-value.

➤ **Affaire n° 2014-20 concernant M. et Mme E**

En juillet 2001, le groupe X a fait l'objet d'un rachat par deux fonds d'investissement dans le cadre d'une opération de "leverage buy out" (LBO) à laquelle ont été associés les principaux cadres du groupe X dont M. E.

En janvier 2006, un fond d'investissement géré par la société Y a racheté le groupe X dans le cadre d'une opération de LBO secondaire. Ainsi, le 31 janvier 2006, la SAS X Holding a conclu un contrat intitulé "Share Purchase agreement" visant à acquérir la totalité des actions et bons de souscription d'achat (BSA) émis par le holding de reprise constitué pour le premier LBO, la SAS X Holding, ainsi que les titres de la société X Finance, société regroupant les cadres du groupe X ayant investi dans cette première opération.

Dans ce contexte, est mis en place dans le cadre d'un contrat intitulé "Management agreement" en date 16 mars 2006, un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe X par l'intermédiaire de la société M, d'acquérir des actions et des BSA dits "BSA Ratchet" de la société X Holding.

Ainsi, le 30 mars 2006, la SAS M souscrit 3 548 311 actions de catégorie A de la société X Holding d'une valeur nominale de un euro.

Le même jour, elle souscrit également 3 455 605 "BSA Ratchet" émis par la société X Holding d'une valeur unitaire de un euro. Le contrat d'émission des "BSA Ratchet" stipule que ces titres donneront droit à la souscription d'un nombre d'actions de catégorie A de la société X Holding pour un prix de souscription de un euro. Le nombre d'actions nouvelles pouvant être souscrites est fixé en fonction d'une répartition des flux reçus en rémunération des différents titres émis par la société X Holding, déterminée suivant un barème progressif par tranche du taux de rendement interne (TRI). En cas de TRI inférieur à 12 %, aucune action nouvelle ne peut être souscrite. A l'inverse, le montant de la plus-value pouvant être rétrocédé est plafonné à 18,836 % du montant de la plus-value globale majorée d'un montant forfaitaire de 6 millions d'euros. Ces "BSA Ratchet" peuvent être exercés en cas de changement de contrôle ou d'introduction en bourse de la société X Holding.

Le 30 mars 2006, M. E a souscrit à une augmentation de capital de la société M pour un montant de 288 293 euros représentant 288 293 actions. Il a inscrit sur son plan d'épargne en actions (PEA) ces 288 293 actions.

Préalablement à cette souscription, M. E a signé en faveur de la société Y une promesse unilatérale de vente et d'achat des actions de la SAS M en cas de départ du groupe X avant le terme de ce LBO secondaire. Les conditions de rachat de ces actions sont fixées en fonction de l'évènement à l'origine du départ du cadre et de la date de son départ. Ainsi, en cas de départ à la retraite à l'âge légal ou pour invalidité, le nombre d'actions soumises à rachat diminuait chaque année, pour être nul au terme d'une période de 3 ans. Le prix de rachat est égal à la valeur la plus faible suivante : le prix du marché déterminé en fonction d'un multiple de l'EBITA (Earnings before interest, taxes and amortization) consolidé de la société X Holding minoré de l'endettement consolidé, la valeur nominale des titres de la société M majorée d'un intérêt de 6 % par an.

Le 18 avril 2006, la société M a cédé 2 852 274 actions de catégorie A de la société holding X Holding et souscrit 1 205 480 actions de catégorie A et 2 852 274 actions de préférence de catégorie B émis par ce holding d'une valeur unitaire de un euro. Ces actions de catégorie B sont rémunérées par un taux annuel d'intérêt capitalisé de 10,44 %.

Le 19 octobre 2007, M. E a acquis auprès de l'investisseur financier 63 197 actions de la société M pour une valeur de 170 000 euros, qu'il a inscrit sur son PEA. A cette date, M. E détenait ainsi 351 490 actions de la société M.

