

COMITE DE L'ABUS DE DROIT FISCAL

RAPPORT ANNUEL

2 0 1 3

Rapport établi par le comité de l'abus de droit fiscal composé de :

- M. Gilles BACHELIER, conseiller d'Etat, Président,
- suppléant, M. François LOLOUM ;
- M. Yves GERARD, conseiller à la Cour de cassation,
- suppléant, Jean-Pierre ZANOTO ;
- M. Gilles ENTRAYGUES, avocat,
- suppléant, M. Patrick MICHAUD ;
- M. Jean-Pierre COSSIN, conseiller maître honoraire à la Cour des comptes,
- suppléante, Mme Catherine DEMIER ;
- M. Axel DEPONDT, notaire,
- suppléant, M. Arnaud HOUIS ;
- M. Jean-François PESTUREAU, expert-comptable,
- suppléante, Mme Tania FOURNAISE ;
- M. Guy GILBERT, professeur des universités,
- suppléant, M. Christophe DE LA MARDIERE.

I. OBSERVATIONS GENERALES

En vertu de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales issu de l'article 35 de la loi de finances rectificative pour 2008, « *Afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles.* »

Par ailleurs selon l'article 1729 du code général des impôts (CGI),

« *Les inexactitudes ou les omissions relevées dans une déclaration ou un acte comportant l'indication d'éléments à retenir pour l'assiette ou la liquidation de l'impôt ainsi que la restitution d'une créance de nature fiscale dont le versement a été indûment obtenu de l'Etat entraînent l'application d'une majoration de :*

a. ... ;

b. 80 % en cas d'abus de droit au sens de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales ; elle est ramenée à 40 % lorsqu'il n'est pas établi que le contribuable a eu l'initiative principale du ou des actes constitutifs de l'abus de droit ou en a été le principal bénéficiaire ;... ».

Aux termes de l'article 1653 C du code général des impôts

« *Le comité prévu à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales comprend :*

a. un conseiller d'Etat, président ;

b. un conseiller à la cour de cassation ;

c. un avocat ayant une compétence en droit fiscal ;

d. un conseiller maître à la Cour des comptes ;

e. un notaire ;

f. un expert-comptable ;

g. un professeur des universités, agrégé de droit ou de sciences économiques.

Les membres du comité sont nommés par le ministre chargé du budget sur proposition du Conseil national des barreaux pour la personne mentionnée au c, du Conseil supérieur du notariat pour la personne mentionnée au e et du Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables pour la personne mentionnée au f.

Des suppléants sont nommés dans les mêmes conditions.

Le ministre chargé du budget désigne en outre un ou plusieurs agents de catégorie A de la direction générale des finances publiques pour remplir les fonctions de rapporteur auprès du comité. »

Les membres sont tenus au respect des règles de secret professionnel. Des obligations déontologiques leurs sont imposées.

Ainsi, l'article 1653 D du code général des impôts dispose que :

« *I. Tout membre du comité de l'abus de droit fiscal doit informer le président :*

1° des intérêts qu'il a détenus au cours des deux ans précédant sa nomination, qu'il détient ou vient à détenir ;

2° des fonctions dans une activité économique ou financière qu'il a exercées au cours des deux ans précédant sa nomination, qu'il exerce ou vient à exercer ;

3° de tout mandat au sein d'une personne morale qu'il a détenu au cours des deux ans précédant sa nomination, qu'il détient ou vient à détenir.

Ces informations ainsi que celles concernant le président sont tenues à la disposition des membres du comité.

Aucun membre du comité ne peut délibérer dans une affaire dans laquelle lui-même ou, le cas échéant, une personne morale au sein de laquelle il a, au cours des deux ans précédant la délibération, exercé des fonctions ou détenu un mandat, a ou a eu un intérêt au cours de la même période. Il ne peut davantage participer à une délibération concernant une affaire dans laquelle lui-même ou, le cas échéant, une personne morale au sein de laquelle il a, au cours des deux ans précédant la délibération, exercé des fonctions ou détenu un mandat, a représenté une des parties intéressées au cours de la même période.

Le président du comité prend les mesures appropriées pour assurer le respect de ces obligations et interdictions.

II. Les membres et les personnels du comité de l'abus de droit fiscal sont tenus au respect des règles de secret professionnel définies à l'article L. 103 du livre des procédures fiscales.

Ce secret n'est pas opposable à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale.

III. Nul ne peut être membre de ce comité s'il a été condamné au cours des cinq années passées, selon les modalités prévues à l'article 131-27 du code pénal, à une peine d'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale. »

Lorsque le Comité de l'abus de droit fiscal est saisi, le contribuable et l'administration sont invités par le président à présenter leurs observations (CGI, art. 1653 E).

II. ACTIVITE DU COMITE DE L'ABUS DE DROIT FISCAL

A. Nombre d'affaires reçues et d'avis rendus au cours de l'année 2013

En 2013, le Comité, saisi de 54 affaires, a examiné 43 dossiers au cours des 11 séances qu'il a tenues.

TYPOLOGIE DES AFFAIRES (par impôt)	NOMBRE D'AFFAIRES		AVIS RENDUS	
	Reçues en 2013	Examinées en 2013 (1)	Favorables à la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit fiscal	Défavorables à la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit fiscal
Droits d'enregistrement et impôt de solidarité sur la fortune <i>(dont Impôt de solidarité sur la fortune)</i>	6 <i>(2)</i>	4 <i>(1)</i>	3 -	1 <i>(1)</i>
Impôt sur le revenu	35	32	16	16
Impôt sur les sociétés	13	7	6	1 ⁽²⁾
Cotisation minimale de taxe professionnelle	0	0	-	-
Taxe sur la valeur ajoutée	0	0	-	-
TOTAL	54	43	25	18

⁽¹⁾ En 2013, le Comité a examiné 43 dossiers : 5 affaires en stock au 31 décembre 2012 et 38 affaires reçues en 2013. Il reste, au 31 décembre 2013, 15 affaires en stock : droits d'enregistrement (3), impôt sur le revenu (6), impôt sur les sociétés (6).

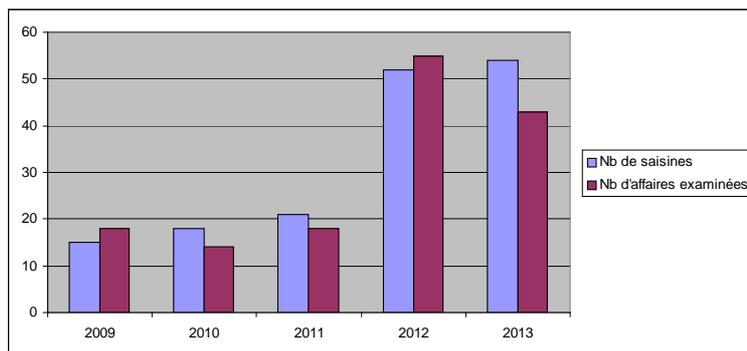
⁽²⁾ Dans une affaire le Comité a rendu un avis mixte : deux montages distincts regardés comme relevant de la procédure de l'abus de droit fiscal lui étaient soumis et il a émis un avis partiellement favorable à la mise en œuvre de cette procédure (avis favorable concernant le premier montage et avis défavorable concernant le second).

Le nombre de saisines du Comité, en augmentation constante au cours des trois dernières années, se stabilise en 2013 à un niveau équivalent à celui de 2012 (15 saisines en 2009, 18 en 2010, 21 en 2011, 52 en 2012 et 54 en 2013). Le nombre élevé des saisines du Comité en 2012 et 2013 trouve en partie son explication dans le fait qu'un même montage a été mis en œuvre au profit de plusieurs contribuables à l'encontre desquels l'administration a recouru à la procédure de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales. Le nombre de dossiers examinés par le Comité au cours de ces deux années (55 en 2012 et 43 en 2013) procède de ce même constat. Le nombre de dossiers en stocks au 31 décembre 2013 (15 dossiers contre 5 au 31 décembre 2012) s'explique par un nombre important de saisines du Comité en fin d'année.

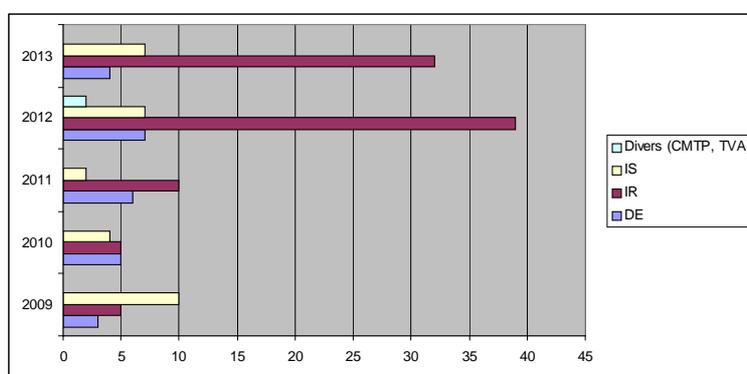
La typologie par impôt des affaires examinées par le Comité est relativement stable. Comme en 2012, la majorité des affaires traitées concerne l'impôt sur le revenu (74 % des dossiers en 2013 et 71% en 2012).

Les graphiques ci-après retracent l'activité du Comité au cours des cinq dernières années :

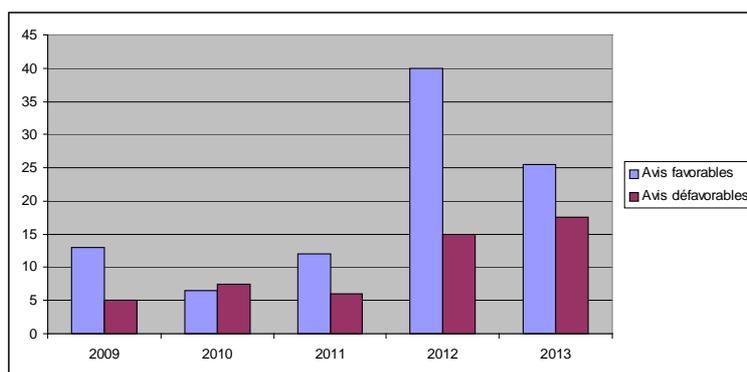
- **Evolution du nombre d'affaires reçues et traitées par le Comité :**



- **Typologie des affaires examinées par impôts (droits d'enregistrement et impôt de solidarité sur la fortune, impôt sur le revenu, impôt sur les sociétés, divers)**



- **Sens des avis émis par le Comité (favorables ou défavorables à la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit fiscal).**



B. Motifs des redressements

Le tableau ci-dessous récapitule les dossiers examinés par le Comité au cours de l'année 2013.

NATURE DE L'IMPOT	MOTIFS	Références des affaires
Droits d'enregistrement et impôt de solidarité sur la fortune (4)	<ul style="list-style-type: none"> - Donations déguisées en vente (1) - Déchéance du régime des marchands de biens (article 1115 du CGI) (1) - Opération d'apports ayant pour but de donner une apparence étrangère à des titres d'origine française (1) - Impôt de solidarité sur la fortune (1) 	<p>2013-24</p> <p>2012-50</p> <p>2013-12</p> <p>2013-01</p>
Impôt sur le revenu (32)	<ul style="list-style-type: none"> - Plus-values mobilières <ul style="list-style-type: none"> - Régime du sursis d'imposition (CGI, art. 150-0 B) (6) - Donation-cession : donation de titres requalifiée en donation de liquidités (1) - Utilisation abusive d'un plan d'épargne en actions (11) - Interposition d'une société étrangère (6) - Revenus fonciers (2) - Utilisation de billets à ordre fictifs (5) - RCM – Opération visant à bénéficier de la convention franco-luxembourgeoise (1) 	<p>2012-46, 2012-51, 2012-52, 2013-22, 2013-03, 2013-28</p> <p>2013-13</p> <p>2013-10, 2013-11, 2013-14, 2013-15, 2013-46, 2013-47, 2013-48, 2013-49, 2013-50, 2013-51, 2013-52</p> <p>2013-04, 2013-05, 2013-06, 2013-07, 2013-08, 2013-09</p> <p>2013-53, 2013-16</p> <p>2013-37, 2013-38, 2013-39, 2013-40, 2013-43</p> <p>2013-23</p>
Impôt sur les sociétés et retenue à la source (7)	<ul style="list-style-type: none"> - Interposition d'une société Luxembourgeoise pour échapper à la retenue à la source (1) - Requalification de charges d'intérêts d'obligations remboursables en actions en distributions de dividendes (1) - Opérations visant à bénéficier de la convention franco-luxembourgeoise et soustraire à l'impôt des plus-values (1) - Utilisation de billets à ordre fictifs (3) - Dissimulation d'un financement en capital sous forme d'un prêt (1) 	<p>2013-25</p> <p>2013-27</p> <p>2013-26</p> <p>2013-36, 2013-41, 2013-42</p> <p>2013-44</p>

♦ ***En matière de droits d'enregistrement et d'impôt de solidarité sur la fortune***, le nombre d'affaires reçu est stable (6 affaires reçues en 2013 contre 7 en 2012), même si le nombre d'affaires examinées a diminué (7 en 2011, 7 en 2012 et 4 en 2013).

En matière de droits d'enregistrement, une affaire concerne une donation déguisée en vente, une autre se rapporte à la déchéance du régime de marchand de biens et une troisième est relative à des opérations d'apports de titres en cascade effectués dans le but de donner une apparence étrangère à des titres d'origine française.

Dans cette dernière affaire, le montage mis en place consistait à faire des apports en cascade de titres d'une société française M à des sociétés luxembourgeoises (A et G), avant de procéder à la donation des titres de la société G, reçus en échanges des apports. Le Comité a confirmé le bien-fondé de la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit fiscal, relevant que les apports aux sociétés G et A, constituaient un montage directement lié à la donation litigieuse et n'avaient pour seul but que de contourner, par une application littérale et contraire à l'intention du législateur, les dispositions de l'article 750 ter du code général des impôts (CGI), en conférant artificiellement aux biens donnés la nationalité luxembourgeoise.

En matière d'impôt de solidarité sur la fortune (ISF), l'affaire a porté sur la souscription par un contribuable à des augmentations de capital de sa propre société, les apports ainsi réalisés générant une réduction d'ISF (article 885-0 V bis du CGI) que l'administration a remise en cause en considérant que les apports étaient exclusivement motivés par des préoccupations d'ordre fiscal. En l'absence de toute condition prévue par le législateur tenant à ce que le contribuable ne se réapproprie pas d'une autre manière les sommes investies dans la société dont il est le maître et qui lui ont permis de bénéficier d'une réduction d'impôt, le Comité a émis un avis défavorable à la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit au motif que l'administration ne démontrait ni que la société en cause n'avait aucune activité ni que le contribuable s'était livré à un montage purement artificiel.

♦ ***En matière d'impôt sur le revenu***, le Comité a eu, comme en 2012, à examiner plusieurs affaires concernant des opérations d'apport-cession de titres dans le cadre des dispositions de l'article 150-0 B du CGI.

Le Comité a également eu à connaître 11 affaires d'utilisation abusive d'un plan d'épargne en actions (PEA). Dans le cadre d'opérations de « leverage by out » (LBO), l'administration a considéré que l'inscription sur un PEA, de titres souscrits d'une holding par les dirigeants d'un groupe, procédait d'une utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur dans la mesure où le contribuable avait transféré sur ce plan une rémunération déguisée en plus-value, le gain réalisé lors de la revente de ces titres ne pouvant par suite pas bénéficier de l'exonération prévue au 5° bis de l'article 157 du CGI.

Dans 4 de ces affaires, le Comité a constaté que les actions acquises par les dirigeants au moyen de leurs propres deniers, constituaient un investissement représentant une part significative de leurs revenus et que ces derniers, eu égard aux circonstances de l'espèce, avaient bien pris un risque encouru en tant qu'investisseur et n'agissaient pas en tant que salariés de sorte que l'administration ne pouvait écarter le bénéfice du 5° bis de l'article 157 du CGI.

Dans les 7 autres affaires, le Comité a en revanche constaté, qu'en raison des caractéristiques de l'opération et des modalités de souscription des actions à bons de souscription d'actions, l'opération se caractérisait en fait par la répartition entre les différents dirigeants souscripteurs, d'une somme prédéterminée, constitutive d'une prime d'intéressement liée à leur activité salariée, sans que ces derniers n'encourent un risque d'investisseur financier.

Enfin le Comité s'est prononcé à deux reprises sur des opérations de cession d'usufruit temporaire de biens qui, selon l'administration, avaient eu pour seul but d'éviter l'impôt sur le revenu dû au titre des revenus fonciers à raison des loyers qui, sans ces opérations, auraient été normalement versés et imposés, la plus-value dégagée lors de cette cession n'ayant par ailleurs donné lieu à aucune imposition en vertu du I de l'article 150 VC du CGI. Le Comité a estimé que la cession d'usufruit temporaire avait produit des effets juridiques et économiques distincts de ceux d'un contrat de bail en permettant aux contribuables de bénéficier immédiatement du prix de cession ferme et définitif au lieu et place de loyers échelonnés sur plusieurs années et dont le versement était susceptible d'être interrompu en raison de circonstances propres au titulaire du bail. Il a ainsi émis un avis défavorable à la procédure d'abus de droit mis en œuvre par l'administration.

