

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 13 mars 2014 : avis rendus par le comité de l'abus de droit fiscal commentés par l'administration (CADF/AC n° 2/2014).

➤ **Affaire n° 2013-45 concernant M. et Mme P (impôt sur le revenu)**

Par acte notarié du 1er août 2008, M. et Mme P ont fait donation à leur fille, née en 2001, de la pleine propriété de 296 actions de la SAS X ainsi que de la nue-propiété de 1184 actions de cette même société laquelle a pour activité le conseil, la création, l'exploitation et la vente de services multimédia d'information et de commerce électronique.

La nue-propiété a été évaluée à 3/10^e de la valeur des titres en pleine propriété s'élevant à 412,50 euros par action.

Cet acte comporte une clause de remploi stipulant qu'en cas d'aliénation de ces titres, la nue-propiétaire s'interdit, sauf accord exprès des usufruitiers, de demander le partage en pleine propriété du prix représentatif de ces derniers et s'oblige, au contraire, à remployer le produit de ces aliénations dans tous biens dont l'acquisition pourra être décidée par les seuls usufruitiers afin de permettre le report des droits de ces derniers sur les biens nouvellement acquis.

Le 3 août 2008, dans le cadre d'un protocole d'acquisition des actions de la SAS X, la SARL Y s'est engagée à acquérir le solde des actions de la SAS avant le 18 août 2008. De leur côté, les actionnaires se sont engagés à céder les titres qu'ils détenaient sur la base d'un prix par action de 412,50 euros.

Le 3 août 2008, Mlle P a cédé à la SARL Y les 296 actions de la SAS X détenues en pleine propriété pour la somme de 122 100 euros, et, avec ses parents, les 1184 actions, dont la propriété avait été démembreée, de cette dernière société pour la somme de 488 400 euros.

La cession des titres détenus en pleine propriété, effectuée au prix où Mlle P les avait reçus en donation, n'a généré aucune plus-value. La cession des 1184 actions a généré une plus-value imposable à l'impôt sur le revenu, au taux de 18 %, et aux contributions sociales, d'un montant de 325 516 euros, soit une imposition globale de 97 979 euros. Les sommes issues de la cession des 1184 actions ont été portées sur un compte bancaire ouvert au nom des usufruitiers et de la nue-propiétaire.

Une convention de quasi-usufruit en date du 10 août 2008, conclue entre les époux P et leur fille, enregistrée le 10 septembre suivant, stipule que les époux exerceront leur usufruit sur la somme de 488 400 euros et s'engagent à restituer ce montant à leur fille ou à ses ayants droit au terme de l'usufruit. Cette convention précise, s'agissant de la déclaration d'emploi par les quasi-usufruitiers, que ceux-ci déclarent verser cette somme à titre de prime sur un contrat d'assurance-vie et, s'agissant de la créance de restitution à la nue propriétaire, que celle-ci dispense expressément les quasi-usufruitiers de donner une sûreté pour garantir les restitutions en fin d'usufruit.

L'analyse des flux financiers relevés sur les comptes bancaires a permis à l'administration de constater que M. et Mme P avaient appréhendé la quasi-totalité des sommes perçues lors de la vente des actions de la SAS X en affectant le prix perçu au règlement de leurs impositions personnelles, à des dépenses de train de vie et à des investissements.

L'administration a estimé que les donateurs avaient en réalité entendu conserver l'entière disposition du produit de la cession des biens donnés. Elle a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales et a écarté comme fictif l'acte de donation du 1^{er} août 2008. Elle a soumis à l'impôt sur le revenu et aux contributions sociales l'intégralité de la plus-value réalisée lors de la cession des 1480 actions de la SAS X, établie à la somme de 591 176 euros, sous déduction de la plus-value déjà imposée d'un montant de 325 516 euros.

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

Il ressort de cette audition que la cession des actions de la SAS X s'inscrit dans le cadre d'une opération de "leverage buy out" (LBO) pour laquelle M. et Mme P avaient une dette s'élevant à environ un million d'euros et que le contrat d'assurance-vie, souscrit, conformément à la convention de quasi-usufruit, a été offert à titre de garantie en vue de la couverture de la moitié de cette dette.

Le Comité constate, en premier lieu, que le produit, s'élevant à 122 100 euros, tiré de la cession des 296 actions de la SAS X, données en pleine propriété à leur fille, a été utilisé par les époux P, à hauteur de 116 400 euros, pour le règlement de l'impôt sur le revenu et des prélèvements sociaux dont ils étaient redevables au titre de l'année 2008, afférents principalement à la plus-value de cession des 1184 titres, et pour le financement de dépenses de train de vie.