Par un contrat du 25 juillet 2008, le groupe X est cédé à une société de droit qatari N pour une valeur de 1 milliard 290 millions d'euros. Le nouvel investisseur financier offre aux cadres associés de la société M de céder leurs actions ou de les apporter à la société O, qui procédera à l'acquisition de ce groupe, ou à la société P, qui regroupera les cadres souhaitant investir dans ce nouveau LBO.

Le prix de cession et la valeur d'apport des actions de la société M fixés à 16,64 euros par action ont été déterminés à partir d'une évaluation des " BSA Ratchet ", qu'elle détenait, dont le prix est estimé à 31,95 euros.

Le 22 octobre 2008, M. E a ainsi cédé 178 972 actions de la société M réalisant une plus-value de 2 746 046 euros et apporté le solde de ses actions. Cette plus-value de cession n'a fait l'objet d'aucune taxation à l'impôt sur le revenu du fait de l'inscription des titres cédés sur son PEA.

Par une proposition de rectification en date du 21 décembre 2011, l'administration a considéré que la souscription, par l'intermédiaire de la société M, des " BSA Ratchet " émis par la société X Holding avait pour seul objectif de dissimuler un dispositif d'intéressement et de permettre ainsi à M. E, en logeant ses actions de la société M dans son PEA, d'échapper à toute imposition de cet intéressement par une utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur. L'administration a, sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, écarté ce montage financier pour imposer à l'impôt sur le revenu cette plus-value de cession.

Le Comité a entendu ensemble les conseils de M. E, ainsi que les représentants de l'administration.

Le Comité constate que M. E a acquis les actions de la société M au moyen du gain provenant du débouclage du premier LBO et que cet investissement représentait plus de 51 % de ce gain et une part substantielle de ses revenus.

Il relève que, si le montage financier mis en place par l'investisseur financier était susceptible de permettre aux principaux cadres participant à l'investissement de réaliser une plus-value importante en cas de succès de l'opération, l'administration, qui ne conteste pas le prix de souscription des " BSA Ratchet ", ne lui a pas soumis d'éléments permettant d'établir que M. E était assuré, en droit ou en fait, de ne prendre aucun risque sur son investissement.

Il note à cet égard qu'en cas de réalisation d'un TRI inférieur à 12 % lors de la cession ou de l'introduction en bourse de la société X Holding, aucun " BSA Ratchet " ne pouvait être exercé, et, par suite, que les sommes investies dans les " BSA Ratchet ", qui représentaient 42 % de l'investissement de la société M dans la société X Holding et donc, dans la même proportion, l'investissement réalisé par le contribuable par l'intermédiaire de cette société, étaient définitivement perdues.

Par suite, le Comité estime que le fait que l'investissement de M. E s'inscrivait dans un plan global permettant également la participation des cadres intermédiaires à ce LBO secondaire au travers d'un plan d'options d'achat d'actions de la société X Holding conditionnées à la réalisation de ce même niveau de TRI n'est pas suffisant pour qualifier cet investissement de dispositif d'intéressement et lui appliquer le même régime fiscal. En effet, à la différence d'un dispositif de plan d'options d'achat d'actions, M. E a immobilisé une somme conséquente pour acquérir indirectement ces " BSA Ratchet " qu'il risquait de perdre en fonction de l'évolution de la valeur du groupe X.

Il relève par ailleurs que la promesse de vente et d'achat des actions de la société M en cas de départ du groupe X, garantissait à M. E le rachat d'une partie de ses actions à une valeur minimale dans des conditions telles qu'elle ne remet pas en cause le risque qu'il a encouru en tant qu'investisseur.

En conséquence, le Comité en déduit, au vu des éléments portés à sa connaissance, que l'administration ne pouvait écarter l'application de l'exonération prévue au 5° bis de l'article 157 du code général des impôts comme n'étant pas applicable à cette plus-value de cession et qu'elle 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 considère que les contribuables ont transféré sur leur PEA pour partie une rémunération déguisée en plus-value.