◆ ***En matière d'impôt sur les sociétés***, le Comité a estimé que l'abus de droit était caractérisé dans 6 dossiers. Dans le septième dossier examiné, deux montages distincts redressés selon la procédure de l'abus de droit fiscal étaient soumis au Comité qui a émis un avis favorable s'agissant du premier montage et défavorable pour le second.

Le Comité a de nouveau eu à connaître de 3 affaires d'utilisation abusive de la convention franco-luxembourgeoise. Ainsi, dans une affaire, le Comité a considéré que l'interposition d'une société luxembourgeoise, dénuée de toute substance économique, avait eu pour but exclusivement fiscal de masquer le caractère imposable en France des dividendes versés par la société luxembourgeoise, par l'application littérale des dispositions de la convention franco-luxembourgeoise.

Dans une deuxième affaire, le Comité a relevé que l'interposition artificielle d'une société luxembourgeoise, dénuée de toute substance économique, avait été effectuée dans le seul but de faire échapper à la retenue à la source, les distributions effectuées par la société française à leurs véritables bénéficiaires résidant en Suisse, et ce contrairement à l'esprit poursuivi par le législateur lorsqu'il a institué la retenue à la source.

III. AVIS RENDUS PAR LE COMITE DE L'ABUS DE DROIT FISCAL

A. DROITS D'ENREGISTREMENT ET IMPOT DE SOLIDARITE SUR LA FORTUNE

a) Donations déguisées en vente

➤ Affaire n° 2013-24 concernant consorts P.

Par acte authentique du 8 décembre 2005, M. P a donné à chacun de ses enfants A, née le 23 mai 1987, et B, né le 30 mars 1989 alors mineur, la somme de 150 000 €. Ces deux enfants, nés hors mariage, résident avec leur mère dans un appartement situé à Paris (6^{ème} arrondissement) et appartenant à M. K.

Par acte du même jour, M. K a vendu à A et B la nue propriété indivise de cet appartement au prix de 280 000 €. Le prix en a été acquitté en la comptabilité du notaire.

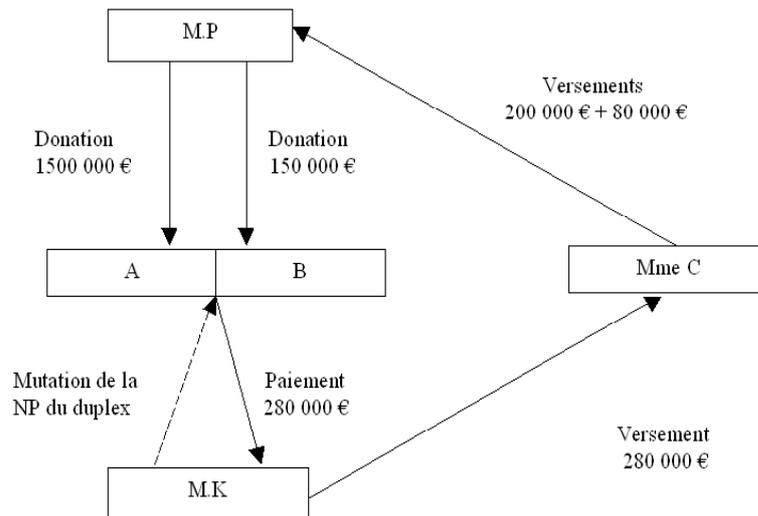
Le 13 décembre 2005, M. K a versé la somme de 280 000 € à sa mère, Mme C, qui elle-même l'a reversée en deux fois (le 14 décembre pour 200 000 € et le 22 décembre pour 80 000 €) à M. P.

L'administration a procédé à un contrôle de la valeur déclarée et a notifié un rehaussement en raison de l'insuffisance de prix. Elle a aussi estimé que cette opération prise dans son ensemble constituait une donation déguisée de la nue-propriété du bien par M. K aux enfants P. Elle a en conséquence notifié le 16 février 2010 un redressement dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal, après avoir au préalable rehaussé la valeur d'assiette de la transmission.

Pour procéder à la requalification de la vente en donation déguisée, elle a relevé que les deux enfants P, âgés de 18 et 16 ans au moment de l'acquisition du bien, ne disposaient d'aucune ressource, que les donations réalisées par leur père leur avaient permis d'acquitter le paiement du prix et que l'analyse du circuit de la somme de 280 000 € permettait de démontrer que certes M. K en avait encaissé le montant mais que celui-ci était revenu en moins de deux semaines entre les mains de M. P, par le biais de deux versements, via une tierce personne proche tant de M. K que de M. P. L'administration a aussi relevé que M. K était en relation professionnelle avec M. P et avait lui-même indiqué d'une part que les deux enfants P acquéreurs de la nue propriété de l'appartement y vivaient depuis leur naissance avec leur mère et, d'autre part, qu'il avait habité à cette même adresse jusqu'en 2002. Elle a constaté que si M. K avait indiqué résider depuis 2002 à une autre adresse, il avait mentionné dans deux actes de vente conclus en 2006 et en 2008 cet appartement comme lieu de résidence.

L'administration en a déduit que les opérations ainsi réalisées présentaient dans leur ensemble un but exclusivement fiscal découlant de l'artificialité du montage retenu ayant pour but exclusif d'éviter une taxation au taux de 60 % de la valeur du bien immobilier que M. K a entendu donner à ces deux enfants, son intention libérale manifeste étant établie par son appauvrissement sans contrepartie et un enrichissement équivalent des acquéreurs qui l'ont accepté, le paiement effectif du prix ayant été rendu possible par la donation que leur a consentie leur père.

Le Comité, après avoir entendu le représentant des contribuables et ceux de l'administration, relève que l'opération d'ensemble, ayant donné lieu à la rectification envisagée par l'administration, obéit au schéma suivant :



Le Comité relève que l'ensemble des intervenants à cette opération étaient en relation familiale ou personnelle. Il note qu'aucun élément précis n'a pu être apporté quant à la cause du versement, d'une part, par M.K de la somme de 280 000 € à sa mère et, d'autre part, de cette somme en deux fois par celle-ci à M. P.

Le Comité estime que, bien qu'il ne soit pas contesté que le prix de cette acquisition immobilière a été effectivement payé par la comptabilité du notaire, l'acte de cession du 8 décembre 2005 doit, en l'absence d'éléments justificatifs des causes de ces virements, être regardé comme n'ayant pas effectivement donné lieu au versement du prix, celui-ci ayant, en réalité, été restitué par le vendeur à travers le circuit financier décrit ci-dessus. Il considère au vu des éléments qui lui ont été soumis, que ce circuit révèle en fait la volonté de M. K de consentir une donation aux enfants de M. P qui résidaient dans son appartement en les gratifiant de la nue-propriété de ce bien, la donation consentie par M. P à ses enfants ayant été effectuée afin de les mettre en mesure, alors qu'il n'est pas contesté qu'ils ne disposaient d'aucune ressource personnelle, de procéder au paiement du prix en la comptabilité du notaire.

Le Comité émet ainsi l'avis que l'administration était fondée à mettre en œuvre en l'espèce la procédure de l'abus de droit fiscal.

Enfin, le Comité estime que A et B doivent être regardés comme les principaux bénéficiaires de l'opération constitutive d'un 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) Déchéance du régime des marchands de biens (article 115 du CGI)

➤ Affaire n° 2012-50 concernant la SCI W

La SCI W, créée le 12 juillet 1996, a pour gérant M. F, et pour associés son gérant (1% des parts) et la société suisse D (99 %), société holding de détention des participations de M. F ayant son siège social à Genève.

Par acte du 4 mars 2005, la SCI W a acquis une propriété bâtie sise à R... (Var) au prix de 2 500 000 euros, prenant l'engagement de revendre ce bien dans les 4 ans en se plaçant sous le régime des achats destinés à la revente prévu à l'article 1115 du code général des impôts.

Cette acquisition a été financée par un prêt sans intérêt de D au profit de la SCI.

Par acte du 2 mars 2009, la SCI W a revendu le bien en cause à la SCI A constituée le 9 février 2009 entre M. F (1% des parts) et sa fille, Mme F (99 %), tous deux co-gérants.

Le prix de 2 600 000 euros a été payé au moyen d'un crédit vendeur accordé pour une durée maximale de 10 ans, moyennant un intérêt annuel égal à 3 %.

Par une proposition de rectification en date du 30 janvier 2012, l'administration a contesté l'opération de revente dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

Le Comité a entendu ensemble le conseil de la SCI W et le représentant de l'administration fiscale.

Le Comité relève qu'il existe entre la SCI W et la SCI A une communauté d'intérêt tenant aux liens familiaux unissant les associés de ces deux sociétés. Il note à cet égard que Mme F a été représentée lors de la signature des statuts de la SCI A par le même conseil que son père, lequel représentait également ladite SCI lors de la cession du 2 mars 2009 alors qu'il s'était vu également confié par la SCI W un mandat aux fins de vendre le bien en cause.

Il note que la SCI W a elle-même financé le prix d'acquisition en accordant un crédit vendeur sur la totalité du prix pour une durée de dix ans, motif pris de ce que Mme F devait arbitrer entre ses actifs qui étaient placés. Il constate cependant que les intérêts dus par l'acquéreur en contrepartie de ce financement n'ont été payés ni en 2009, ni en 2010.

Le Comité note que si la SCI W déclare avoir perçu ce prix et les intérêts en 2011, il n'est ni exposé, ni justifié, des arbitrages patrimoniaux réalisés par Mme F et de l'origine des deniers ainsi versés, et ce alors que l'administration avait notifié à la société dès le 4 août 2010 une première proposition de rectification sur le même fondement de l'abus de droit fiscal avant, qu'en raison d'une irrégularité de procédure, elle n'y substitue la proposition de rectification en date du 30 janvier 2012 portant déchéance du régime de faveur de l'article 1115 du code général des impôts.

Le Comité considère ainsi, au vu des éléments portés à sa connaissance, que l'acte du 2 mars 2009, passé deux jours avant l'expiration du délai de revente, n'avait pas d'autre finalité que de respecter formellement l'engagement de revente dans le délai prévu par l'article 1115 du code général des impôts.

Il émet, en conséquence, l'avis que l'administration était fondée à mettre en œuvre la procédure d'abus de droit prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

Enfin, le Comité estime que la SCI W doit être regardée comme ayant eu l'initiative principale de l'acte constitutif de l'abus de droit et, en outre, en a été la principale bénéficiaire au sens du b) de l'article 1729 du code général des impôts. Il émet donc l'avis que l'administration est fondée à appliquer la majoration de 80 % prévue par ces dispositions.

c) Opérations d'apports ayant pour seul but de donner une apparence étrangère à des titres d'origine française afin d'échapper aux droits de mutation à titre gratuit:

➤ **Affaire n°2013-12 concernant Mme W.**

M. W, résident britannique à l'époque des faits, était propriétaire de 5 331 779 actions de la société Y devenue S. Son foyer fiscal a déclaré jusqu'en 2007 une plus-value en report d'imposition de 82 millions d'euros afférente à des opérations d'apports réalisées en 1996 et 1997 en échange de titres Y.

Le 8 septembre 2004, il fait apport de ces titres pour une valeur de 133 294 975 euros à la société SAS M qu'il avait créée le 9 décembre 2003, et reçoit en échange 13 329 497 actions de la SAS.

Le 13 décembre 2004, il fait apport des titres de la SAS M à la société SARL A, qu'il avait créée au Luxembourg le 31 mars 2004 et reçoit en échange 1 332 439 parts de cette SARL.

Le même jour, il fait apport des titres de la SARL A à la SARL G, qu'il avait créée au Luxembourg le 31 mars 2004 et reçoit en échange 1 332 439 parts de cette SARL.

Le 22 décembre 2004, par acte de droit britannique, il fait donation à Mme W, son épouse séparée de biens et également résidente britannique, de la totalité de ses titres dans la SARL G.

Le même jour, Mme W place l'ensemble des titres G reçus dans la donation dans deux trusts situés aux Bermudes.

Considérant que ces opérations d'apports en cascade constituaient un montage artificiel ayant pour seul but de donner une apparence étrangère, en l'occurrence luxembourgeoise, à des titres d'origine française afin de placer la donation des titres réalisée le 22 décembre 2004 hors du champ d'application défini par le 2° de l'article 750 ter du code général des impôts, lequel exclut des droits de mutation à titre gratuit les donations de titres étrangers lorsque le donateur n'a pas son domicile fiscal en France, l'administration a mis en oeuvre la procédure de l'abus de droit fiscal afin de replacer cette donation dans le champ d'application de ces droits de mutation.

Après avoir entendu ensemble les conseils de Mme W et les représentants de l'administration, le Comité considère en premier lieu que l'administration était en droit de suivre la procédure d'abus de droit à l'égard de Mme W dès lors que celle-ci est redevable des droits de donation en sa qualité de donataire.

Il estime par ailleurs que l'affirmation selon laquelle il existait d'autres moyens que celui employé pour procéder à la libéralité consentie sans être passible des droits de donation ne prive pas l'administration de son droit de démontrer le caractère fictif ou le but exclusivement fiscal du procédé effectivement employé.

Il considère en outre que les termes de l'article 750 ter du code général des impôts ne font pas obstacle à ce que le service puisse établir que la nationalité luxembourgeoise des titres donnés le 22 décembre 2004 leur a été conférée dans un but exclusivement fiscal afin d'éviter l'application de ce texte.

Sur le fond, il relève que les apports litigieux ont été effectués aux sociétés luxembourgeoises A et G quelques jours avant l'acte de donation et que ces sociétés sont dépourvues de toute substance.

Il constate que c'est la seule société française M qui a procédé à la fin de 2006 à des arbitrages d'actifs en cédant l'ensemble des titres S et rachetant pour 35 % de la valeur de cession des titres de la société X.

Il constate qu'après la réalisation de ces opérations, la société M a été dissoute en avril 2007, tandis que A l'était à son tour en novembre 2007 sans avoir pris aucune part à la réalisation d'un projet économique.

Il note encore que la société G, elle-même mise en liquidation dès septembre 2007, a pris la décision en décembre 2007 de réduire son capital social et rembourser à ses associés plus de 83 millions d'euros, soit près des deux tiers des valeurs comprises dans les apports et la donation de décembre 2004.

Le Comité estime ainsi que les opérations d'apports aux sociétés G et A constituaient un montage directement lié à la donation litigieuse et n'ayant pour seul but que de contourner, par une application littérale et contraire à l'intention du législateur des dispositions de l'article 750 ter du code général des impôts, le champ d'application des droits de mutation à titre

gratuit défini par ce texte, en conférant artificiellement aux biens donnés la nationalité luxembourgeoise.

Il est en conséquence d'avis que l'administration était fondée à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal.

Enfin le Comité estime que Mme W doit être regardée comme ayant été la principale bénéficiaire, au sens du b) de l'article 1729 du code général des impôts, de la donation litigieuse en sa qualité de donataire des biens. Il émet donc l'avis que l'administration est fondée à appliquer la majoration de 80 % prévue par ces dispositions.

d) Impôt de solidarité sur la fortune :

➤ Affaire n° 2013-01 concernant M. ou Mme W

M. W est le gérant et l'associé unique de l'EURL AW créée le 27 novembre 1997.

En 2009, 2010 et 2011, M. W a souscrit à des augmentations de capital de l'EURL pour les montants respectifs de 37 001 euros, 40 700 euros et 42 350 euros.

Les apports ainsi réalisés ont généré, dans le cadre des dispositions de l'article 885-0 V bis du code général des impôts, une réduction de l'impôt de solidarité sur la fortune exigible pour le foyer fiscal des époux W pour chacune des années en cause, absorbant 100 % de l'impôt dû avant imputation de la réduction pour les années 2009 et 2010, et 58 % de ce montant pour l'année 2011.

Par une proposition de rectification en date du 23 mars 2012 notifiée dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal, le service a remis en cause les réductions d'impôt ainsi obtenues au motif que les apports litigieux étaient exclusivement motivés par des préoccupations fiscales

Après avoir entendu ensemble le conseil du contribuable et les représentants de l'administration, le Comité relève que les dispositions de l'article 885-0 V bis du code général des impôts, dans leur rédaction issue de la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 ont été adoptées par le législateur pour permettre aux redevables de l'impôt de solidarité sur la fortune de se libérer de leur impôt en souscrivant, directement ou indirectement, au capital des petites et moyennes entreprises. Ces dispositions prévoyaient au dernier alinéa du paragraphe V que la réduction de cet impôt ne pouvait pas s'appliquer aux souscriptions au capital dans laquelle le redevable, son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin notoire bénéficiait des dispositions des articles 885 O et 885 O bis de ce code. Il note que l'article 22 de la loi n° 2007-1822 du 24 décembre 2007 de finances pour 2008 a, en abrogeant cet alinéa du V de l'article 885-0 V bis de ce code, permis aux dirigeants de petites et moyennes entreprises d'investir dans leurs propres sociétés. Ainsi les souscriptions ouvrant droit à l'exonération de cet impôt au titre des biens professionnels peuvent également, sous réserve que toutes les conditions soient remplies, ouvrir droit à la réduction prévue par l'article 885-0 V bis, l'octroi définitif de cette réduction d'impôt étant subordonné à la condition que les sommes restent investies dans la société jusqu'au 31 décembre de la cinquième année suivant celle de la souscription.