Le Comité estime que la plus-value générée par la cession conjointe des 1184 actions de la SAS X était imposable au nom de M. et Mme P en tant qu'usufruitiers dès lors que la convention de quasi-usufruit conclue le 10 août 2008 a eu pour effet d'annuler la clause de report de l'usufruit en cas d'aliénation des biens transmis prévue dans l'acte de donation du 1^{er} août 2008 de sorte que cette clause ne s'est jamais appliquée.

Il en déduit que M. et Mme P se sont ainsi réappropriés les fonds issus de la cession des 296 actions de la SAS X données en pleine propriété.

Le Comité relève, en second lieu, que seule la somme de 340 000 euros a été versée sur le contrat d'assurance-vie ayant été souscrit et que le surplus de la somme de 488 400 euros a permis de réaliser des placements au nom de Mme P (livret de développement durable et plan d'épargne en actions), de rembourser une avance faite aux époux P ou encore de régler diverses dépenses courantes.

Le Comité déduit de l'ensemble de ce qui précède que, dans le contexte global dans lequel la donation s'est inscrite, les opérations réalisées révèlent l'absence de dépouillement irrévocable de la part des donateurs de sorte que ne sont pas remplies les conditions de la donation, laquelle présente un caractère fictif.

Le Comité émet en conséquence l'avis que, dans les circonstances de l'espèce, l'administration était fondée 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'acte de donation du 1^{er} août 2008 et imposer au nom de M. et Mme P l'intégralité de la plus-value réalisée suite à la cession des 1 480 actions de la SAS X.

Enfin, le Comité estime que M. et Mme P doivent être regardés comme ayant eu l'initiative principale des actes constitutifs de l'abus de droit et, en outre, en ont été les principaux bénéficiaires au sens du b) de l'article 1729 du code général des impôts. Il émet, par suite, l'avis que l'administration est fondée à appliquer la majoration de 80 % prévue par ces dispositions.

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

➤ **Affaire n° 2013-54 concernant la SAS S (impôt sur les sociétés)**

La SAS S, dont le capital est intégralement détenu par M. A, est spécialisée dans la commercialisation, l'audit et la mise en services d'infrastructures complexes de stockage, sauvegarde et archivage de données de l'entreprise.

Le 24 janvier 2007, la société T, dont le capital est détenu par les actionnaires fondateurs de la société U, s'est rapprochée de la SAS S et de la société V, société située à Monaco, aux fins de créer une filiale commune, la société W, ayant pour objet l'exploitation des logiciels développés par le groupe U.

Le 21 mai 2007, la société W est créée, avec un capital de 630 000 euros, divisé en 630 000 actions d'un euro de nominal, réparti entre les sociétés T (50,01%), V (24,99%) et S (24,99%).

Selon le protocole conclu le 21 mai 2007 entre les actionnaires de la société W, puis modifié par deux avenants du 12 juillet 2007 et du 19 décembre 2007, la société T a consenti à la SAS S une promesse d'achat des titres de la société W, pour un prix d'achat déterminé en fonction du résultat net de la société W, et selon un échéancier fixé à l'avance (avant le 31/01/2008 pour un montant maximum de 63 000 titres, avant le 31/01/2009 pour un montant maximum de 44 100 titres et dans les 15 jours de l'arrêté des comptes 2009 pour 50 398 titres). En juillet 2007, la société U acquiert les titres de la société T.

Le 14 novembre 2007, la société S Lux est créée au Luxembourg par deux sociétés situées aux Iles vierges britanniques, la société X LTD et la société Y LTD.

M. A est nommé administrateur-délégué de la société S Lux, chargé de la gestion quotidienne et de la représentation de la société dans le cadre de cette gestion, ayant tous pouvoirs d'engager la société par sa seule signature dans ce cadre, et dont la signature est obligatoire dans tous les autres cas.

Par acte sous seing privé du 19 décembre 2007, la SAS S a cédé à la société S Lux 149 623 actions de la société W sur les 157 497 lui appartenant. Cette cession a été réalisée à la valeur nominale des titres pour un prix de 149 623 euros, soit 1 euro la part.

Par acte sous seing privé du 10 janvier 2008, la société S Lux a cédé à la société U 63 000 actions de la société W pour un prix de 6 224 240 euros, soit 98,80 euros la part.

Par acte sous seing privé du 18 mars 2009, la société S Lux cède à la société U, 86 623 actions de la société W pour un prix de 3 464 920 euros, soit 40 euros la part.