➤ **Affaire n° 2014-21 concernant M. et Mme F**

En juillet 2001, le groupe X a fait l'objet d'un rachat par deux fonds d'investissement dans le cadre d'une opération de "leverage buy out" (LBO) à laquelle ont été associés les principaux cadres du groupe X dont M. F.

En janvier 2006, un fond d'investissement géré par la société Y a racheté le groupe X dans le cadre d'une opération de LBO secondaire. Ainsi, le 31 janvier 2006, la SAS X Holding a conclu un contrat intitulé "Share Purchase agreement" visant à acquérir la totalité des actions et bons de souscription d'achat (BSA) émis par le holding de reprise constitué pour le premier LBO, la SAS X Holding, ainsi que les titres de la société X Finance, société regroupant les cadres du groupe X ayant investi dans cette première opération.

Dans ce contexte, est mis en place dans le cadre d'un contrat intitulé "Management agreement" en date 16 mars 2006, un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe X par l'intermédiaire de la société M, d'acquérir des actions et des BSA dits "BSA Ratchet" de la société X Holding.

Ainsi, les 2 février et 17 mars 2006, M. F a souscrit à une augmentation de capital de la société M respectivement pour un montant de 9 249 euros et de 990 751 euros représentant au total un million d'actions. Il a inscrit sur son plan d'épargne en actions (PEA) toutes ces actions.

A la suite de ces souscriptions, M. F a signé en faveur de la société Y une promesse unilatérale de vente et d'achat des actions de la SAS M en cas de départ du groupe X avant le terme de ce LBO secondaire. Les conditions de rachat de ces actions sont fixées en fonction de l'évènement à l'origine du départ du cadre et de la date de son départ. Ainsi, en cas de départ à la retraite à l'âge légal ou pour invalidité, le nombre d'actions soumises à rachat diminuait chaque année, pour être nul au terme d'une période de 3 ans. Le prix de rachat est égal à la valeur la plus faible suivante : le prix du marché déterminé en fonction d'un multiple de l'EBITA (Earnings before interest, taxes and amortization) consolidé de la société X Holding minoré de l'endettement consolidé, la valeur nominale des titres de la société M majorée d'un intérêt de 6 % par an.

Le 30 mars 2006, la SAS M souscrit 3 548 311 actions de catégorie A de la société X Holding d'une valeur nominale de un euro.

Le même jour, elle souscrit également 3 455 605 "BSA Ratchet" émis par la société X Holding d'une valeur unitaire de un euro. Le contrat d'émission des "BSA Ratchet" stipule que ces titres donneront droit à la souscription d'un nombre d'actions de catégorie A de la société X Holding pour un prix de souscription de un euro. Le nombre d'actions nouvelles pouvant être souscrites est fixé en fonction d'une répartition des flux reçus en rémunération des différents titres émis par la société X Holding, déterminée suivant un barème progressif par tranche du taux de rendement interne (TRI). En cas de TRI inférieur à 12 %, aucune action nouvelle ne peut être souscrite. A l'inverse, le montant de la plus-value pouvant être rétrocédé est plafonné à 18,836 % du montant de la plus-value globale majorée d'un montant forfaitaire de 6 millions d'euros. Ces "BSA Ratchet" peuvent être exercés en cas de changement de contrôle ou d'introduction en bourse de la société X Holding.

Le 18 avril 2006, la société M a cédé 2 852 274 actions de catégorie A de la société holding X Holding et souscrit 1 205 480 actions de catégorie A et 2 852 274 actions de préférence de catégorie B émis par ce holding d'une valeur unitaire de un euro. Ces actions de catégorie B sont rémunérées par un taux annuel d'intérêt capitalisé de 10,44 %.

Par un contrat du 25 juillet 2008, le groupe X est cédé à une société de droit qatari N pour une valeur de 1 milliard 290 millions d'euros. Le nouvel investisseur financier offre aux cadres associés de la société M de céder leurs actions ou de les apporter à la société O, qui procédera à l'acquisition de ce groupe, ou à la société P, qui regroupera les cadres souhaitant investir dans ce nouveau LBO.