Le Comité en déduit qu'en l'absence de toute autre condition prévue par le législateur tenant à ce qu'en cas d'investissement par un dirigeant dans sa propre société dont il est le maître, directement ou indirectement, celui-ci ne se réapproprie pas d'une autre manière les sommes ainsi investies, ce dirigeant est en droit de prétendre à l'avantage fiscal institué par ces dispositions et qu'il ne peut y être fait échec sur le fondement de la procédure de l'abus de droit fiscal que si l'administration apporte des éléments permettant d'établir que la société en

cause n'a eu aucune activité ou que le contribuable s'est livré à seule fin de bénéficier de cet avantage fiscal à un montage purement artificiel.

Le Comité constate, au vu des éléments soumis à son appréciation, que l'administration n'établit pas que la société n'a eu aucune activité, ni que le contribuable se soit livré à un montage purement artificiel.

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 à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

B. IMPÔTS DIRECTS

1. Impôt sur le revenu

a) Plus-values mobilières : régime du sursis d'imposition (CGI, art. 150-0 B)

➤ Affaire n° 2012-46 concernant M. et Mme C

La SAS Z a pour activité l'exploitation d'une maison de retraite privée et détient 36 % du capital de la SCI L propriétaire de l'ensemble immobilier constituant la maison de retraite.

Par convention sous conditions suspensives du 30 avril 2008, l'ensemble des actionnaires de la SAS Z s'est engagé irrévocablement à céder les actions qu'ils détenaient à la SARL M pour un prix de 2 100 000 euros auquel s'ajoutait la somme de 3 960 000 euros correspondant à la participation au capital de la SCI.

C'est ainsi que M. et Mme C, qui détenaient 109 actions de la SAS dont le capital était composé de 480 actions, devaient recevoir lors de la vente de ces titres une somme de 1 376 125 euros.

Le 9 décembre 2008, M. C a créé l'EURL H, dont il est gérant et l'unique associé. Cette entreprise a pour objet, notamment, l'acquisition, la propriété et la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières, parts d'intérêts et tous titres de participations dans toutes entités juridiques créées ou à créer et une activité de conseil et assistance aux entreprises.

Par contrat du même jour, M. C a fait apport à l'EURL H des 109 actions de la SAS Z pour une valeur arrondie à 1 376 000 euros et a reçu en contrepartie 1 376 parts sociales d'une valeur nominale de 1 000 euros chacune. La plus-value d'échange de titres réalisée par M. C lors de cette opération d'apport a bénéficié de plein droit du sursis d'imposition prévu par l'article 150-0 B du code général des impôts.

Par acte du 12 janvier 2009, les parties à la convention du 30 avril 2008, constatant la réalisation des conditions suspensives initialement prévues, ont finalisé la cession des actions de la SAS Z. L'EURL H s'est alors substituée à M. et Mme C ainsi que le prévoyait l'article 1^{er} de la convention de cession et a cédé les 109 actions de la SAS Z pour un prix de 1 376 000 euros.

Par une proposition de rectification en date du 1^{er} décembre 2011, l'administration a considéré que l'opération d'apport des titres à l'EURL H, laquelle était soumise à l'impôt sur les sociétés, suivie de leur cession par celle-ci après un délai très bref de détention, n'avait pas eu d'autre motif que celui de permettre à M. C de bénéficier abusivement du régime du sursis d'imposition. Elle a mis en œuvre la procédure d'abus de droit fiscal 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 les représentants de l'administration fiscale.

Il constate, en premier lieu, que l'EUURL H avait réinvesti le produit de la cession des titres dans l'acquisition de valeurs mobilières de placement.

Il relève, en second lieu, que si M C a acquis en avril 2009, via une société patrimoniale constituée avec son épouse, une partie d'un ensemble immobilier (25 lots sur 76) dans lequel une société exploitait un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD), aucun réinvestissement effectif dans l'activité économique exercée par cette dernière société n'avait été réalisé par l'EUURL H avant l'expiration du délai de reprise par l'administration.

Le Comité note d'ailleurs qu'à la date où il a statué ce réinvestissement n'était toujours pas réalisé alors que les motifs des difficultés alléguées par le contribuable avaient disparu.

Le Comité émet en conséquence l'avis que, dans les circonstances de l'espèce et en l'absence de tous autres éléments plus probants, l'administration était fondée à mettre en œuvre la procédure 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 Z à l'EUURL H.

Enfin, le Comité estime que M. C doit être regardé comme ayant eu l'initiative principale des actes constitutifs de l'abus de droit et, en outre, en a été le principal bénéficiaire au sens du b) de l'article 1729 du code général des impôts. Il émet donc l'avis que l'administration est fondée à appliquer la majoration de 80 % prévue par ces dispositions.

➤ **Affaire n° 2012-51 concernant Mme M.**

La SAS Z a pour activité l'exploitation d'une maison de retraite privée et détient 36 % du capital de la SCI L propriétaire de l'ensemble immobilier constituant la maison de retraite.

Par convention sous conditions suspensives du 30 avril 2008, l'ensemble des actionnaires de la SAS Z s'est engagé irrévocablement à céder les actions qu'ils détenaient à la SARL M pour un prix de 2 100 000 euros auquel s'ajoutait la somme de 3 960 000 euros correspondant à la participation au capital de la SCI.

C'est ainsi que M. et Mme M, qui détenaient 109 actions de la SAS dont le capital était composé de 480 actions, devaient recevoir lors de la vente de ces titres une somme de 1 376 125 euros. Par acte du 20 octobre 2008, Mme M a acquis l'unique part que détenait son époux.

Le 4 décembre 2008, Mme M a créé la SARL X, dont elle est la gérante et l'unique associée. Cette société a pour activité la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières dans le but de pérenniser la transmission du patrimoine, et plus généralement toutes activités de conseil et d'assistance aux entreprises.

Par contrat du même jour, Mme M a fait apport à la SARL X des 109 actions de la SAS Z pour une valeur arrondie à 1 376 000 euros et a reçu en contrepartie 1 376 parts sociales d'une valeur nominale de 1 000 euros chacune. La plus-value d'échange de titres réalisée par Mme M lors de cette opération d'apport a bénéficié de plein droit du sursis d'imposition prévu par l'article 150-0 B du code général des impôts.

Par acte du 12 janvier 2009, les parties à la convention du 30 avril 2008, constatant la réalisation des conditions suspensives initialement prévues, ont finalisé la cession des actions de la SAS Z. La société X s'est alors substituée à Mme M ainsi que le prévoyait l'article 1^{er} de la convention de cession, et a cédé les 109 actions de la SAS pour un prix de 1 376 000 euros.

Par une proposition de rectification en date du 12 décembre 2011, l'administration a considéré que l'opération d'apport des titres à la SARL X, laquelle était soumise à l'impôt sur les

sociétés, suivie de leur cession par celle-ci après un délai très bref de détention, n'avait pas eu d'autre motif que celui de permettre à Mme M de bénéficier abusivement du régime du sursis d'imposition. Elle a mis en œuvre la procédure d'abus de droit fiscal sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

Le Comité a entendu ensemble le conseil de la contribuable ainsi que les représentants de l'administration fiscale.

Il constate que la société X a réinvesti le produit de la cession des actions de la SAS Z dans l'acquisition d'une partie d'un ensemble immobilier (25 lots sur 76) dans lequel une société exploitait un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) et qu'elle a loué en meublé les lots ainsi acquis à cette société.

Le Comité relève que cette seule activité de loueur en meublé présente un caractère patrimonial et que, par suite, la condition de réinvestissement dans une activité économique du produit de cette cession n'est pas satisfaite.

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 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 Z à la SARL X.

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

➤ **Affaire n°2012-52 concernant M. ou Mme M.**

M. M détient la moitié du capital, soit 500 parts, de la SARL Z, les 500 autres parts étant détenues par M. B.

Le 22 avril 2008, il crée avec son épouse la société civile P dont il est nommé gérant. Il apporte 113 parts de la société Z évaluées à 460 475 euros et son épouse fait un apport en numéraire de 5 euros. Le capital social de 460 480 euros est ainsi divisé en 92 096 parts de 5 euros chacune.

Cette société, qui a opté pour son assujettissement à l'impôt sur les sociétés, a pour objet la prise de tous intérêts et participations, la gestion de portefeuille de valeurs mobilières et droits sociaux et l'acquisition, la construction et la propriété de tous biens immobiliers, à usage d'habitation professionnel, commercial ou industriel, ainsi que la gestion et l'exploitation de ces immeubles.

La plus-value réalisée par M. M lors de l'apport des 113 parts de la société Z à la société civile P a bénéficié du sursis d'imposition prévu par l'article 150-0 B du code général des impôts.

Le 30 mai 2008, la société civile P a cédé ces 113 parts à l'EURL W, créée le 18 avril 2008 et représentée par M. B, pour le prix de 460 475 euros.

Par une proposition de rectification en date du 16 décembre 2011, 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 les représentants de l'administration.

Il constate, en premier lieu, que M. M, âgé de 41 ans, n'a apporté à la société civile P que 22 % des titres de la SARL Z qu'il détenait et que la société civile P a bien entrepris des démarches en vue de réinvestir le produit de la vente de ces titres dans une activité de promotion immobilière qui présente un caractère économique.

Le Comité relève, en second lieu, que, si le compromis de vente d'un terrain n'a été signé que le 9 décembre 2011, soit postérieurement à l'engagement de la vérification de comptabilité de la société civile P le 16 novembre 2011, il convient de tenir compte du fait que ce compromis est le résultat de négociations qui avaient été engagées bien avant la signature de cet acte de sorte que la recherche d'un réinvestissement dans une activité économique ne peut être regardée comme ayant été effectuée qu'à la suite de l'engagement de ce contrôle. Au demeurant, la signature de cet acte avait été précédée de plusieurs tentatives infructueuses dans divers projets immobiliers. Enfin il n'est pas contesté que l'état de santé de M. M ne lui avait pas permis d'engager des démarches au cours de l'année 2008.

Le Comité considère ainsi, au vu de l'ensemble de ces circonstances, que la société civile P a réinvesti le produit de la vente des titres de la SARL Z dans une activité économique pour un montant devant être regardé comme significatif, l'acquisition du terrain en date du 28 juin 2012 par l'intermédiaire de filiales de la société civile P ayant été financée au moyen d'un apport en numéraire de 280 000 euros.

Le Comité émet par suite l'avis que l'administration n'était pas fondée à mettre en œuvre, en l'espèce, 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 SARL Z à la société civile P.

➤ **Affaire n° 2013-22 concernant M. et Mme C.**

M. et Mme C détiennent 2 561 titres sur 2 700 du capital de la SA X, les autres titres étant détenus par leurs enfants et M. D soit respectivement 4 et 135 titres.

La SA X est une holding animatrice, M. C en étant le Président du conseil de surveillance et la direction générale étant assurée par M. D.

M. C envisageant de se retirer des affaires, il a conclu le 12 février 2008 avec M. D un protocole d'accord prévoyant notamment la constitution préalable par les parties de sociétés civiles patrimoniales et la constitution d'une société nouvelle destinée à détenir 100 % des titres de la société X.

Le 18 février 2008 est ainsi créée la Société Civile Y entre M. C, son épouse et leurs deux filles, qui a pour activité principale déclarée la gestion de fonds et dont le capital social, d'un montant de 4 276 500 €, est constitué à hauteur de 4 268 334 € par l'apport à titre pur et simple de l'intégralité des 2 561 titres de la SA X détenus par M. et Mme C.

La plus-value d'échange de titres réalisée par M. et Mme C a bénéficié de plein droit du sursis d'imposition prévu par l'article 150-0 B du CGI.

Le 8 avril 2008, la SAS A est créée entre les sociétés Y et Z avec un capital de 250 000 € réparti à hauteur respectivement de 10 % et 90 %.

Le 14 mai 2008, la SC Y cède à la SAS A l'ensemble des titres de la SA X qu'elle détient pour un montant total de 4 275 000 € qui a été financé par un emprunt bancaire de 1 775 000 € d'une durée de sept ans, un crédit vendeur s'élevant à 1 500 000 €, d'une durée de sept ans rémunéré au taux de 4% par an et dont le capital sera remboursable au terme de la durée du prêt bancaire, et les dividendes versés par la SA X pour les 1 000 000 € restants.

L'administration a constaté qu'au 31 décembre 2010, la SC Y détenait un portefeuille de valeurs mobilières de placement d'un montant de 1 707 682 €, la créance de 1 500 000 € sur la SAS A ainsi que la participation au capital de la SCI E à hauteur de 1500 € et de la SCI G à hauteur de 1 510 €. Elle a relevé que la SC Y avait versé en décembre 2009 à cette dernière société une avance en compte courant de 1 012 000 € et que cette SCI avait acquis de M. et Mme C pour un montant de 950 000 € une maison située à R et constituant leur résidence secondaire ainsi que le siège de la société W, créée le 12 mars 2009, de sorte que les contribuables se sont ainsi réappropriés une partie des liquidités obtenues lors de la cession des titres de la SA X tout en restant détenteur des titres de la SC Y.

Par une proposition de rectification en date du 21 décembre 2011, 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. et Mme C 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 conseil des contribuables ainsi que le représentant de l'administration.

Il constate que le crédit vendeur consenti par la SC Y a eu pour effet de permettre la réalisation de la cession des titres de la SA X à la SAS A et estime que la somme de 1 500 000 € bloquée pendant sept ans ne présente pas un caractère patrimonial.

Le Comité relève toutefois que la totalité de la somme qui a été réinvestie dans l'économie n'atteint pas le taux qui lui permettrait d'être regardé comme caractérisant un investissement significatif, étant par ailleurs observé que la SC Y ne détient que 10 % du capital de la SAS A.

Le Comité émet en conséquence l'avis que l'administration est 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'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 SA X à la SC Y.

Enfin, le Comité estime que M. et Mme C 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 donc l'avis que l'administration est fondée à appliquer la majoration de 80 % prévue par ces dispositions.

➤ **Affaire n° 2013-03 concernant M. et Mme D.**

M. et Mme D détiennent l'intégralité du capital, soit 1 875 parts, de la SAS X, société créée en 1996 et qui a principalement pour activité le négoce de marchandises manufacturées, alimentaires, matériaux de construction, import export.

Ils détiennent également la SCI Y, société constituée le 4 avril 2006 dont l'objet social est l'organisation du patrimoine familial et qui a fait l'acquisition d'immeubles qu'elle donne en location à usage commercial.

Le 11 mai 2007, les co-gérants de la SARL Z signent au profit de M. et Mme D une lettre d'engagement de reprise par voie d'acquisition de la totalité des titres de la société X, un protocole de cession étant signé le 8 janvier 2008 pour un prix de 2 090 000 €.

Le 7 février 2008, M. et Mme D apportent à la SCI Y 1 108 parts de la SAS X, à raison de 554 parts chacun.

La plus-value d'échange de titres réalisée par M. et Mme D lors de cette opération d'apport a bénéficié de plein droit du sursis d'imposition prévu par l'article 150-0B du CGI.

Au cours de l'assemblée générale extraordinaire du 22 février 2008, sont notamment votées la transformation de la SCI Y en SARL Y, l'extension de son objet social à l'import-export et le négoce de toutes matières premières ou produits manufacturés ainsi que l'augmentation de son capital à hauteur de 1 299 700 € par la création de 129 970 parts d'une valeur de 10 €.

Le 22 avril 2008, la SARL Y cède les 1 108 parts détenues dans la société X à la SARL Z pour 1 235 050 €, les 767 parts restantes étant également cédées le même jour à la SARL Z par la famille D.

Par une proposition de rectification en date du 18 juillet 2011, 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. et Mme D 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.

Il constate, en premier lieu, que la SARL Y a réinvesti une partie du produit de la cession des titres dans l'acquisition de marchandises.

Le Comité considère, en second lieu, que M. et Mme D étaient bien animés de la volonté de développer au sein de la SARL Y une activité économique et que le décalage dans le temps constaté s'explique, d'une part, par des difficultés familiales non contestées et à la résolution desquelles ils se sont d'abord attachés et, d'autre part, par l'existence d'une clause de non-concurrence dont la portée géographique excessive les privait de la possibilité de réinvestir dans le secteur d'activité où ils exerçaient et qu'ils maîtrisaient.

Le Comité relève à cet égard que, selon les derniers éléments portés à sa connaissance, dès l'annulation de la clause de non-concurrence par un jugement du tribunal de commerce en date du 4 février 2013 devenu définitif, la SARL Y a procédé à de nouveaux investissements de nature économique. Il constate aussi que, pendant cette période intercalaire, aucun prélèvement n'a été effectué sur le produit de la cession qui est demeuré dans la société dans l'attente de pouvoir être réinvesti dès que les conditions pouvaient le permettre.

Le Comité émet en conséquence l'avis que, compte tenu de l'ensemble de ces éléments et nonobstant le délai mis pour la réalisation de ces investissements, le retard constaté ayant été justifié par des circonstances précises et concordantes, l'administration n'est pas 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'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 X à la SCI Y.