Les plus-values réalisées par la société S Lux ont bénéficié d'une exonération d'impôt au Luxembourg.

Enfin le solde des actions de la société W détenu par la SAS S, soit 7 875 actions, a été cédé à la société U le 18 mars 2009 pour un prix de 315 000 euros, soit 40 euros la part.

L'administration a estimé que la cession, le 19 décembre 2007, par la SAS S à la société S Lux de ses actions de la société W, n'avait eu d'autre objet que celui de permettre à la SAS S d'échapper à toute taxation des plus-values réalisées au titre des cessions des titres de la société W réalisées ultérieurement en 2008 et 2009, eu égard à l'exonération des gains en capital dont la société S Lux bénéficiait au Luxembourg en application de la législation en vigueur dans ce pays lorsqu'une société détient au moins 10 % du capital d'une autre société pendant une période de douze mois. L'administration a écarté cet acte de cession sur le fondement de la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

L'administration a ainsi considéré que la SAS S avait cédé à titre onéreux les actions de la société W directement à la société U, réalisant des plus-values taxables s'élevant à 6 121 240 euros au titre de l'exercice clos en 2008 et à 3 378 297 euros au titre de l'exercice clos en 2009.

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

Le Comité constate que, dès l'origine des opérations de rapprochement entre la SAS S et les sociétés T et V, les parties avaient prévu les conditions de vente ultérieure des actions de la société W au bénéfice d'une société du groupe U.

Il relève que la SAS S et la société S Lux avaient des liens d'intérêt, compte tenu notamment des attributions conférées à M. A au sein de cette dernière société, du fait de son statut d'administrateur délégué.

Le Comité relève, en outre, que le prix de cession, pour un euro le titre, retenu lors de la vente des titres de la société W au bénéfice de la société S Lux, très inférieur au prix d'exercice de la promesse d'achat consentie antérieurement à la SAS S par la société T, atteste de la collusion existant entre la SAS S, la société S Lux et M. A.

Le Comité constate que l'acte de cession en date du 19 décembre 2007 des titres à leur valeur nominale a permis à la SAS S de ne pas appréhender directement les profits qui seront réalisés en 2008 et 2009 par la société S Lux, implantée au Luxembourg, et qui ont vocation à revenir en dernier lieu aux actionnaires de cette dernière société, situés aux Iles vierges Britanniques. Il estime que cet acte a, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, été inspiré, en organisant le flux financier de la cession des titres au Luxembourg où cette cession était exonérée, par le motif exclusivement fiscal d'éviter la taxation, en France dans le chef de la SAS S, des plus-values réalisées ultérieurement lors de l'exercice des promesses d'achat prévues dès l'origine des opérations. Ce montage repose sur une cession présentant un caractère artificiel et allant à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur, lorsqu'il a prévu la taxation des plus-values réalisées lors de la cession de titres de sociétés.

En conséquence, le Comité émet l'avis que, dans les circonstances particulières de l'espèce, 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 pour écarter cet acte de cession et regardé la SAS S comme étant toujours détentrice des titres lorsqu'elle a procédé à leur cession ultérieure, laquelle a généré les plus-values en litige .

Enfin, le Comité estime que la SAS S doit être regardée 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 est fondée à appliquer la majoration de 80 % prévue par ces dispositions.

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

➤ ***Affaire n° 2013-53 concernant la SARL X (prélèvement prévu à l'article 244 bis A du CGI)***

La SARL X, société de droit luxembourgeois a été créée le 13 juillet 2007 par la SARL Y. Cette dernière société a été créée le même jour au Luxembourg, et a pour actionnaires deux sociétés luxembourgeoises ayant pour l'une, détenant 20 % des parts, un associé unique domicilié en Grande Bretagne et pour l'autre, détenant 40 % des parts, deux associés également domiciliés en Grande Bretagne. Les 40% restants du capital de cette société sont détenus par une société domiciliée aux Iles vierges britanniques et dont l'unique associé est domicilié à Monaco.

La SARL X a notamment pour objet l'acquisition et la vente de biens immobiliers situés au Luxembourg ou à l'étranger ainsi que toutes les opérations liées à des biens immobiliers, comprenant en particulier la prise de participations directes ou indirectes dans des sociétés situées au Luxembourg ou à l'étranger et dont l'objet principal consiste en l'acquisition et la vente de biens immobiliers.