Le prix de cession et la valeur d'apport des actions de la société M fixés à 16,64 euros par action ont été déterminés à partir d'une évaluation des "BSA Ratchet", qu'elle détenait, dont le prix est estimé à 31,95 euros.

Le 22 octobre 2008, M. F a ainsi cédé 651 118 actions de la société M réalisant une plus-value de 10 188 238 euros et apporté le solde de ses actions. Cette plus-value de cession n'a fait l'objet d'aucune taxation à l'impôt sur le revenu du fait de l'inscription des titres cédés sur son PEA.

Par une proposition de rectification en date du 21 décembre 2011, l'administration a considéré que la souscription, par l'intermédiaire de la société M, des " BSA Ratchet " émis par la société X Holding avait pour seul objectif de dissimuler un dispositif d'intéressement et de permettre ainsi à M. F, en logeant ses actions de la société M dans son PEA, d'échapper à toute imposition de cet intéressement par une utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur. L'administration a, sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, écarté ce montage financier pour imposer à l'impôt sur le revenu cette plus-value de cession.

Le Comité a entendu ensemble M. F et ses conseils, ainsi que les représentants de l'administration.

Le Comité constate que M. F a acquis les actions de la société M au moyen du gain provenant du débouclage du premier LBO et que cet investissement représentait plus de 41 % de ce gain et une part substantielle de ses revenus.

Il relève que, si le montage financier mis en place par l'investisseur financier était susceptible de permettre aux principaux cadres participant à l'investissement de réaliser une plus-value importante en cas de succès de l'opération, l'administration, qui ne conteste pas le prix de souscription des " BSA Ratchet ", ne lui a pas soumis d'éléments permettant d'établir que M. F était assuré, en droit ou en fait, de ne prendre aucun risque sur son investissement.

Il note à cet égard qu'en cas de réalisation d'un TRI inférieur à 12 % lors de la cession ou de l'introduction en bourse de la société X Holding, aucun " BSA Ratchet " ne pouvait être exercé, et, par suite, que les sommes investies dans les " BSA Ratchet ", qui représentaient 42 % de l'investissement de la société M dans la société X Holding et donc, dans la même proportion, l'investissement réalisé par le contribuable par l'intermédiaire de cette société, étaient définitivement perdues.

Par suite, le Comité estime que le fait que l'investissement de M. F s'inscrivait dans un plan global permettant également la participation des cadres intermédiaires à ce LBO secondaire au travers d'un plan d'options d'achat d'actions de la société X Holding conditionnées à la réalisation de ce même niveau de TRI n'est pas suffisant pour qualifier cet investissement de dispositif d'intéressement et lui appliquer le même régime fiscal. En effet, à la différence d'un dispositif de plan d'options d'achat d'actions, M. F a immobilisé une somme conséquente pour acquérir indirectement ces " BSA Ratchet " qu'il risquait de perdre en fonction de l'évolution de la valeur du groupe X.

Il relève par ailleurs que la promesse de vente et d'achat des actions de la société M en cas de départ du groupe X, garantissait à M. F le rachat d'une partie de ses actions à une valeur minimale dans des conditions telles qu'elle ne remet pas en cause le risque qu'il a encouru en tant qu'investisseur.

En conséquence, le Comité en déduit, au vu des éléments portés à sa connaissance, que l'administration ne pouvait écarter l'application de l'exonération prévue au 5° bis de l'article 157 du code général des impôts comme n'étant pas applicable à cette plus-value de cession et qu'elle 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 considère que les contribuables ont transféré sur leur PEA pour partie une rémunération déguisée en plus-value.