➤ **Affaire n° 2013-28 concernant M. et Mme M.**

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.

b) Donation-cession

➤ **Affaire n°2013-13 concernant M. Mme G.**

Entre 2004 et 2008, le groupe W a souhaité mettre en place un mécanisme " d'intéressement " de 13 managers reposant sur la cession à terme des titres de la société holding X, regroupant les managers associés de W. En effet, au terme de différentes opérations financières, cette société détenait indirectement une participation (de l'ordre de 11%) dans le groupe E acquis par W en 2004 et revendu en 2008 au groupe de droit espagnol P.

Dans ce cadre, M. G, manager du groupe W, a acquis 9 500 actions préférentielles de la société X.

Le 18 avril 2008, M. G opère une donation de 5 000 titres de la société X répartis à hauteur de 1 400 actions préférentielles au profit de son épouse pour une somme totale de 786 090 € et de 1 200 actions pour une valeur de 673 740 € à chacun de ses trois enfants mineurs (soit une valeur unitaire de 561,45 € dans les actes de donation soumis aux droits de mutation à titre gratuit). M. G conserve alors 2 000 actions en propre et 2 500 titres par l'intermédiaire de la société civile Y, constituée le 7 février 2007 et soumise à l'impôt sur le revenu, dont il détient l'intégralité du capital avec son épouse.

La cession de E au groupe de droit espagnol P intervient le 30 mai 2008.

Après avoir relevé qu'à la date de la donation, différents articles de presse ne laissent aucun doute sur le fait que la décision de vendre était prise par le groupe W, ce dernier considérant alors comme atteinte la rentabilité de son investissement dans E, l'administration a estimé que M. G avait nécessairement, et de longue date, connaissance de cette vente imminente en raison notamment de ses fonctions au sein du groupe W (Directeur des investissements). Elle en a déduit qu'il ne pouvait ignorer qu'il serait nécessairement et rapidement bénéficiaire du produit de cette cession taxable entre ses mains en raison du mécanisme d'intéressement des managers institué dès 2004 par le groupe W et ses dirigeants, dont il fait partie, en vue de les rémunérer pour leur implication et l'accomplissement de leurs mandats et fonctions, ayant conduit au dénouement positif de la vente du groupe E. La donation par M. G des titres de la société X pour leur valeur réelle préalablement à leur cession dans le cadre de la vente globale du groupe E par le groupe W lui permettait donc de transformer un gain certain et immédiat imposable à l'impôt sur le revenu, entre ses mains, en une plus-value purgée de toute imposition entre les mains des donataires. En effet, à la suite de la cession des 5 000 titres de la société X par les membres du foyer fiscal de M. G, une part importante du gain réalisé (3 078 996 € sur 5 850 094 €) a été appréhendée en franchise quasi-totale de toute imposition, la plus-value étant calculée par différence entre le prix de cession et la valeur retenue pour la mutation à titre gratuit.

L'administration a par ailleurs relevé que les donataires n'occupaient aucune fonction au sein du groupe W justifiant de les associer, par cet acte, à la société X créée *ad hoc* pour les seuls cadres-dirigeants, de surcroît, au même titre et dans les mêmes conditions finales que ces derniers, c'est-à-dire à une date où ils peuvent bénéficier de tous les avantages de l'effet de levier précisément instauré dès l'origine pour les seuls managers. Elle a également estimé que les donataires n'avaient pas la libre disposition des titres de la société X dès lors qu'ils sont grevés, à l'instar de ceux détenus par les autres cadres-dirigeants historiques, des mêmes contraintes de cession ordonnées par le groupe W prévues par les stipulations des statuts de la société X.

L'administration a ainsi considéré qu'en recourant aux donations avant la cession, pleinement conscient qu'il transmettait alors non les titres de la société X, mais le produit de leur cession, composé pour l'essentiel de l'intéressement normalement dévolu aux seuls managers en rémunération de leur travail dans la réussite du projet, M. G avait donc pour seule intention d'organiser de ce fait, la dissimulation de cet intéressement aux seules fins fiscales de soustraire ce produit de toute taxation entre ses mains et d'éluder, par la même, l'impôt qu'il aurait normalement dû acquitter lors de cette cession.

L'administration a donc relevé le caractère non sincère de l'objet de la donation présentée artificiellement comme une donation de titres et correspondant en réalité à une donation de liquidités qui recherche comme unique but, par un tel détournement de l'objet même de l'acte de donation de titres, l'obtention d'un avantage fiscal contraire à l'objet réel d'une donation de titres.

Elle a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal et a ainsi, sur le fondement de l'article L 64 du livre des procédures fiscales, d'une part, écarté la donation et d'autre part, requalifié la plus-value, pour partie, en un avantage en nature taxable dans la catégorie des salaires et, pour l'autre, dans celle des revenus de capitaux mobiliers.

Le Comité a entendu ensemble M. G et son conseil ainsi que les représentants de l'administration.

Le Comité estime qu'en l'absence de toute fictivité de la donation, impliquant que M. G ne se serait pas dépouillé de manière irrévocable des titres de la société X au profit des donataires, l'administration ne peut soutenir, sur le terrain de l'abus de droit pour fraude à la loi, que la donation n'avait pas porté sur les titres de cette société, mais correspondait, en réalité, à une donation des liquidités.

En conséquence, le Comité émet l'avis que l'administration n'est 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.

c) Utilisation abusive d'un plan d'épargne en actions

➤ Affaire n°2013-10 concernant M. ou Mme Q

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

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

Préalablement à sa souscription, le 31 mars 2006, au capital de la société M, M. Q a accepté les conditions du pacte d'actionnaires relatif à cette société, qui avaient été fixées en 2004 par la société luxembourgeoise F, appartenant au groupe W. Ce pacte comprend un droit de cession obligatoire au profit du groupe W en cas de cession de contrôle du groupe Y. Il prévoit aussi un droit de cession conjointe au profit des cadres d'Y des actions de la société M en cas de cession de contrôle du groupe Y et en l'absence d'exercice par le groupe W de son droit de cession obligatoire. Il stipule également qu'aucun titre de la société M ne peut être cédé sans l'accord du groupe W conformément à l'article 9 des statuts de cette société. En outre le groupe W s'engage à examiner de bonne foi toute demande d'agrément déposée dans le cadre d'une cession de titres envisagée par un dirigeant au profit d'une société holding constituée à des fins patrimoniales, cet agrément étant subordonné à la satisfaction de plusieurs conditions cumulatives.

M. Q, directeur salarié de la société Y, a signé au profit du groupe W une promesse unilatérale d'achat et de vente de ses actions de la société M en cas de cessation de ses fonctions au sein du groupe Y, quelles que soient les circonstances de son départ, ou de violation d'une disposition importante des accords qu'il a conclus.

Le 31 mars 2006, M. Q a acquis 37 500 actions de la société M pour un prix global de 78 596 euros. Ces actions ont été inscrites sur son plan d'épargne en actions (PEA) ouvert le 21 mars 2006.

Le 20 mai 2008, la société F exerce le droit de cession obligatoire prévu par le pacte d'actionnaires relatif à la société M et acquiert ainsi les actions de la société M détenues par M. Q pour un prix unitaire de 32,34 euros par action.

La plus-value réalisée sur la cession des 37 500 actions n'a fait l'objet d'aucune taxation, M. Q s'étant placé sous le régime d'exonération prévu au 5° bis de l'article 157 du code général des impôts.

Par une proposition de rectification du 9 décembre 2011, l'administration a considéré que l'inscription par M. Q des titres de la société M sur son PEA ne lui était pas opposable dès lors qu'elle procédait de l'utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur dans la mesure où le contribuable avait transféré sur son PEA une rémunération déguisée en plus-value, le gain de cession réalisé par l'intéressé lors de la revente de ces titres présentant, dans la mesure retenue par le service, un tel caractère et ne pouvant par suite bénéficier de l'exonération prévue au 5° bis de l'article 157 du code général des impôts.

Au surplus, l'administration a estimé que le prix d'acquisition des titres de la société M était minoré et que ces titres avaient été acquis pour une valeur de convenance qui avait été fixée dans le seul but de permettre au contribuable d'apporter ces titres sur son PEA en respectant formellement le plafond maximal de versement fixé, en 2006, à 132.000 euros.

Le Comité a entendu ensemble M. Q et son conseil, ainsi que les représentants de l'administration.

Le Comité constate que M. Q a acquis les actions de la société M au moyen de ses propres deniers et que cet investissement effectif représentait une part substantielle des revenus qu'il avait perçus au cours de l'année précédant cette acquisition.

Il relève que, si le schéma de LBO mis en place par le groupe W était susceptible de permettre aux cadres salariés d'Y participant à l'opération de réaliser une plus-value importante en cas de succès de l'opération, l'administration ne lui a pas soumis d'éléments permettant d'établir que M. Q était assuré, en droit ou en fait, de ne prendre aucun risque sur son investissement initial quelles que soient les circonstances de réalisation de l'opération.

Il note également que M. Q était engagé auprès du cessionnaire du groupe Y par une clause de garantie de passif.

Le Comité déduit de l'ensemble des éléments portés à sa connaissance qu'en acquérant les actions de la société M, M. Q avait pris un risque encouru en tant qu'investisseur et n'agissait pas en tant que salarié de sorte que l'administration, qui admet au demeurant que le gain réalisé à l'occasion de la revente des titres constituait bien, au moins partiellement, une plus-value de cession de valeurs mobilières, 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 un gain présentant la nature d'une rémunération salariale.

Enfin, le Comité estime que l'administration n'apporte pas, par les seuls éléments qu'elle a produits devant lui, la preuve que la valeur vénale des actions de la société M au moment de leur acquisition par M. Q était supérieure au plafond de 132.000 euros et que, par suite, le contribuable aurait bénéficié d'un prix de convenance lui permettant de contourner les règles de plafonnement des versements autorisés sur un PEA.

En conséquence, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité émet l'avis que l'administration n'était pas fondée en l'espèce à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

➤ **Affaire n° 2013-11 concernant M. T ou Mme G**

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

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

Préalablement à sa souscription, le 31 mars 2006, au capital de la société M, M. T a accepté les conditions du pacte d'actionnaires relatif à cette société, qui avaient été fixées en 2004 par la société luxembourgeoise F, appartenant au groupe W. Ce pacte comprend un droit de cession obligatoire au profit du groupe W en cas de cession de contrôle du groupe Y. Il prévoit aussi un droit de cession conjointe au profit des cadres d'Y des actions de la société M en cas de cession de contrôle du groupe Y et en l'absence d'exercice par le groupe W de son droit de cession obligatoire. Il stipule également qu'aucun titre de la société M ne peut être cédé sans l'accord du groupe W conformément à l'article 9 des statuts de cette société. En outre le groupe W s'engage à examiner de bonne foi toute demande d'agrément déposée dans le cadre d'une cession de titres envisagée par un dirigeant au profit d'une société holding constituée à des fins patrimoniales, cet agrément étant subordonné à la satisfaction de plusieurs conditions cumulatives.

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

Le 31 mars 2006, M. T a acquis 37 500 actions de la société M pour un prix global de 78 596 euros. Ces actions ont été inscrites sur son plan d'épargne en actions (PEA).

Le 20 mai 2008, la société F exerce le droit de cession obligatoire prévu par le pacte d'actionnaires relatif à la société M et acquiert ainsi les actions de la société M détenues par M. T pour un prix unitaire de 32,34 euros par action.

La plus-value réalisée sur la cession des 37 500 actions n'a fait l'objet d'aucune taxation, M. T s'étant placé sous le régime d'exonération prévu au 5° bis de l'article 157 du code général des impôts.

Par une proposition de rectification du 14 décembre 2011, l'administration a considéré que l'inscription par M. T des titres de la société M sur son PEA ne lui était pas opposable dès lors qu'elle procédait de l'utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur dans la mesure où le contribuable avait transféré sur son PEA une rémunération déguisée en plus-value, le gain de cession réalisé par l'intéressé lors de la revente de ces titres présentant, dans la mesure retenue par le service, un tel caractère et ne pouvant par suite bénéficier de l'exonération prévue au 5° bis de l'article 157 du code général des impôts.

Au surplus, l'administration a estimé que le prix d'acquisition des titres de la société M était minoré et que ces titres avaient été acquis pour une valeur de convenance qui avait été fixée dans le seul but de permettre au contribuable d'apporter ces titres sur son PEA en respectant formellement le plafond maximal de versement fixé, en 2006, à 132.000 euros.

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

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

Il constate, en deuxième lieu, que M. T a acquis les actions de la société M au moyen de ses propres deniers et que cet investissement effectif représentait une part substantielle des revenus qu'il avait perçus au cours de l'année précédant cette acquisition.

Le Comité relève que si le schéma de LBO mis en place par le groupe W était susceptible de permettre aux cadres salariés d'Y participant à l'opération de réaliser une plus-value importante en cas de succès de l'opération, l'administration ne lui a pas soumis d'éléments permettant d'établir que M. T était assuré, en droit ou en fait, de ne prendre aucun risque sur son investissement initial quelles que soient les circonstances de réalisation de l'opération.

Il note également que M. T était engagé auprès du cessionnaire du groupe Y par une clause de garantie de passif.

Le Comité déduit de l'ensemble des éléments portés à sa connaissance qu'en acquérant les actions de la société M, M. T avait pris un risque encouru en tant qu'investisseur et n'agissait pas en tant que salarié de sorte que l'administration, qui admet au demeurant que le gain réalisé à l'occasion de la revente des titres constituait bien, au moins partiellement, une plus-value de cession de valeurs mobilières, 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 un gain présentant la nature d'une rémunération salariale.

Enfin, le Comité estime que l'administration n'apporte pas, par les seuls éléments qu'elle a produits devant lui, la preuve que la valeur vénale des actions de la société M au moment de leur acquisition par M. T était supérieure au plafond de 132.000 euros et que, par suite, le contribuable aurait bénéficié d'un prix de convenance lui permettant de contourner les règles de plafonnement des versements autorisés sur un PEA.

En conséquence, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité émet l'avis que l'administration n'était pas fondée en l'espèce à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

➤ **Affaire n°2013-14 concernant M. ou Mme M**

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

Dans ce contexte, le groupe W a mis en place un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe W d'acquérir des actions préférentielles de la société O, elle-même actionnaire de la société Z, intervenant dans le financement de cette opération de LBO.

Le 27 décembre 2004, M. M, au titre de ses fonctions au sein du groupe W, a ainsi acquis 2 000 actions préférentielles de la société O pour un prix global de 40 000 euros. Ces actions ont été inscrites sur son plan d'épargne en actions (PEA).

Le 20 mai 2008, la société F acquiert les actions de la société O détenues par M. M pour un prix unitaire de 642 euros par action, soit un montant total de 1 284 078 euros.

La plus-value réalisée sur la cession des 2 000 actions n'a fait l'objet d'aucune taxation, M. M s'étant placé sous le régime d'exonération prévu au 5° bis de l'article 157 du code général des impôts.

Par une proposition de rectification du 12 décembre 2011, l'administration a considéré que l'inscription par M. M des titres de la société O sur son PEA ne lui était pas opposable dès lors qu'elle procédait de l'utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur dans la mesure où le contribuable avait transféré sur son PEA une rémunération déguisée en plus-value, le gain de cession réalisé par l'intéressé lors de la revente de ces titres présentant, dans la mesure retenue par le service, un tel caractère et ne pouvant par suite bénéficier de l'exonération prévue au 5° bis de l'article 157 du code général des impôts.

Le Comité a entendu ensemble M. M et son conseil, ainsi que les représentants de l'administration.

Le Comité rappelle qu'il n'entre pas dans ses attributions de se prononcer sur la question de la prescription invoquée par M. M dans ses observations écrites.

Le Comité constate que M. M a acquis les actions de la société O au moyen de ses propres deniers et que cet investissement effectif représentait une part significative des revenus qu'il avait perçus au cours de l'année précédant cette acquisition.

Il relève que, si le schéma de LBO mis en place par le groupe W était susceptible de permettre aux cadres salariés de W participant à l'opération de réaliser une plus-value importante en cas de succès de l'opération, l'administration ne lui a pas soumis d'éléments permettant d'établir que M. M était assuré, en droit ou en fait, de ne prendre aucun risque sur son investissement initial quelles que soient les circonstances de réalisation de l'opération.

Le Comité déduit de l'ensemble des éléments portés à sa connaissance qu'en acquérant les actions de la société O, M. M avait pris un risque encouru en tant qu'investisseur et n'agissait pas en tant que salarié de sorte que l'administration, qui admet au demeurant que le gain réalisé à l'occasion de la revente des titres constituait bien, au moins partiellement, une plus-value de cession de valeurs mobilières, 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 un gain présentant la nature d'une rémunération salariale.

En conséquence, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité émet l'avis que l'administration n'était pas fondée en l'espèce à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

➤ **Affaire n°2013-15 concernant M. ou Mme D**

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

Dans ce contexte, le groupe W a mis en place un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe W d'acquérir des actions préférentielles de la société O, elle-même actionnaire de la société Z, intervenant dans le financement de cette opération de LBO.