La SARL X a créé le 7 octobre 2007 cinq sociétés immatriculées au Danemark et dont elle détenait l'intégralité des parts. Ces sociétés ont procédé chacune le 28 décembre 2007 à l'acquisition de divers biens immobiliers situés en France ou des parts de sociétés françaises ayant à leur actif de tels biens. Ces cinq sociétés danoises ont ensuite revendu ces biens entre le 25 mars 2008 et le 29 janvier 2009 à cinq sociétés françaises, dégageant ainsi une plus-value globale de 70 millions d'euros environ.

La SARL X conclut le 26 novembre 2007 un protocole de cession portant sur l'ensemble de ces biens immobiliers et de ces parts sociales.

L'administration a procédé en 2011 à la vérification de la comptabilité de la SARL X pour la période allant du 1^{er} janvier 2008 au 31 décembre 2009. A l'issue du contrôle, elle a estimé que cette société devait être regardée comme ayant réalisé elle-même les opérations d'acquisition et de revente des biens immobiliers situés en France et que l'interposition des sociétés danoises, restées sous son entière dépendance et dépourvues de substance économique, avait eu pour but exclusivement fiscal l'exonération des plus-values devant être réalisées lors de la revente de ces biens immobiliers grâce à l'application de la convention franco-danoise du 8 février 1957, étant observé que la réalisation de ces opérations par la SARL X ne permettait plus une telle exonération des plus-values en raison de la modification de la convention franco-luxembourgeoise par l'avenant du 24 novembre 2006, applicable aux exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2008.

L'administration a été avisée en réponse à la demande d'assistance administrative internationale que les sociétés danoises étaient dénuées de toute substance. Selon les informations communiquées par les autorités fiscales danoises, elles ne disposent d'aucun salarié ni d'aucun moyen d'exploitation et n'ont réalisé aucun chiffre d'affaires pour la période considérée.

L'administration a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales et a soumis les plus-values réalisées en 2008 et 2009 au prélèvement de 33,33 % prévu à l'article 244 *bis* A du code général des impôts dont la convention franco-luxembourgeoise dans sa rédaction en vigueur lors des cessions permettait l'application.

Après avoir entendu ensemble le représentant de la société et son conseil ainsi que le représentant de l'administration, le Comité constate que l'application de la convention franco-danoise conduit à l'absence d'imposition dans l'un ou l'autre de ces deux pays des plus-values résultant de cessions de biens immobiliers en cause, et que tel était aussi le cas pour l'application de la convention franco-luxembourgeoise avant l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2008, de l'avenant du 24 novembre 2006.

Le Comité relève que l'ensemble des démarches nécessaires à l'achat et à la revente des biens concernés a été réalisé par la société SARL X, et ce, avant la création des sociétés danoises, et notamment en ce qui concerne la recherche des biens immobiliers, leur financement ou la recherche des acquéreurs.

Il note que le 27 juillet 2007 deux sociétés civiles immobilières propriétaires de l'ensemble des immeubles en cause ou des parts sociales des sociétés détenant certains de ces immeubles avaient consenti une promesse de vente à la société luxembourgeoise détenant 40 % des parts de la société SARL X et que cette promesse était assortie d'une clause de substitution au profit de cette dernière société.

Le Comité constate au vu des éléments portés à sa connaissance que le centre économique de ces opérations immobilières s'est entièrement situé au Luxembourg et il note que les flux financiers relatifs à ces opérations ont été appréhendés au Luxembourg.

Le Comité estime que c'est seulement en raison de l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 de l'avenant du 24 novembre 2006 à la convention franco-luxembourgeoise, qui a eu pour conséquence de rendre ces plus-values imposables en France, que la société SARL X a interposé les sociétés danoises.

Le Comité considère, que l'interposition de ces sociétés n'a été inspirée par aucun autre motif que celui d'éviter le prélèvement de l'article 244 *bis* A du code général des impôts auquel les plus-values réalisées sont soumises en application de la convention franco-luxembourgeoise et que cette interposition est contraire aux objectifs poursuivis par les États signataires de la convention franco-danoise, qui n'avaient pas l'intention de permettre une absence totale d'imposition des plus-values, du seul fait de la création de sociétés dans l'un des pays, lorsque cette création ne résulte que de la volonté d'échapper à l'impôt.

Le Comité émet en conséquence l'avis que l'administration était fondée à mettre en œuvre la procédure prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales pour faire application de la convention franco-luxembourgeoise et soumettre la société X au prélèvement prévu à l'article 244 *bis* A du code général des impôts.

Enfin, le Comité estime que la société X doit être regardée 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 est fondée à appliquer la majoration de 80 % prévue par ces dispositions.

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