➤ **Affaire n° 2014-22 concernant M. et Mme G**

En juillet 2001, le groupe X a fait l'objet d'un rachat par deux fonds d'investissement dans le cadre d'une opération de " leverage buy out " (LBO) à laquelle ont été associés les principaux cadres du groupe X dont M. G.

En janvier 2006, un fond d'investissement géré par la société Y a racheté le groupe X dans le cadre d'une opération de LBO secondaire. Ainsi, le 31 janvier 2006, la SAS X Holding a conclu un contrat intitulé " Share Purchase agreement " visant à acquérir la totalité des actions et bons de souscription d'achat (BSA) émis par le holding de reprise constitué pour le premier LBO, la SAS X Holding, ainsi que les titres de la société X Finance, société regroupant les cadres du groupe X ayant investi dans cette première opération.

Dans ce contexte, est mis en place dans le cadre d'un contrat intitulé " Management agreement " en date 16 mars 2006, un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe X par l'intermédiaire de la société M, d'acquérir des actions et des BSA dits " BSA Ratchet " de la société X Holding.

Ainsi, le 30 mars 2006, la SAS M souscrit 3 548 311 actions de catégorie A de la société X Holding d'une valeur nominale de un euro.

Le même jour, elle souscrit également 3 455 605 " BSA Ratchet " émis par la société X Holding d'une valeur unitaire de un euro. Le contrat d'émission des " BSA Ratchet " stipule que ces titres donneront droit à la souscription d'un nombre d'actions de catégorie A de la société X Holding pour un prix de souscription de un euro. Le nombre d'actions nouvelles pouvant être souscrites est fixé en fonction d'une répartition des flux reçus en rémunération des différents titres émis par la société X Holding, déterminée suivant un barème progressif par tranche du taux de rendement interne (TRI). En cas de TRI inférieur à 12 %, aucune action nouvelle ne peut être souscrite. A l'inverse, le montant de la plus-value pouvant être rétrocédé est plafonné à 18,836 % du montant de la plus-value globale majorée d'un montant forfaitaire de 6 millions d'euros. Ces " BSA Ratchet " peuvent être exercés en cas de changement de contrôle ou d'introduction en bourse de la société X Holding.

Le 30 mars 2006, M. G a souscrit à une augmentation de capital de la société M d'un montant de 172 976 euros représentant 172 976 actions. Il a inscrit sur son plan d'épargne en actions (PEA) ces 172 976 actions.

Préalablement à cette souscription, M. G a signé en faveur de la société Y une promesse unilatérale de vente et d'achat des actions de la SAS M en cas de départ du groupe X avant le terme de ce LBO secondaire. Les conditions de rachat de ces actions sont fixées en fonction de l'évènement à l'origine du départ du cadre et de la date de son départ. Ainsi, en cas de départ à la retraite à l'âge légal ou pour invalidité, le nombre d'actions soumises à rachat diminuait chaque année, pour être nul au terme d'une période de 3 ans. Le prix de rachat est égal à la valeur la plus faible suivante : le prix du marché déterminé en fonction d'un multiple de l'EBITA (Earnings before interest, taxes and amortization) consolidé de la société X Holding minoré de l'endettement consolidé, la valeur nominale des titres de la société M majorée d'un intérêt de 6 % par an.

Le 18 avril 2006, la société M a cédé 2 852 274 actions de catégorie A de la société holding X Holding et souscrit 1 205 480 actions de catégorie A et 2 852 274 actions de préférence de catégorie B émis par ce holding d'une valeur unitaire de un euro. Ces actions de catégorie B sont rémunérées par un taux annuel d'intérêt capitalisé de 10,44 %.

Le 19 octobre 2007, M. G a acquis auprès de l'investisseur financier 15 800 actions de la société M pour une valeur de 42 502 euros, qu'il a inscrit sur son PEA. A cette date, M. G détenait ainsi 188 776 actions de la société M.