Le 27 décembre 2004, Mme D, au titre de ses fonctions au sein du groupe W, a ainsi acquis 1 000 actions préférentielles de la société O pour un prix global de 20 000 euros. Ces actions ont été inscrites sur son plan d'épargne en actions (PEA).

Le 20 mai 2008, la société F acquiert les actions de la société O détenues par Mme D pour un prix unitaire de 642 euros par action, soit un montant total de 642 000 euros.

La plus-value réalisée sur la cession des 2 000 actions n'a fait l'objet d'aucune taxation, Mme D s'étant placée sous le régime d'exonération prévu au 5° bis de l'article 157 du code général des impôts.

Par une proposition de rectification du 12 décembre 2011, l'administration a considéré que l'inscription par Mme D des titres de la société O sur son PEA ne lui était pas opposable dès lors qu'elle procédait de l'utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur dans la mesure où le contribuable avait transféré sur son PEA une rémunération déguisée en plus-value, le gain de cession réalisé par l'intéressé lors de la revente de ces titres présentant, dans la mesure retenue par le service, un tel caractère et ne pouvant par suite bénéficier de l'exonération prévue au 5° bis de l'article 157 du code général des impôts.

Le Comité a entendu ensemble le conseil de Mme D et les représentants de l'administration.

Le Comité note au préalable que le litige qui lui est soumis porte sur le seul point de savoir si, en inscrivant sur son PEA les actions préférentielles de la société O, Mme D doit, et alors que

cette inscription est admise dans son principe même, être regardée comme ayant commis un abus de droit.

Le Comité constate que Mme D a acquis les actions de la société O au moyen de ses propres deniers et que cet investissement effectif représentait une part significative des revenus qu'elle avait perçus au cours de l'année précédant cette acquisition.

Il relève que, si le schéma de LBO mis en place par le groupe W était susceptible de permettre aux cadres salariés de W participant à l'opération de réaliser une plus-value importante en cas de succès de l'opération, l'administration ne lui a pas soumis d'éléments permettant d'établir que Mme D était assurée, en droit ou en fait, de ne prendre aucun risque sur son investissement initial quelles que soient les circonstances de réalisation de l'opération.

Le Comité déduit de l'ensemble des éléments portés à sa connaissance qu'en acquérant les actions de la société O, Mme D avait pris un risque encouru en tant qu'investisseur et n'agissait pas en tant que salarié de sorte que l'administration, qui admet au demeurant que le gain réalisé à l'occasion de la revente des titres constituait bien, au moins partiellement, une plus-value de cession de valeurs mobilières, 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 un gain présentant la nature d'une rémunération salariale.

En conséquence, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité émet l'avis que l'administration n'était pas fondée en l'espèce à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

➤ **Affaire n° 2013-46 concernant M. et Mme B**

Au cours de l'année 2004, le groupe S, spécialisé dans les métiers liés au cycle de l'eau, a fait l'objet d'un rachat au groupe X dans le cadre d'une opération de "leverage buy out" (LBO).

Dans ce contexte, est mis en place un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe S, notamment par l'intermédiaire de la société I, d'acquérir des actions assorties de bons de souscription d'actions (ABSA) de la société N, société qui procédera à l'acquisition de ce groupe.

Les FCPR Y, dont la société de gestion est la société Z, ont créé une société holding dénommée N devant inscrire à son actif les titres du groupe S.

La société N a été constituée le 17 novembre 2004 avec un capital de 45.000 € divisé en 4 500 000 actions de 0,01 €. Ce capital est entièrement détenu par les FCPR Y.

Le 14 février 2005, ces FCPR cèdent 675 000 actions à la SA X.

Le 15 février 2005, la société N a procédé à une première augmentation de capital pour le porter à 37 794 018,75 euros divisé en 3 779 401 875 actions d'une valeur nominale de 0,01 euro. A l'issue de cette opération, les FCPR Y, la SA X et le FCPR W, dont la société de gestion est la société Z, détiennent respectivement 60 %, 25 % et 15 % du capital réparties entre les investisseurs financiers (groupe Z et la SA X). Ces actions nouvelles sont émises au prix de 0,04 euro soit une prime d'émission de 0,03 euro.

Le même jour, le groupe Z et la SA X signent un document relatif aux titulaires des valeurs mobilières de la société N en vue de déterminer les droits et obligations de chaque actionnaire, notamment de réglementer la mutation des actions et autres valeurs mobilières donnant accès au capital de la société N, et d'organiser les modalités d'administration de cette société et ses filiales, à l'effet de maximiser la valeur du groupe S, le taux de rendement interne (TRI) et les multiples d'investissement des investisseurs.

Le 29 juillet 2005, les associés de la société N ont décidé d'augmenter le capital social de la société d'un montant de 187 250 euros par l'émission de 18 725 000 actions ordinaires d'une valeur nominale de 0,01 euro assorties de bons de souscription d'actions ordinaires de la société.

Les bons de souscription d'actions (BSA) offrent la possibilité à leur détenteur de souscrire, pendant une période de dix ans, des actions de la société N au prix de 0,04 euro, en cas d'introduction en bourse ou de cession de cette société. Le nombre d'actions auquel donne droit un BSA est déterminé à partir d'une prime calculée en fonction du taux interne de rendement des actionnaires financiers de N à la date de l'introduction en bourse ou du rachat de la société.

Les 18 725 000 actions à bons de souscription d'actions (ABSA) ont été émises au prix de souscription de 0,20 € chacune (soit une prime d'émission de 0,19 € par ABSA). Cette émission est réservée à hauteur de 9 500 000 actions à la SAS I créée par huit cadres dirigeants du groupe S, le solde étant souscrit par deux autres sociétés regroupant d'autres cadres supérieurs de ce groupe.

La société I a été constituée le 26 mai 2005 et a pour objet l'achat, la souscription, la détention, la cession ou l'apport d'actions ou autres valeurs mobilières de la société N.

Son capital social a été fixé à un montant de 37 000 euros, divisé en 37 000 actions ordinaires d'une valeur nominale d'un euro, et est réparti entre huit cadres dirigeants du groupe S. Il a été souscrit, à hauteur de 5 550 actions, par M. B, exerçant des fonctions de responsable d'un pôle au sein du groupe, par un apport en numéraire de 5 550 euros.

Le 21 juillet 2005, la société I a procédé à une augmentation de son capital de 1 873 060 euros. A compter de cette date, le capital de la société entièrement libéré s'élève à 1 910 060 euros divisé en 1 910 060 actions, d'une valeur nominale d'un euro, réparties en 1 910 000 actions ordinaires réparties entre les huit cadres dirigeants du groupe S, et 60 actions B souscrites par le groupe Z.

M. B a ainsi souscrit à cette augmentation de capital par un apport en numéraire de 280 950 euros représentant 280 950 actions.

Après cette opération, M. B détient 15% du capital de la société I, soit 286 500 des 1 910 000 actions ordinaires de la société. Il a inscrit sur son plan d'épargne en actions (PEA) 132 000 actions de cette société.

Le 26 avril 2007, la société N a été cédée à la société H, laquelle a ainsi fait l'acquisition de :

- la totalité des actions ordinaires de la société N au prix unitaire de 0,38 euros ;
- la totalité des 1 910 060 actions de la société I au prix unitaire de 18,16 euros.

Le prix de cession des actions de la société I (18,16 euros) a été déterminé à partir de l'évaluation des ABSA de la société N qu'elle détenait, dont le prix a été estimé à 3,65 euros.

M. B a ainsi cédé le 26 avril 2007 à la société H ses 286 500 actions de la société I, dont 132 000 étaient inscrites dans son plan d'épargne en action (PEA), réalisant un gain total d'un montant de 4 886 025 euros.

Seule la plus-value réalisée lors de la cession des 154 500 actions acquises en dehors du PEA a fait l'objet d'une taxation à l'impôt sur le revenu, les autres titres (132 000 actions) bénéficiant d'une exonération d'impôt du fait de leur inscription sur le PEA.

L'administration a estimé que, sous couvert de la souscription des ABSA de la société N par l'intermédiaire de la société I, M. B avait bénéficié en réalité d'un contrat d'intéressement lié

à son activité dans la reprise et le développement du groupe S par la société holding N et basé sur le taux de rendement interne (TRI) constaté par les autres actionnaires de la société N résultant de l'appréciation de la valeur de la société holding de rachat entre sa mise en place et sa cession ou son introduction en bourse.

Elle a considéré que, par un montage juridique présentant une apparence non conforme à la réalité, M. B avait ainsi entendu déguiser en gains de cession de titres des gains de nature salariale, conditionnés à ses résultats à raison de ses fonctions de direction exercées au sein du groupe S.

L'administration a, en effet, estimé que l'émission des ABSA traduisait la volonté des principaux actionnaires du groupe S, et notamment du groupe Z, de gratifier les huit dirigeants du groupe S, détenant les actions ordinaires de la société I, d'un avantage devant s'analyser comme un intéressement.

Selon l'administration, eu égard aux performances du groupe S, ces actionnaires entendaient ainsi consentir à ces dirigeants une rétrocession de la plus-value réalisée lors de la revente des titres. Elle relève notamment que les caractéristiques des BSA de la société N démontrent qu'ils ne sont pas le support d'un investissement mais qu'ils constituent un instrument permettant l'attribution d'une prime de performance aux dirigeants du groupe S.

Elle a donc considéré qu'une partie du gain réalisé par M. B lors de la cession des actions de la société I devait être requalifiée en traitements et salaires. Le gain correspondant à l'intéressement imposable dans cette catégorie de revenus a été fixé à 3,08 euros par ABSA de la société N, déterminé par différence entre le prix attribué à une ABSA (3,65 euros) et le prix de cession d'une action de la société N (0,38 euro) diminué de la prime d'émission de l'ABSA (0,19 euro).

L'administration en a déduit que l'inscription par M. B des titres de la société I sur son PEA ne lui était pas opposable dès lors qu'elle procédait de l'utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur dans la mesure où le contribuable avait transféré sur un PEA un salaire déguisé en plus-value.

Elle a remis en cause, dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal, l'exonération de la plus-value constatée en 2007 par M. B à raison des 132 000 titres inscrits sur le PEA et a imposé les sommes correspondantes dans la catégorie des traitements et salaires, soit un montant de 2 022 093 euros. Dans sa proposition de rectification, elle a assorti les droits dus d'une pénalité pour abus de droit au taux de 40 %.

M. B fait valoir que les ABSA de la société N sont des instruments optionnels qui ne peuvent pas être requalifiés de primes ou de schéma d'intéressement des huit managers du groupe S. Il relève que la totalité des ABSA n'ont pas été émis au bénéfice exclusif de ces huit cadres dirigeants. Il soutient également que l'acquisition de ces ABSA comportait une réelle prise de risque dès lors que la société I les a acquises pour un prix de 0,20 euro l'unité qui correspond à hauteur de 0,04 euro au prix d'une action simple et à hauteur de 0,16 euro au prix du BSA. Le contribuable indique que le prix d'acquisition du BSA n'est pas un prix de convenance ce que l'administration a elle-même admis. Il observe enfin qu'en tout état de cause la date de clôture du PEA retenue par l'administration n'autorisait pas celle-ci à soumettre à l'impôt un quelconque montant de plus-value.

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

Le Comité constate que M. B a effectivement acquis les actions de la société I au moyen de ses propres deniers et que cet investissement représentait une part substantielle des revenus qu'il avait perçus au cours de l'année précédant cette acquisition.

Toutefois, il relève que le montant de l'investissement proposé aux dirigeants du groupe S, et le nombre d'actions de la société I qui leur a en conséquence été attribué, n'était pas déterminé librement par chaque dirigeant mais leur était imposé au cas où ils décideraient d'investir et que ce montant a été déterminé en fonction du niveau de responsabilité de chacun de ces dirigeants à la date de réalisation de l'opération relative à l'émission des actions à bons de souscription d'actions.

Le Comité constate également, au vu des caractéristiques et des modalités des bons de souscription d'actions attachés aux 18 725 000 ABSA émis par la société N et du calcul du nombre d'actions ordinaires nouvelles de la société N auxquels les BSA donnent droit, que, le mécanisme de détermination du nombre d'actions accordé aux détenteurs des bons de souscription d'action N procède en fait de la répartition entre ces détenteurs d'une somme prédéterminée et calculée en fonction, d'une part, du taux de rendement interne (TRI) réalisé par les investisseurs financiers (groupe Z et SA X) lors de la cession ou de l'introduction en bourse de la société N et, d'autre part, du mois au cours duquel intervient cette cession ou cette introduction en bourse.

Ainsi, à titre d'exemple, si le TRI réalisé s'établit à 15% lors de la cession de la société N et que cette cession intervient en avril 2007, la somme attribuée à l'ensemble des détenteurs des BSA de la société N et à répartir entre eux s'élève à 7,53 millions d'euros. Cette somme s'élève à 22,83 millions d'euros dans l'hypothèse où ce TRI est de 20% au cours du même mois. Le nombre de BSA détenu par chaque dirigeant selon un chiffre qui lui était imposé sert ainsi seulement à fixer la part qui lui revient de cette somme.

Le Comité note enfin que, compte tenu des modalités de détermination de cette somme, l'investissement réalisé par les managers dans les BSA était intégralement garanti si le TRI était égal à zéro sur la période de juin 2005 à janvier 2007, ou s'il était égal à 2,5 % sur la période allant de février 2007 à mai 2012 ou s'il était égal à 5% sur la période postérieure.

Le Comité estime que, compte tenu des données relatives au groupe S, que ces dirigeants ne pouvaient ignorer, M. B était en réalité assuré, quel que soit le TRI réalisé à la date de la cession ou l'introduction en bourse de la société N, de récupérer son investissement dans les BSA à leur prix de souscription initial, tout en étant susceptible de réaliser un gain substantiel en cas de succès de l'opération.

Ainsi, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité considère que les caractéristiques des BSA de la société N ne correspondent pas à celles d'un investisseur financier mais qu'ils ont eu pour unique objet de répartir une prime d'intéressement entre les huit cadres dirigeants du groupe S et qui trouve son origine dans leur contrat de travail dont celui qui lie M. B au groupe S.

Par suite, le Comité considère que l'inscription dans le PEA pour leur prix de souscription des actions de la société I, comprenant des BSA ayant en réalité la nature d'un intéressement lié aux fonctions salariales exercées en tant que dirigeant par M. B au sein du groupe S, traduit la poursuite d'un but exclusivement fiscal par application littérale des textes régissant le PEA à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur.

En conséquence, le Comité émet l'avis que l'administration était 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.

➤ **Affaire n° 2013-47 concernant M. et Mme M**

Au cours de l'année 2004, le groupe S, spécialisé dans les métiers liés au cycle de l'eau, a fait l'objet d'un rachat au groupe X dans le cadre d'une opération de "leverage buy out" (LBO).

Dans ce contexte, est mis en place un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe S, notamment par l'intermédiaire de la société I, d'acquérir des actions assorties de bons de souscription d'actions (ABSA) de la société N, société qui procédera à l'acquisition de ce groupe.

Les FCPR Y, dont la société de gestion est la société Z, ont créé une société holding dénommée N devant inscrire à son actif les titres du groupe S.

La société N a été constituée le 17 novembre 2004 avec un capital de 45.000 € divisé en 4 500 000 actions de 0,01 €. Ce capital est entièrement détenu par les FCPR Y.

Le 14 février 2005, ces FCPR cèdent 675 000 actions à la SA X.

Le 15 février 2005, la société N a procédé à une première augmentation de capital pour le porter à 37 794 018,75 euros divisé en 3 779 401 875 actions d'une valeur nominale de 0,01 euro. A l'issue de cette opération, les FCPR Y, la SA X et le FCPR W, dont la société de gestion est la société Z, détiennent respectivement 60 %, 25 % et 15 % du capital réparties entre les investisseurs financiers (groupe Z et la SA X). Ces actions nouvelles sont émises au prix de 0,04 euro soit une prime d'émission de 0,03 euro.

Le même jour, le groupe Z et la SA X signent un document relatif aux titulaires des valeurs mobilières de la société N en vue de déterminer les droits et obligations de chaque actionnaire, notamment de réglementer la mutation des actions et autres valeurs mobilières donnant accès au capital de la société N, et d'organiser les modalités d'administration de cette société et ses filiales, à l'effet de maximiser la valeur du groupe S, le taux de rendement interne (TRI) et les multiples d'investissement des investisseurs.

Le 29 juillet 2005, les associés de la société N ont décidé d'augmenter le capital social de la société d'un montant de 187 250 euros par l'émission de 18 725 000 actions ordinaires d'une valeur nominale de 0,01 euro assorties de bons de souscription d'actions ordinaires de la société.

Les bons de souscription d'actions (BSA) offrent la possibilité à leur détenteur de souscrire, pendant une période de dix ans, des actions de la société N au prix de 0,04 euro, en cas d'introduction en bourse ou de cession de cette société. Le nombre d'actions auquel donne droit un BSA est déterminé à partir d'une prime calculée en fonction du taux interne de rendement des actionnaires financiers de N à la date de l'introduction en bourse ou du rachat de la société.

Les 18 725 000 actions à bons de souscription d'actions (ABSA) ont été émises au prix de souscription de 0,20 € chacune (soit une prime d'émission de 0,19 € par ABSA). Cette émission est réservée à hauteur de 9 500 000 actions à la SAS I créée par huit cadres dirigeants du groupe S, le solde étant souscrit par deux autres sociétés regroupant d'autres cadres supérieurs de ce groupe.

La société I a été constituée le 26 mai 2005 et a pour objet l'achat, la souscription, la détention, la cession ou l'apport d'actions ou autres valeurs mobilières de la société N.

Son capital social a été fixé à un montant de 37 000 euros, divisé en 37 000 actions ordinaires d'une valeur nominale d'un euro, et est réparti entre huit cadres dirigeants du groupe S. Il a été souscrit, à hauteur de 5 550 actions, par M. M, exerçant des fonctions de directeur financier au sein du groupe, par un apport en numéraire de 5 550 euros.

Le 21 juillet 2005, la société I a procédé à une augmentation de son capital de 1 873 060 euros. A compter de cette date, le capital de la société entièrement libéré s'élève à 1 910 060 euros divisé en 1 910 060 actions, d'une valeur nominale d'un euro, réparties en 1 910 000 actions ordinaires réparties entre les huit cadres dirigeants du groupe S, et 60 actions B souscrites par le groupe Z.

M. M a ainsi souscrit à cette augmentation de capital par un apport en numéraire de 280 950 euros représentant 280 950 actions.

Après cette opération, M. M détient 15% du capital de la société I, soit 286 500 des 1 910 000 actions ordinaires de la société. Il a inscrit sur son plan d'épargne en actions (PEA) 128 000 actions de cette société.

Le 6 avril 2007, M. M a procédé à la donation de 140 000 titres.

Le 26 avril 2007, la société N a été cédée à la société H, laquelle a ainsi fait l'acquisition de :

- la totalité des actions ordinaires de la société N au prix unitaire de 0,38 euros ;
- la totalité des 1 910 060 actions de la société I au prix unitaire de 18,16 euros.

Le prix de cession des actions de la société I (18,16 euros) a été déterminé à partir de l'évaluation des ABSA de la société N qu'elle détenait, dont le prix a été estimé à 3,65 euros.

M. M a ainsi cédé le 26 avril 2007 à la société H ses 146 500 actions de la société I, dont 128 000 étaient inscrites dans son plan d'épargne en action (PEA), réalisant un gain total d'un montant de 2 510 310 euros.

Seule la plus-value réalisée lors de la cession des 18 500 actions acquises en dehors du PEA a fait l'objet d'une taxation à l'impôt sur le revenu, les autres titres (128 000 actions) bénéficiant d'une exonération d'impôt du fait de leur inscription sur le PEA.

L'administration a estimé que, sous couvert de la souscription des ABSA de la société N par l'intermédiaire de la société I, M. M avait bénéficié en réalité d'un contrat d'intéressement lié à son activité dans la reprise et le développement du groupe S par la société holding N et basé sur le taux de rendement interne (TRI) constaté par les autres actionnaires de la société N résultant de l'appréciation de la valeur de la société holding de rachat entre sa mise en place et sa cession ou son introduction en bourse.

Elle a considéré que, par un montage juridique présentant une apparence non conforme à la réalité, M. M avait ainsi entendu déguiser en gains de cession de titres des gains de nature salariale, conditionnés à ses résultats à raison de ses fonctions de direction exercées au sein du groupe S.

L'administration a, en effet, estimé que l'émission des ABSA traduisait la volonté des principaux actionnaires du groupe S, et notamment du groupe Z, de gratifier les huit dirigeants du groupe S, détenant les actions ordinaires de la société I, d'un avantage devant s'analyser comme un intéressement.

Selon l'administration, eu égard aux performances du groupe S, ces actionnaires entendaient ainsi consentir à ces dirigeants une rétrocession de la plus-value réalisée lors de la revente des titres. Elle relève notamment que les caractéristiques des BSA de la société N démontrent qu'ils ne sont pas le support d'un investissement mais qu'ils constituent un instrument permettant l'attribution d'une prime de performance aux dirigeants du groupe S.

Elle a donc considéré qu'une partie du gain réalisé par M. M lors de la cession des actions de la société I devait être requalifiée en traitements et salaires. Le gain correspondant à l'intéressement imposable dans cette catégorie de revenus a été fixé à 3,08 euros par ABSA de la société N, déterminé par différence entre le prix attribué à une ABSA (3,65 euros) et le prix de cession d'une action de la société N (0,38 euro) diminué de la prime d'émission de l'ABSA (0,19 euro).

L'administration en a déduit que l'inscription par M. M des titres de la société I sur son PEA ne lui était pas opposable dès lors qu'elle procédait de l'utilisation abusive de ce plan

contraire à l'intention du législateur dans la mesure où le contribuable avait transféré sur un PEA un salaire déguisé en plus-value.

Elle a remis en cause, dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal, l'exonération de la plus-value constatée en 2007 par M. M à raison des 128 000 titres inscrits sur le PEA et a imposé les sommes correspondantes dans la catégorie des traitements et salaires, soit un montant de 1 960 818 euros. Dans sa proposition de rectification, elle a assorti les droits dus d'une pénalité pour abus de droit au taux de 40 %.

M. M fait valoir que les ABSA de la société N sont des instruments optionnels qui ne peuvent pas être requalifiés de primes ou de schéma d'intéressement des huit managers du groupe S. Il relève que la totalité des ABSA n'ont pas été émis au bénéfice exclusif de ces huit cadres dirigeants. Il soutient également que l'acquisition de ces ABSA comportait une réelle prise de risque dès lors que la société I les a acquises pour un prix de 0,20 euro l'unité qui correspond à hauteur de 0,04 euro au prix d'une action simple et à hauteur de 0,16 euro au prix du BSA. Le contribuable indique que le prix d'acquisition du BSA n'est pas un prix de convenance ce que l'administration a elle-même admis. Il observe enfin qu'en tout état de cause la date de clôture du PEA retenue par l'administration n'autorisait pas celle-ci à soumettre à l'impôt un quelconque montant de plus-value.

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

Le Comité constate que M. M a effectivement acquis les actions de la société I au moyen de ses propres deniers et que cet investissement représentait une part substantielle des revenus qu'il avait perçus au cours de l'année précédant cette acquisition.

Toutefois, il relève que le montant de l'investissement proposé aux dirigeants du groupe S, et le nombre d'actions de la société I qui leur a en conséquence été attribué, n'était pas déterminé librement par chaque dirigeant mais leur était imposé au cas où ils décideraient d'investir et que ce montant a été déterminé en fonction du niveau de responsabilité de chacun de ces dirigeants à la date de réalisation de l'opération relative à l'émission des actions à bons de souscription d'actions.

Le Comité constate également, au vu des caractéristiques et des modalités des bons de souscription d'actions attachés aux 18 725 000 ABSA émis par la société N et du calcul du nombre d'actions ordinaires nouvelles de la société N auxquels les BSA donnent droit, que, le mécanisme de détermination du nombre d'actions accordé aux détenteurs des bons de souscription d'action N procède en fait de la répartition entre ces détenteurs d'une somme prédéterminée et calculée en fonction, d'une part, du taux de rendement interne (TRI) réalisé par les investisseurs financiers (groupe Z et SA X) lors de la cession ou de l'introduction en bourse de la société N et, d'autre part, du mois au cours duquel intervient cette cession ou cette introduction en bourse.

Ainsi, à titre d'exemple, si le TRI réalisé s'établit à 15% lors de la cession de la société N et que cette cession intervient en avril 2007, la somme attribuée à l'ensemble des détenteurs des BSA de la société N et à répartir entre eux s'élève à 7,53 millions d'euros. Cette somme s'élève à 22,83 millions d'euros dans l'hypothèse où ce TRI est de 20% au cours du même mois. Le nombre de BSA détenu par chaque dirigeant selon un chiffre qui lui était imposé sert ainsi seulement à fixer la part qui lui revient de cette somme.

Le Comité note enfin que, compte tenu des modalités de détermination de cette somme, l'investissement réalisé par les managers dans les BSA était intégralement garanti si le TRI était égal à zéro sur la période de juin 2005 à janvier 2007, ou s'il était égal à 2,5 % sur la période allant de février 2007 à mai 2012 ou s'il était égal à 5% sur la période postérieure.

Le Comité estime que, compte tenu des données relatives au groupe S, que ces dirigeants ne pouvaient ignorer, M. M était en réalité assuré, quel que soit le TRI réalisé à la date de la cession ou l'introduction en bourse de la société N, de récupérer son investissement dans les BSA à leur prix de souscription initial, tout en étant susceptible de réaliser un gain substantiel en cas de succès de l'opération.

Ainsi, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité considère que les caractéristiques des BSA de la société N ne correspondent pas à celles d'un investisseur financier mais qu'ils ont eu pour unique objet de répartir une prime d'intéressement entre les huit cadres dirigeants du groupe S et qui trouve son origine dans leur contrat de travail dont celui qui lie M. M au groupe S.

Par suite, le Comité considère que l'inscription dans le PEA pour leur prix de souscription des actions de la société I, comprenant des BSA ayant en réalité la nature d'un intéressement lié aux fonctions salariales exercées en tant que dirigeant par M. M au sein du groupe S, traduit la poursuite d'un but exclusivement fiscal par application littérale des textes régissant le PEA à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur.

En conséquence, le Comité émet l'avis que l'administration était 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.

➤ **Affaire n° 2013-48 concernant M. et Mme T**

Au cours de l'année 2004, le groupe S, spécialisé dans les métiers liés au cycle de l'eau, a fait l'objet d'un rachat au groupe X dans le cadre d'une opération de "leverage buy out" (LBO).

Dans ce contexte, est mis en place un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe S, notamment par l'intermédiaire de la société I, d'acquérir des actions assorties de bons de souscription d'actions (ABSA) de la société N, société qui procédera à l'acquisition de ce groupe.

Les FCPR Y, dont la société de gestion est la société Z, ont créé une société holding dénommée N devant inscrire à son actif les titres du groupe S.

La société N a été constituée le 17 novembre 2004 avec un capital de 45.000 € divisé en 4 500 000 actions de 0,01 €. Ce capital est entièrement détenu par les FCPR Y.

Le 14 février 2005, ces FCPR cèdent 675 000 actions à la SA X.

Le 15 février 2005, la société N a procédé à une première augmentation de capital pour le porter à 37 794 018,75 euros divisé en 3 779 401 875 actions d'une valeur nominale de 0,01 euro. A l'issue de cette opération, les FCPR Y, la SA X et le FCPR W, dont la société de gestion est la société Z, détiennent respectivement 60 %, 25 % et 15 % du capital réparties entre les investisseurs financiers (groupe Z et la SA X). Ces actions nouvelles sont émises au prix de 0,04 euro soit une prime d'émission de 0,03 euro.

Le même jour, le groupe Z et la SA X signent un document relatif aux titulaires des valeurs mobilières de la société N en vue de déterminer les droits et obligations de chaque actionnaire, notamment de réglementer la mutation des actions et autres valeurs mobilières donnant accès au capital de la société N, et d'organiser les modalités d'administration de cette société et ses filiales, à l'effet de maximiser la valeur du groupe S, le taux de rendement interne (TRI) et les multiples d'investissement des investisseurs.

Le 29 juillet 2005, les associés de la société N ont décidé d'augmenter le capital social de la société d'un montant de 187 250 euros par l'émission de 18 725 000 actions ordinaires d'une valeur nominale de 0,01 euro assorties de bons de souscription d'actions ordinaires de la société.

Les bons de souscription d'actions (BSA) offrent la possibilité à leur détenteur de souscrire, pendant une période de dix ans, des actions de la société N au prix de 0,04 euro, en cas d'introduction en bourse ou de cession de cette société. Le nombre d'actions auquel donne droit un BSA est déterminé à partir d'une prime calculée en fonction du taux interne de rendement des actionnaires financiers de N à la date de l'introduction en bourse ou du rachat de la société.

Les 18 725 000 actions à bons de souscription d'actions (ABSA) ont été émises au prix de souscription de 0,20 € chacune (soit une prime d'émission de 0,19 € par ABSA). Cette émission est réservée à hauteur de 9 500 000 actions à la SAS I créée par huit cadres dirigeants du groupe S, le solde étant souscrit par deux autres sociétés regroupant d'autres cadres supérieurs de ce groupe.

La société I a été constituée le 26 mai 2005 et a pour objet l'achat, la souscription, la détention, la cession ou l'apport d'actions ou autres valeurs mobilières de la société N.

Son capital social a été fixé à un montant de 37 000 euros, divisé en 37 000 actions ordinaires d'une valeur nominale d'un euro, et est réparti entre huit cadres dirigeants du groupe S. Il a été souscrit, à hauteur de 1 850 actions, par M. T, exerçant des fonctions de directeur juridique au sein du groupe, par un apport en numéraire de 1 850 euros.

Le 21 juillet 2005, la société I a procédé à une augmentation de son capital de 1 873 060 euros. A compter de cette date, le capital de la société entièrement libéré s'élève à 1 910 060 euros divisé en 1 910 060 actions, d'une valeur nominale d'un euro, réparties en 1 910 000 actions ordinaires réparties entre les huit cadres dirigeants du groupe S, et 60 actions B souscrites par le groupe Z.

M. T a ainsi souscrit à cette augmentation de capital par un apport en numéraire de 93 650 euros représentant 93 650 actions.

Après cette opération, M. T détient 5% du capital de la société I, soit 95 500 des 1 910 000 actions ordinaires de la société. Il a inscrit sur son plan d'épargne en actions (PEA) 81 175 actions de cette société.

Le 26 avril 2007, la société N a été cédée à la société H, laquelle a ainsi fait l'acquisition de :

- la totalité des actions ordinaires de la société N au prix unitaire de 0,38 euros ;
- la totalité des 1 910 060 actions de la société I au prix unitaire de 18,16 euros.

Le prix de cession des actions de la société I (18,16 euros) a été déterminé à partir de l'évaluation des ABSA de la société N qu'elle détenait, dont le prix a été estimé à 3,65 euros.

M. T a ainsi cédé le 26 avril 2007 à la société H ses 95 500 actions de la société I, dont 81 175 étaient inscrites dans son plan d'épargne en action (PEA), réalisant un gain total d'un montant de 1 638 780 euros.

Seule la plus-value réalisée lors de la cession des 14 235 actions acquises en dehors du PEA a fait l'objet d'une taxation à l'impôt sur le revenu, les autres titres (81 175 actions) bénéficiant d'une exonération d'impôt du fait de leur inscription sur le PEA.

L'administration a estimé que, sous couvert de la souscription des ABSA de la société N par l'intermédiaire de la société I, M. T avait bénéficié en réalité d'un contrat d'intéressement lié à son activité dans la reprise et le développement du groupe S par la société holding N et basé sur le taux de rendement interne (TRI) constaté par les autres actionnaires de la société N résultant de l'appréciation de la valeur de la société holding de rachat entre sa mise en place et sa cession ou son introduction en bourse.

Elle a considéré que, par un montage juridique présentant une apparence non conforme à la réalité, M. T avait ainsi entendu déguiser en gains de cession de titres des gains de nature salariale, conditionnés à ses résultats à raison de ses fonctions de direction exercées au sein du groupe S.

L'administration a, en effet, estimé que l'émission des ABSA traduisait la volonté des principaux actionnaires du groupe S, et notamment du groupe Z, de gratifier les huit dirigeants du groupe S, détenant les actions ordinaires de la société I, d'un avantage devant s'analyser comme un intéressement.

Selon l'administration, eu égard aux performances du groupe S, ces actionnaires entendaient ainsi consentir à ces dirigeants une rétrocession de la plus-value réalisée lors de la revente des titres. Elle relève notamment que les caractéristiques des BSA de la société N démontrent qu'ils ne sont pas le support d'un investissement mais qu'ils constituent un instrument permettant l'attribution d'une prime de performance aux dirigeants du groupe S.

Elle a donc considéré qu'une partie du gain réalisé par M. T lors de la cession des actions de la société I devait être requalifiée en traitements et salaires. Le gain correspondant à l'intéressement imposable dans cette catégorie de revenus a été fixé à 3,08 euros par ABSA de la société N, déterminé par différence entre le prix attribué à une ABSA (3,65 euros) et le prix de cession d'une action de la société N (0,38 euro) diminué de la prime d'émission de l'ABSA (0,19 euro).

L'administration en a déduit que l'inscription par M. T des titres de la société I sur son PEA ne lui était pas opposable dès lors qu'elle procédait de l'utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur dans la mesure où le contribuable avait transféré sur un PEA un salaire déguisé en plus-value.

Elle a remis en cause, dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal, l'exonération de la plus-value constatée en 2007 par M. T à raison des 81 175 titres inscrits sur le PEA et a imposé les sommes correspondantes dans la catégorie des traitements et salaires, soit un montant de 1 243 511 euros. Dans sa proposition de rectification, elle a assorti les droits dus d'une pénalité pour abus de droit au taux de 40 %.