Par un contrat du 25 juillet 2008, le groupe X est cédé à une société de droit qatari N pour une valeur de 1 milliard 290 millions d'euros. Le nouvel investisseur financier offre aux cadres associés de la société M de céder leurs actions ou de les apporter à la société O, qui procédera à l'acquisition de ce groupe, ou à la société P, qui regroupera les cadres souhaitant investir dans ce nouveau LBO.

Le prix de cession et la valeur d'apport des actions de la société M fixés à 16,64 euros par action ont été déterminés à partir d'une évaluation des " BSA Ratchet ", qu'elle détenait, dont le prix est estimé à 31,95 euros.

Le 22 octobre 2008, M. G a ainsi cédé 50 616 actions de la société M réalisant une plus-value de 784 845 euros et apporté le solde de ses actions. Cette plus-value de cession n'a fait l'objet d'aucune taxation à l'impôt sur le revenu du fait de l'inscription des titres cédés sur son PEA.

Par une proposition de rectification en date du 21 décembre 2011, l'administration a considéré que la souscription, par l'intermédiaire de la société M, des " BSA Ratchet " émis par la société X Holding avait pour seul objectif de dissimuler un dispositif d'intéressement et de permettre ainsi à M. G, en logeant ses actions de la société M dans son PEA, d'échapper à toute imposition de cet intéressement par une utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur. L'administration a, sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, écarté ce montage financier pour imposer à l'impôt sur le revenu cette plus-value de cession.

Le Comité a entendu ensemble les conseils de M. G, ainsi que les représentants de l'administration.

Le Comité constate que M. G a acquis les actions de la société M au moyen du gain provenant du débouclage du premier LBO et que cet investissement représentait plus de 44 % de ce gain et une part substantielle de ses revenus.

Il relève que, si le montage financier mis en place par l'investisseur financier était susceptible de permettre aux principaux cadres participant à l'investissement de réaliser une plus-value importante en cas de succès de l'opération, l'administration, qui ne conteste pas le prix de souscription des " BSA Ratchet ", ne lui a pas soumis d'éléments permettant d'établir que M. G était assuré, en droit ou en fait, de ne prendre aucun risque sur son investissement.

Il note à cet égard qu'en cas de réalisation d'un TRI inférieur à 12 % lors de la cession ou de l'introduction en bourse de la société X Holding, aucun " BSA Ratchet " ne pouvait être exercé, et, par suite, que les sommes investies dans les " BSA Ratchet ", qui représentaient 42 % de l'investissement de la société M dans la société X Holding et donc, dans la même proportion, l'investissement réalisé par le contribuable par l'intermédiaire de cette société, étaient définitivement perdues.

Par suite, le Comité estime que le fait que l'investissement de M. G s'inscrivait dans un plan global permettant également la participation des cadres intermédiaires à ce LBO secondaire au travers d'un plan d'options d'achat d'actions de la société X Holding conditionnées à la réalisation de ce même niveau de TRI n'est pas suffisant pour qualifier cet investissement de dispositif d'intéressement et lui appliquer le même régime fiscal. En effet, à la différence d'un dispositif de plan d'options d'achat d'actions, M. G a immobilisé une somme conséquente pour acquérir indirectement ces " BSA Ratchet " qu'il risquait de perdre en fonction de l'évolution de la valeur du groupe X.

Il relève par ailleurs que la promesse de vente et d'achat des actions de la société M en cas de départ du groupe X, garantissait à M. G le rachat d'une partie de ses actions à une valeur minimale dans des conditions telles qu'elle ne remet pas en cause le risque qu'il a encouru en tant qu'investisseur.

En conséquence, le Comité en déduit, au vu des éléments portés à sa connaissance, que l'administration ne pouvait écarter l'application de l'exonération prévue au 5° bis de l'article 157 du code général des impôts comme n'étant pas applicable à cette plus-value de cession et qu'elle 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 considère que les contribuables ont transféré sur leur PEA pour partie une rémunération déguisée en plus-value.

➤ **Affaire n° 2014-23 concernant M. et Mme H**

En juillet 2001, le groupe X a fait l'objet d'un rachat par deux fonds d'investissement dans le cadre d'une opération de " leverage buy out " (LBO) à laquelle ont été associés les principaux cadres du groupe X dont M. H.

En janvier 2006, un fond d'investissement géré par la société Y a racheté le groupe X dans le cadre d'une opération de LBO secondaire. Ainsi, le 31 janvier 2006, la SAS X Holding a conclu un contrat intitulé " Share Purchase agreement " visant à acquérir la totalité des actions et bons de souscription d'achat (BSA) émis par le holding de reprise constitué pour le premier LBO, la SAS X Holding, ainsi que les titres de la société X Finance, société regroupant les cadres du groupe X ayant investi dans cette première opération.

Dans ce contexte, est mis en place dans le cadre d'un contrat intitulé " Management agreement " en date 16 mars 2006, un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe X par l'intermédiaire de la société M, d'acquérir des actions et des BSA dits " BSA Ratchet " de la société X Holding.

Ainsi, le 30 mars 2006, la SAS M souscrit 3 548 311 actions de catégorie A de la société X Holding d'une valeur nominale de un euro.

Le même jour, elle souscrit également 3 455 605 " BSA Ratchet " émis par la société X Holding d'une valeur unitaire de un euro. Le contrat d'émission des " BSA Ratchet " stipule que ces titres donneront droit à la souscription d'un nombre d'actions de catégorie A de la société X Holding pour un prix de souscription de un euro. Le nombre d'actions nouvelles pouvant être souscrites est fixé en fonction d'une répartition des flux reçus en rémunération des différents titres émis par la société X Holding, déterminée suivant un barème progressif par tranche du taux de rendement interne (TRI). En cas de TRI inférieur à 12 %, aucune action nouvelle ne peut être souscrite. A l'inverse, le montant de la plus-value pouvant être rétrocédé est plafonné à 18,836 % du montant de la plus-value globale majorée d'un montant forfaitaire de 6 millions d'euros. Ces " BSA Ratchet " peuvent être exercés en cas de changement de contrôle ou d'introduction en bourse de la société X Holding.

Le 30 mars 2006, M. H a souscrit à une augmentation de capital de la société M d'un montant de 172 976 euros représentant 172 976 actions. Il a inscrit sur son plan d'épargne en actions (PEA) ces 172 976 actions.

Préalablement à cette souscription, M. H a signé en faveur de la société Y une promesse unilatérale de vente et d'achat des actions de la SAS M en cas de départ du groupe X avant le terme de ce LBO secondaire. Les conditions de rachat de ces actions sont fixées en fonction de l'évènement à l'origine du départ du cadre et de la date de son départ. Ainsi, en cas de départ à la retraite à l'âge légal ou pour invalidité, le nombre d'actions soumises à rachat diminuait chaque année, pour être nul au terme d'une période de 3 ans. Le prix de rachat est égal à la valeur la plus faible suivante : le prix du marché déterminé en fonction d'un multiple de l'EBITA (Earnings before interest, taxes and amortization) consolidé de la société X Holding minoré de l'endettement consolidé, la valeur nominale des titres de la société M majorée d'un intérêt de 6 % par an.

Le 18 avril 2006, la société M a cédé 2 852 274 actions de catégorie A de la société holding X Holding et souscrit 1 205 480 actions de catégorie A et 2 852 274 actions de préférence de catégorie B émis par ce holding d'une valeur unitaire de un euro. Ces actions de catégorie B sont rémunérées par un taux annuel d'intérêt capitalisé de 10,44 %.

Le 28 novembre 2007, M. H a acquis auprès de l'investisseur financier 31 600 actions de la société M pour une valeur de 85 004 euros, qu'il a inscrit sur son PEA. A cette date, M. H détenait ainsi 204 576 actions de la société M.