M. T fait valoir que les ABSA de la société N sont des instruments optionnels qui ne peuvent pas être requalifiés de primes ou de schéma d'intéressement des huit managers du groupe S. Il relève que la totalité des ABSA n'ont pas été émis au bénéfice exclusif de ces huit cadres dirigeants. Il soutient également que l'acquisition de ces ABSA comportait une réelle prise de risque dès lors que la société I les a acquises pour un prix de 0,20 euro l'unité qui correspond à hauteur de 0,04 euro au prix d'une action simple et à hauteur de 0,16 euro au prix du BSA. Le contribuable indique que le prix d'acquisition du BSA n'est pas un prix de convenance ce que l'administration a elle-même admis. Il observe enfin qu'en tout état de cause la date de clôture du PEA retenue par l'administration n'autorisait pas celle-ci à soumettre à l'impôt un quelconque montant de plus-value.

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

Le Comité constate que M. T a effectivement acquis les actions de la société I au moyen de ses propres deniers et que cet investissement représentait une part substantielle des revenus qu'il avait perçus au cours de l'année précédant cette acquisition.

Toutefois, il relève que le montant de l'investissement proposé aux dirigeants du groupe S, et le nombre d'actions de la société I qui leur a en conséquence été attribué, n'était pas déterminé librement par chaque dirigeant mais leur était imposé au cas où ils décideraient d'investir et que ce montant a été déterminé en fonction du niveau de responsabilité de chacun de ces

dirigeants à la date de réalisation de l'opération relative à l'émission des actions à bons de souscription d'actions.

Le Comité constate également, au vu des caractéristiques et des modalités des bons de souscription d'actions attachés aux 18 725 000 ABSA émis par la société N et du calcul du nombre d'actions ordinaires nouvelles de la société N auxquels les BSA donnent droit, que, le mécanisme de détermination du nombre d'actions accordé aux détenteurs des bons de souscription d'action N procède en fait de la répartition entre ces détenteurs d'une somme prédéterminée et calculée en fonction, d'une part, du taux de rendement interne (TRI) réalisé par les investisseurs financiers (groupe Z et SA X) lors de la cession ou de l'introduction en bourse de la société N et, d'autre part, du mois au cours duquel intervient cette cession ou cette introduction en bourse.

Ainsi, à titre d'exemple, si le TRI réalisé s'établit à 15% lors de la cession de la société N et que cette cession intervient en avril 2007, la somme attribuée à l'ensemble des détenteurs des BSA de la société N et à répartir entre eux s'élève à 7,53 millions d'euros. Cette somme s'élève à 22,83 millions d'euros dans l'hypothèse où ce TRI est de 20% au cours du même mois. Le nombre de BSA détenu par chaque dirigeant selon un chiffre qui lui était imposé sert ainsi seulement à fixer la part qui lui revient de cette somme.

Le Comité note enfin que, compte tenu des modalités de détermination de cette somme, l'investissement réalisé par les managers dans les BSA était intégralement garanti si le TRI était égal à zéro sur la période de juin 2005 à janvier 2007, ou s'il était égal à 2,5 % sur la période allant de février 2007 à mai 2012 ou s'il était égal à 5% sur la période postérieure.

Le Comité estime que, compte tenu des données relatives au groupe S, que ces dirigeants ne pouvaient ignorer, M. T était en réalité assuré, quel que soit le TRI réalisé à la date de la cession ou l'introduction en bourse de la société N, de récupérer son investissement dans les BSA à leur prix de souscription initial, tout en étant susceptible de réaliser un gain substantiel en cas de succès de l'opération.

Ainsi, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité considère que les caractéristiques des BSA de la société N ne correspondent pas à celles d'un investisseur financier mais qu'ils ont eu pour unique objet de répartir une prime d'intéressement entre les huit cadres dirigeants du groupe S et qui trouve son origine dans leur contrat de travail dont celui qui lie M. T au groupe S.

Par suite, le Comité considère que l'inscription dans le PEA pour leur prix de souscription des actions de la société I, comprenant des BSA ayant en réalité la nature d'un intéressement lié aux fonctions salariales exercées en tant que dirigeant par M. T au sein du groupe S, traduit la poursuite d'un but exclusivement fiscal par application littérale des textes régissant le PEA à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur.

En conséquence, le Comité émet l'avis que l'administration était 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.

➤ **Affaire n° 2013-49 concernant M. et Mme A**

Au cours de l'année 2004, le groupe S, spécialisé dans les métiers liés au cycle de l'eau, a fait l'objet d'un rachat au groupe X dans le cadre d'une opération de "leverage buy out" (LBO).

Dans ce contexte, est mis en place un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe S, notamment par l'intermédiaire de la société I, d'acquérir des actions assorties de bons de souscription d'actions (ABSA) de la société N, société qui procédera à l'acquisition de ce groupe.

Les FCPR Y, dont la société de gestion est la société Z, ont créé une société holding dénommée N devant inscrire à son actif les titres du groupe S.

La société N a été constituée le 17 novembre 2004 avec un capital de 45.000 € divisé en 4 500 000 actions de 0,01 €. Ce capital est entièrement détenu par les FCPR Y.

Le 14 février 2005, ces FCPR cèdent 675 000 actions à la SA X.

Le 15 février 2005, la société N a procédé à une première augmentation de capital pour le porter à 37 794 018,75 euros divisé en 3 779 401 875 actions d'une valeur nominale de 0,01 euro. A l'issue de cette opération, les FCPR Y, la SA X et le FCPR W, dont la société de gestion est la société Z, détiennent respectivement 60 %, 25 % et 15 % du capital réparties entre les investisseurs financiers (groupe Z et la SA X). Ces actions nouvelles sont émises au prix de 0,04 euro soit une prime d'émission de 0,03 euro.

Le même jour, le groupe Z et la SA X signent un document relatif aux titulaires des valeurs mobilières de la société N en vue de déterminer les droits et obligations de chaque actionnaire, notamment de réglementer la mutation des actions et autres valeurs mobilières donnant accès au capital de la société N, et d'organiser les modalités d'administration de cette société et ses filiales, à l'effet de maximiser la valeur du groupe S, le taux de rendement interne (TRI) et les multiples d'investissement des investisseurs.

Le 29 juillet 2005, les associés de la société N ont décidé d'augmenter le capital social de la société d'un montant de 187 250 euros par l'émission de 18 725 000 actions ordinaires d'une valeur nominale de 0,01 euro assorties de bons de souscription d'actions ordinaires de la société.

Les bons de souscription d'actions (BSA) offrent la possibilité à leur détenteur de souscrire, pendant une période de dix ans, des actions de la société N au prix de 0,04 euro, en cas d'introduction en bourse ou de cession de cette société. Le nombre d'actions auquel donne droit un BSA est déterminé à partir d'une prime calculée en fonction du taux interne de rendement des actionnaires financiers de N à la date de l'introduction en bourse ou du rachat de la société.

Les 18 725 000 actions à bons de souscription d'actions (ABSA) ont été émises au prix de souscription de 0,20 € chacune (soit une prime d'émission de 0,19 € par ABSA). Cette émission est réservée à hauteur de 9 500 000 actions à la SAS I créée par huit cadres dirigeants du groupe S, le solde étant souscrit par deux autres sociétés regroupant d'autres cadres supérieurs de ce groupe.

La société I a été constituée le 26 mai 2005 et a pour objet l'achat, la souscription, la détention, la cession ou l'apport d'actions ou autres valeurs mobilières de la société N.

Son capital social a été fixé à un montant de 37 000 euros, divisé en 37 000 actions ordinaires d'une valeur nominale d'un euro, et est réparti entre huit cadres dirigeants du groupe S. Il a été souscrit, à hauteur de 1 850 actions, par M. A, exerçant des fonctions de directeur des ressources humaines au sein du groupe, par un apport en numéraire de 1 850 euros.

Le 21 juillet 2005, la société I a procédé à une augmentation de son capital de 1 873 060 euros. A compter de cette date, le capital de la société entièrement libéré s'élève à 1 910 060 euros divisé en 1 910 060 actions, d'une valeur nominale d'un euro, réparties en 1 910 000 actions ordinaires réparties entre les huit cadres dirigeants du groupe S, et 60 actions B souscrites par le groupe Z.

M. A a ainsi souscrit à cette augmentation de capital par un apport en numéraire de 93 650 euros représentant 93 650 actions.

Après cette opération, M. A détient 5% du capital de la société I, soit 95 500 des 1 910 000 actions ordinaires de la société. Il a inscrit sur son plan d'épargne en actions (PEA) 81 175 actions de cette société.

Le 26 avril 2007, la société N a été cédée à la société H, laquelle a ainsi fait l'acquisition de :

- la totalité des actions ordinaires de la société N au prix unitaire de 0,38 euros ;
- la totalité des 1 910 060 actions de la société I au prix unitaire de 18,16 euros.

Le prix de cession des actions de la société I (18,16 euros) a été déterminé à partir de l'évaluation des ABSA de la société N qu'elle détenait, dont le prix a été estimé à 3,65 euros.

M. A a ainsi cédé le 26 avril 2007 à la société H ses 95 500 actions de la société I, dont 81 175 étaient inscrites dans son plan d'épargne en action (PEA), réalisant un gain total d'un montant de 1 635 969 euros.

Seule la plus-value réalisée lors de la cession des 14 235 actions acquises en dehors du PEA a fait l'objet d'une taxation à l'impôt sur le revenu, les autres titres (81 175 actions) bénéficiant d'une exonération d'impôt du fait de leur inscription sur le PEA.

L'administration a estimé que, sous couvert de la souscription des ABSA de la société N par l'intermédiaire de la société I, M. A avait bénéficié en réalité d'un contrat d'intéressement lié à son activité dans la reprise et le développement du groupe S par la société holding N et basé sur le taux de rendement interne (TRI) constaté par les autres actionnaires de la société N résultant de l'appréciation de la valeur de la société holding de rachat entre sa mise en place et sa cession ou son introduction en bourse.

Elle a considéré que, par un montage juridique présentant une apparence non conforme à la réalité, M. A avait ainsi entendu déguiser en gains de cession de titres des gains de nature salariale, conditionnés à ses résultats à raison de ses fonctions de direction exercées au sein du groupe S.

L'administration a, en effet, estimé que l'émission des ABSA traduisait la volonté des principaux actionnaires du groupe S, et notamment du groupe Z, de gratifier les huit dirigeants du groupe S, détenant les actions ordinaires de la société I, d'un avantage devant s'analyser comme un intéressement.

Selon l'administration, eu égard aux performances du groupe S, ces actionnaires entendaient ainsi consentir à ces dirigeants une rétrocession de la plus-value réalisée lors de la revente des titres. Elle relève notamment que les caractéristiques des BSA de la société N démontrent qu'ils ne sont pas le support d'un investissement mais qu'ils constituent un instrument permettant l'attribution d'une prime de performance aux dirigeants du groupe S.

Elle a donc considéré qu'une partie du gain réalisé par M. A lors de la cession des actions de la société I devait être requalifiée en traitements et salaires. Le gain correspondant à l'intéressement imposable dans cette catégorie de revenus a été fixé à 3,08 euros par ABSA de la société N, déterminé par différence entre le prix attribué à une ABSA (3,65 euros) et le prix de cession d'une action de la société N (0,38 euro) diminué de la prime d'émission de l'ABSA (0,19 euro).

L'administration en a déduit que l'inscription par M. A des titres de la société I sur son PEA ne lui était pas opposable dès lors qu'elle procédait de l'utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur dans la mesure où le contribuable avait transféré sur un PEA un salaire déguisé en plus-value.

Elle a remis en cause, dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal, l'exonération de la plus-value constatée en 2007 par M. A à raison des 81 175 titres inscrits sur le PEA et a imposé les sommes correspondantes dans la catégorie des traitements et salaires, soit un

montant de 1 243 511 euros. Dans sa proposition de rectification, elle a assorti les droits dus d'une pénalité pour abus de droit au taux de 40 %.

M. A fait valoir que les ABSA de la société N sont des instruments optionnels qui ne peuvent pas être requalifiés de primes ou de schéma d'intéressement des huit managers du groupe S. Il relève que la totalité des ABSA n'ont pas été émis au bénéfice exclusif de ces huit cadres dirigeants. Il soutient également que l'acquisition de ces ABSA comportait une réelle prise de risque dès lors que la société I les a acquises pour un prix de 0,20 euro l'unité qui correspond à hauteur de 0,04 euro au prix d'une action simple et à hauteur de 0,16 euro au prix du BSA. Le contribuable indique que le prix d'acquisition du BSA n'est pas un prix de convenance ce que l'administration a elle-même admis. Il observe enfin qu'en tout état de cause la date de clôture du PEA retenue par l'administration n'autorisait pas celle-ci à soumettre à l'impôt un quelconque montant de plus-value.

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

Le Comité constate que M. A a effectivement acquis les actions de la société I au moyen de ses propres deniers et que cet investissement représentait une part substantielle des revenus qu'il avait perçus au cours de l'année précédant cette acquisition.

Toutefois, il relève que le montant de l'investissement proposé aux dirigeants du groupe S, et le nombre d'actions de la société I qui leur a en conséquence été attribué, n'était pas déterminé librement par chaque dirigeant mais leur était imposé au cas où ils décideraient d'investir et que ce montant a été déterminé en fonction du niveau de responsabilité de chacun de ces dirigeants à la date de réalisation de l'opération relative à l'émission des actions à bons de souscription d'actions.

Le Comité constate également, au vu des caractéristiques et des modalités des bons de souscription d'actions attachés aux 18 725 000 ABSA émis par la société N et du calcul du nombre d'actions ordinaires nouvelles de la société N auxquels les BSA donnent droit, que, le mécanisme de détermination du nombre d'actions accordé aux détenteurs des bons de souscription d'action N procède en fait de la répartition entre ces détenteurs d'une somme prédéterminée et calculée en fonction, d'une part, du taux de rendement interne (TRI) réalisé par les investisseurs financiers (groupe Z et SA X) lors de la cession ou de l'introduction en bourse de la société N et, d'autre part, du mois au cours duquel intervient cette cession ou cette introduction en bourse.

Ainsi, à titre d'exemple, si le TRI réalisé s'établit à 15% lors de la cession de la société N et que cette cession intervient en avril 2007, la somme attribuée à l'ensemble des détenteurs des BSA de la société N et à répartir entre eux s'élève à 7,53 millions d'euros. Cette somme s'élève à 22,83 millions d'euros dans l'hypothèse où ce TRI est de 20% au cours du même mois. Le nombre de BSA détenu par chaque dirigeant selon un chiffre qui lui était imposé sert ainsi seulement à fixer la part qui lui revient de cette somme.

Le Comité note enfin que, compte tenu des modalités de détermination de cette somme, l'investissement réalisé par les managers dans les BSA était intégralement garanti si le TRI était égal à zéro sur la période de juin 2005 à janvier 2007, ou s'il était égal à 2,5 % sur la période allant de février 2007 à mai 2012 ou s'il était égal à 5% sur la période postérieure.

Le Comité estime que, compte tenu des données relatives au groupe S, que ces dirigeants ne pouvaient ignorer, M. A était en réalité assuré, quel que soit le TRI réalisé à la date de la cession ou l'introduction en bourse de la société N, de récupérer son investissement dans les BSA à leur prix de souscription initial, tout en étant susceptible de réaliser un gain substantiel en cas de succès de l'opération.

Ainsi, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité considère que les caractéristiques des BSA de la société N ne correspondent pas à celles d'un investisseur financier mais qu'ils ont eu pour unique objet de répartir une prime d'intéressement entre les huit cadres dirigeants du groupe S et qui trouve son origine dans leur contrat de travail dont celui qui lie M. A au groupe S.

Par suite, le Comité considère que l'inscription dans le PEA pour leur prix de souscription des actions de la société I, comprenant des BSA ayant en réalité la nature d'un intéressement lié aux fonctions salariales exercées en tant que dirigeant par M. A au sein du groupe S, traduit la poursuite d'un but exclusivement fiscal par application littérale des textes régissant le PEA à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur.

En conséquence, le Comité émet l'avis que l'administration était 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.

➤ **Affaire n° 2013-50 concernant M. et Mme P**

Au cours de l'année 2004, le groupe S, spécialisé dans les métiers liés au cycle de l'eau, a fait l'objet d'un rachat au groupe X dans le cadre d'une opération de "leverage buy out" (LBO).

Dans ce contexte, est mis en place un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe S, notamment par l'intermédiaire de la société I, d'acquérir des actions assorties de bons de souscription d'actions (ABSA) de la société N, société qui procédera à l'acquisition de ce groupe.

Les FCPR Y, dont la société de gestion est la société Z, ont créé une société holding dénommée N devant inscrire à son actif les titres du groupe S.

La société N a été constituée le 17 novembre 2004 avec un capital de 45.000 € divisé en 4 500 000 actions de 0,01 €. Ce capital est entièrement détenu par les FCPR Y.

Le 14 février 2005, ces FCPR cèdent 675 000 actions à la SA X.

Le 15 février 2005, la société N a procédé à une première augmentation de capital pour le porter à 37 794 018,75 euros divisé en 3 779 401 875 actions d'une valeur nominale de 0,01 euro. A l'issue de cette opération, les FCPR Y, la SA X et le FCPR W, dont la société de gestion est la société Z, détiennent respectivement 60 %, 25 % et 15 % du capital réparties entre les investisseurs financiers (groupe Z et la SA X). Ces actions nouvelles sont émises au prix de 0,04 euro soit une prime d'émission de 0,03 euro.