Par un contrat du 25 juillet 2008, le groupe X est cédé à une société de droit qatari N pour une valeur de 1 milliard 290 millions d'euros. Le nouvel investisseur financier offre aux cadres associés de la société M de céder leurs actions ou de les apporter à la société O, qui procédera à l'acquisition de ce groupe, ou à la société P, qui regroupera les cadres souhaitant investir dans ce nouveau LBO.

Le prix de cession et la valeur d'apport des actions de la société M fixés à 16,64 euros par action ont été déterminés à partir d'une évaluation des " BSA Ratchet ", qu'elle détenait, dont le prix est estimé à 31,95 euros.

Le 22 octobre 2008, M. H a ainsi cédé l'intégralité de ses actions de la société M réalisant une plus-value de 3 147 658 euros. Cette plus-value de cession n'a fait l'objet d'aucune taxation à l'impôt sur le revenu du fait de l'inscription des titres cédés sur son PEA.

Par une proposition de rectification en date du 21 décembre 2011, l'administration a considéré que la souscription, par l'intermédiaire de la société M, des " BSA Ratchet " émis par la société X Holding avait pour seul objectif de dissimuler un dispositif d'intéressement et de permettre ainsi à M. H, en logeant ses actions de la société M dans son PEA, d'échapper à toute imposition de cet intéressement par une utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur. L'administration a, sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, écarté ce montage financier pour imposer à l'impôt sur le revenu cette plus-value de cession.

Le Comité a entendu ensemble M. H et ses conseils, ainsi que les représentants de l'administration.

Le Comité constate que M. H a acquis 31 600 actions de la société M sur les 204 576 actions qu'il détenait après avoir été licencié du groupe X. Cette acquisition s'est faite au moyen du gain provenant du débouclage du premier LBO. Le montant investi représentait plus de 85 % de ce gain et une part substantielle de ses revenus.

Il relève que, si le montage financier mis en place par l'investisseur financier était susceptible de permettre aux principaux cadres participant à l'investissement de réaliser une plus-value importante en cas de succès de l'opération, l'administration, qui ne conteste pas le prix de souscription des " BSA Ratchet ", ne lui a pas soumis d'éléments permettant d'établir que M. H était assuré, en droit ou en fait, de ne prendre aucun risque sur son investissement.

Il note à cet égard qu'en cas de réalisation d'un TRI inférieur à 12 % lors de la cession ou de l'introduction en bourse de la société X Holding, aucun " BSA Ratchet " ne pouvait être exercé, et, par suite, que les sommes investies dans les " BSA Ratchet ", qui représentaient 42 % de l'investissement de la société M dans la société X Holding et donc, dans la même proportion, l'investissement réalisé par le contribuable par l'intermédiaire de cette société, étaient définitivement perdues.

Par suite, le Comité estime que le fait que l'investissement de M. H s'inscrivait dans un plan global permettant également la participation des cadres intermédiaires à ce LBO secondaire au travers d'un plan d'options d'achat d'actions de la société X Holding conditionnées à la réalisation de ce même niveau de TRI n'est pas suffisant pour qualifier cet investissement de dispositif d'intéressement et lui appliquer le même régime fiscal. En effet, à la différence d'un dispositif de plan d'options d'achat d'actions, M. H a immobilisé une somme conséquente pour acquérir indirectement ces " BSA Ratchet " qu'il risquait de perdre en fonction de l'évolution de la valeur du groupe X.

Il relève par ailleurs que la promesse de vente et d'achat des actions de la société M en cas de départ du groupe X, garantissait à M. H le rachat d'une partie de ses actions à une valeur minimale dans des conditions telles qu'elle ne remet pas en cause le risque qu'il a encouru en tant qu'investisseur.

En conséquence, le Comité en déduit, au vu des éléments portés à sa connaissance, que l'administration ne pouvait écarter l'application de l'exonération prévue au 5° bis de l'article 157 du code général des impôts comme n'étant pas applicable à cette plus-value de cession et qu'elle 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 considère que les contribuables ont transféré sur leur PEA pour partie une rémunération déguisée en plus-value.