Le même jour, le groupe Z et la SA X signent un document relatif aux titulaires des valeurs mobilières de la société N en vue de déterminer les droits et obligations de chaque actionnaire, notamment de réglementer la mutation des actions et autres valeurs mobilières donnant accès au capital de la société N, et d'organiser les modalités d'administration de cette société et ses filiales, à l'effet de maximiser la valeur du groupe S, le taux de rendement interne (TRI) et les multiples d'investissement des investisseurs.

Le 29 juillet 2005, les associés de la société N ont décidé d'augmenter le capital social de la société d'un montant de 187 250 euros par l'émission de 18 725 000 actions ordinaires d'une valeur nominale de 0,01 euro assorties de bons de souscription d'actions ordinaires de la société.

Les bons de souscription d'actions (BSA) offrent la possibilité à leur détenteur de souscrire, pendant une période de dix ans, des actions de la société N au prix de 0,04 euro, en cas d'introduction en bourse ou de cession de cette société. Le nombre d'actions auquel donne droit un BSA est déterminé à partir d'une prime calculée en fonction du taux interne de

rendement des actionnaires financiers de N à la date de l'introduction en bourse ou du rachat de la société.

Les 18 725 000 actions à bons de souscription d'actions (ABSA) ont été émises au prix de souscription de 0,20 € chacune (soit une prime d'émission de 0,19 € par ABSA). Cette émission est réservée à hauteur de 9 500 000 actions à la SAS I créée par huit cadres dirigeants du groupe S, le solde étant souscrit par deux autres sociétés regroupant d'autres cadres supérieurs de ce groupe.

La société I a été constituée le 26 mai 2005 et a pour objet l'achat, la souscription, la détention, la cession ou l'apport d'actions ou autres valeurs mobilières de la société N.

Son capital social a été fixé à un montant de 37 000 euros, divisé en 37 000 actions ordinaires d'une valeur nominale d'un euro, et est réparti entre huit cadres dirigeants du groupe S. Il a été souscrit, à hauteur de 5 550 actions, par M. P, exerçant des fonctions de président directeur général d'une filiale et membre du comité exécutif au sein du groupe, par un apport en numéraire de 5 550 euros.

Le 21 juillet 2005, la société I a procédé à une augmentation de son capital de 1 873 060 euros. A compter de cette date, le capital de la société entièrement libéré s'élève à 1 910 060 euros divisé en 1 910 060 actions, d'une valeur nominale d'un euro, réparties en 1 910 000 actions ordinaires réparties entre les huit cadres dirigeants du groupe S, et 60 actions B souscrites par le groupe Z.

M. P a ainsi souscrit à cette augmentation de capital par un apport en numéraire de 280 950 euros représentant 280 950 actions.

Après cette opération, M. P détient 15% du capital de la société I, soit 286 500 des 1 910 000 actions ordinaires de la société. Il a inscrit sur son plan d'épargne en actions (PEA) 129 388 actions de cette société.

Le 26 avril 2007, la société N a été cédée à la société H, laquelle a ainsi fait l'acquisition de :

- la totalité des actions ordinaires de la société N au prix unitaire de 0,38 euros ;
- la totalité des 1 910 060 actions de la société I au prix unitaire de 18,16 euros.

Le prix de cession des actions de la société I (18,16 euros) a été déterminé à partir de l'évaluation des ABSA de la société N qu'elle détenait, dont le prix a été estimé à 3,65 euros.

M. P a ainsi cédé le 26 avril 2007 à la société H ses 286 500 actions de la société I, dont 129 388 étaient inscrites dans son plan d'épargne en action (PEA), réalisant un gain total d'un montant de 4 885 514 euros.

Seule la plus-value réalisée lors de la cession des 157 112 actions acquises en dehors du PEA a fait l'objet d'une taxation à l'impôt sur le revenu, les autres titres (129 388 actions) bénéficiant d'une exonération d'impôt du fait de leur inscription sur le PEA.

L'administration a estimé que, sous couvert de la souscription des ABSA de la société N par l'intermédiaire de la société I, M. P avait bénéficié en réalité d'un contrat d'intéressement lié à son activité dans la reprise et le développement du groupe S par la société holding N et basé sur le taux de rendement interne (TRI) constaté par les autres actionnaires de la société N résultant de l'appréciation de la valeur de la société holding de rachat entre sa mise en place et sa cession ou son introduction en bourse.

Elle a considéré que, par un montage juridique présentant une apparence non conforme à la réalité, M. P avait ainsi entendu déguiser en gains de cession de titres des gains de nature salariale, conditionnés à ses résultats à raison de ses fonctions de direction exercées au sein du groupe S.

L'administration a, en effet, estimé que l'émission des ABSA traduisait la volonté des principaux actionnaires du groupe S, et notamment du groupe Z, de gratifier les huit dirigeants du groupe S, détenant les actions ordinaires de la société I, d'un avantage devant s'analyser comme un intéressement.

Selon l'administration, eu égard aux performances du groupe S, ces actionnaires entendaient ainsi consentir à ces dirigeants une rétrocession de la plus-value réalisée lors de la revente des titres. Elle relève notamment que les caractéristiques des BSA de la société N démontrent qu'ils ne sont pas le support d'un investissement mais qu'ils constituent un instrument permettant l'attribution d'une prime de performance aux dirigeants du groupe S.

Elle a donc considéré qu'une partie du gain réalisé par M. P lors de la cession des actions de la société I devait être requalifiée en traitements et salaires. Le gain correspondant à l'intéressement imposable dans cette catégorie de revenus a été fixé à 3,08 euros par ABSA de la société N, déterminé par différence entre le prix attribué à une ABSA (3,65 euros) et le prix de cession d'une action de la société N (0,38 euro) diminué de la prime d'émission de l'ABSA (0,19 euro).

L'administration en a déduit que l'inscription par M. P des titres de la société I sur son PEA ne lui était pas opposable dès lors qu'elle procédait de l'utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur dans la mesure où le contribuable avait transféré sur un PEA un salaire déguisé en plus-value.

Elle a remis en cause, dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal, l'exonération de la plus-value constatée en 2007 par M. P à raison des 129 388 titres inscrits sur le PEA et a imposé les sommes correspondantes dans la catégorie des traitements et salaires, soit un montant de 1 982 081 euros. Dans sa proposition de rectification, elle a assorti les droits dus d'une pénalité pour abus de droit au taux de 40 %.

M. P fait valoir que les ABSA de la société N sont des instruments optionnels qui ne peuvent pas être requalifiés de primes ou de schéma d'intéressement des huit managers du groupe S. Il relève que la totalité des ABSA n'ont pas été émis au bénéfice exclusif de ces huit cadres dirigeants. Il soutient également que l'acquisition de ces ABSA comportait une réelle prise de risque dès lors que la société I les a acquises pour un prix de 0,20 euro l'unité qui correspond à hauteur de 0,04 euro au prix d'une action simple et à hauteur de 0,16 euro au prix du BSA. Le contribuable indique que le prix d'acquisition du BSA n'est pas un prix de convenance ce que l'administration a elle-même admis. Il observe enfin qu'en tout état de cause la date de clôture du PEA retenue par l'administration n'autorisait pas celle-ci à soumettre à l'impôt un quelconque montant de plus-value.

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

Le Comité constate que M. P a effectivement acquis les actions de la société I au moyen de ses propres deniers et que cet investissement représentait une part substantielle des revenus qu'il avait perçus au cours de l'année précédant cette acquisition.

Toutefois, il relève que le montant de l'investissement proposé aux dirigeants du groupe S, et le nombre d'actions de la société I qui leur a en conséquence été attribué, n'était pas déterminé librement par chaque dirigeant mais leur était imposé au cas où ils décideraient d'investir et que ce montant a été déterminé en fonction du niveau de responsabilité de chacun de ces dirigeants à la date de réalisation de l'opération relative à l'émission des actions à bons de souscription d'actions.

Le Comité constate également, au vu des caractéristiques et des modalités des bons de souscription d'actions attachés aux 18 725 000 ABSA émis par la société N et du calcul du nombre d'actions ordinaires nouvelles de la société N auxquels les BSA donnent droit, que, le

mécanisme de détermination du nombre d'actions accordé aux détenteurs des bons de souscription d'action N procède en fait de la répartition entre ces détenteurs d'une somme prédéterminée et calculée en fonction, d'une part, du taux de rendement interne (TRI) réalisé par les investisseurs financiers (groupe Z et SA X) lors de la cession ou de l'introduction en bourse de la société N et, d'autre part, du mois au cours duquel intervient cette cession ou cette introduction en bourse.

Ainsi, à titre d'exemple, si le TRI réalisé s'établit à 15% lors de la cession de la société N et que cette cession intervient en avril 2007, la somme attribuée à l'ensemble des détenteurs des BSA de la société N et à répartir entre eux s'élève à 7,53 millions d'euros. Cette somme s'élève à 22,83 millions d'euros dans l'hypothèse où ce TRI est de 20% au cours du même mois. Le nombre de BSA détenu par chaque dirigeant selon un chiffre qui lui était imposé sert ainsi seulement à fixer la part qui lui revient de cette somme.

Le Comité note enfin que, compte tenu des modalités de détermination de cette somme, l'investissement réalisé par les managers dans les BSA était intégralement garanti si le TRI était égal à zéro sur la période de juin 2005 à janvier 2007, ou s'il était égal à 2,5 % sur la période allant de février 2007 à mai 2012 ou s'il était égal à 5% sur la période postérieure.

Le Comité estime que, compte tenu des données relatives au groupe S, que ces dirigeants ne pouvaient ignorer, M. P était en réalité assuré, quel que soit le TRI réalisé à la date de la cession ou l'introduction en bourse de la société N, de récupérer son investissement dans les BSA à leur prix de souscription initial, tout en étant susceptible de réaliser un gain substantiel en cas de succès de l'opération.

Ainsi, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité considère que les caractéristiques des BSA de la société N ne correspondent pas à celles d'un investisseur financier mais qu'ils ont eu pour unique objet de répartir une prime d'intéressement entre les huit cadres dirigeants du groupe S et qui trouve son origine dans leur contrat de travail dont celui qui lie M. P au groupe S.

Par suite, le Comité considère que l'inscription dans le PEA pour leur prix de souscription des actions de la société I, comprenant des BSA ayant en réalité la nature d'un intéressement lié aux fonctions salariales exercées en tant que dirigeant par M. P au sein du groupe S, traduit la poursuite d'un but exclusivement fiscal par application littérale des textes régissant le PEA à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur.

En conséquence, le Comité émet l'avis que l'administration était 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.

➤ **Affaire n° 2013-51 concernant M. et Mme L**

Au cours de l'année 2004, le groupe S, spécialisé dans les métiers liés au cycle de l'eau, a fait l'objet d'un rachat au groupe X dans le cadre d'une opération de "leverage buy out" (LBO).

Dans ce contexte, est mis en place un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe S, notamment par l'intermédiaire de la société I, d'acquérir des actions assorties de bons de souscription d'actions (ABSA) de la société N, société qui procédera à l'acquisition de ce groupe.

Les FCPR Y, dont la société de gestion est la société Z, ont créé une société holding dénommée N devant inscrire à son actif les titres du groupe S.

La société N a été constituée le 17 novembre 2004 avec un capital de 45.000 € divisé en 4 500 000 actions de 0,01 €. Ce capital est entièrement détenu par les FCPR Y.

Le 14 février 2005, ces FCPR cèdent 675 000 actions à la SA X.

Le 15 février 2005, la société N a procédé à une première augmentation de capital pour le porter à 37 794 018,75 euros divisé en 3 779 401 875 actions d'une valeur nominale de 0,01 euro. A l'issue de cette opération, les FCPR Y, la SA X et le FCPR W, dont la société de gestion est la société Z, détiennent respectivement 60 %, 25 % et 15 % du capital réparties entre les investisseurs financiers (groupe Z et la SA X). Ces actions nouvelles sont émises au prix de 0,04 euro soit une prime d'émission de 0,03 euro.

Le même jour, le groupe Z et la SA X signent un document relatif aux titulaires des valeurs mobilières de la société N en vue de déterminer les droits et obligations de chaque actionnaire, notamment de réglementer la mutation des actions et autres valeurs mobilières donnant accès au capital de la société N, et d'organiser les modalités d'administration de cette société et ses filiales, à l'effet de maximiser la valeur du groupe S, le taux de rendement interne (TRI) et les multiples d'investissement des investisseurs.

Le 29 juillet 2005, les associés de la société N ont décidé d'augmenter le capital social de la société d'un montant de 187 250 euros par l'émission de 18 725 000 actions ordinaires d'une valeur nominale de 0,01 euro assorties de bons de souscription d'actions ordinaires de la société.

Les bons de souscription d'actions (BSA) offrent la possibilité à leur détenteur de souscrire, pendant une période de dix ans, des actions de la société N au prix de 0,04 euro, en cas d'introduction en bourse ou de cession de cette société. Le nombre d'actions auquel donne droit un BSA est déterminé à partir d'une prime calculée en fonction du taux interne de rendement des actionnaires financiers de N à la date de l'introduction en bourse ou du rachat de la société.

Les 18 725 000 actions à bons de souscription d'actions (ABSA) ont été émises au prix de souscription de 0,20 € chacune (soit une prime d'émission de 0,19 € par ABSA). Cette émission est réservée à hauteur de 9 500 000 actions à la SAS I créée par huit cadres dirigeants du groupe S, le solde étant souscrit par deux autres sociétés regroupant d'autres cadres supérieurs de ce groupe.

La société I a été constituée le 26 mai 2005 et a pour objet l'achat, la souscription, la détention, la cession ou l'apport d'actions ou autres valeurs mobilières de la société N.

Son capital social a été fixé à un montant de 37 000 euros, divisé en 37 000 actions ordinaires d'une valeur nominale d'un euro, et est réparti entre huit cadres dirigeants du groupe S. Il a été souscrit, à hauteur de 9 250 actions, par M. L, exerçant les fonctions de président directeur général au sein du groupe, par un apport en numéraire de 9 250 euros.

Le 21 juillet 2005, la société I a procédé à une augmentation de son capital de 1 873 060 euros. A compter de cette date, le capital de la société entièrement libéré s'élève à 1 910 060 euros divisé en 1 910 060 actions, d'une valeur nominale d'un euro, réparties en 1 910 000 actions ordinaires réparties entre les huit cadres dirigeants du groupe S, et 60 actions B souscrites par le groupe Z.

M. L a ainsi souscrit à cette augmentation de capital par un apport en numéraire de 468 250 euros représentant 468 250 actions.

Après cette opération, M. L détient 25% du capital de la société I, soit 477 500 des 1 910 000 actions ordinaires de la société. Il a inscrit sur son plan d'épargne en actions (PEA) 148 231 actions de cette société.

Le 6 avril 2007, M. L procède à la donation de 222 222 titres de la société I.

Le 26 avril 2007, la société N a été cédée à la société H, laquelle a ainsi fait l'acquisition de :

- la totalité des actions ordinaires de la société N au prix unitaire de 0,38 euros ;
- la totalité des 1 910 060 actions de la société I au prix unitaire de 18,16 euros.

Le prix de cession des actions de la société I (18,16 euros) a été déterminé à partir de l'évaluation des ABSA de la société N qu'elle détenait, dont le prix a été estimé à 3,65 euros.

M. L a ainsi cédé le 26 avril 2007 à la société H ses 255 278 actions de la société I, dont 148 231 étaient inscrites dans son plan d'épargne en action (PEA), réalisant un gain total d'un montant de 4 359 566 euros.

Seule la plus-value réalisée lors de la cession des 107 047 actions acquises en dehors du PEA a fait l'objet d'une taxation à l'impôt sur le revenu, les autres titres (148 231 actions) bénéficiant d'une exonération d'impôt du fait de leur inscription sur le PEA.

L'administration a estimé que, sous couvert de la souscription des ABSA de la société N par l'intermédiaire de la société I, M. L avait bénéficié en réalité d'un contrat d'intéressement lié à son activité dans la reprise et le développement du groupe S par la société holding N et basé sur le taux de rendement interne (TRI) constaté par les autres actionnaires de la société N résultant de l'appréciation de la valeur de la société holding de rachat entre sa mise en place et sa cession ou son introduction en bourse.

Elle a considéré que, par un montage juridique présentant une apparence non conforme à la réalité, M. L avait ainsi entendu déguiser en gains de cession de titres des gains de nature salariale, conditionnés à ses résultats à raison de ses fonctions de direction exercées au sein du groupe S.

L'administration a, en effet, estimé que l'émission des ABSA traduisait la volonté des principaux actionnaires du groupe S, et notamment du groupe Z, de gratifier les huit dirigeants du groupe S, détenant les actions ordinaires de la société I, d'un avantage devant s'analyser comme un intéressement.

Selon l'administration, eu égard aux performances du groupe S, ces actionnaires entendaient ainsi consentir à ces dirigeants une rétrocession de la plus-value réalisée lors de la revente des titres. Elle relève notamment que les caractéristiques des BSA de la société N démontrent qu'ils ne sont pas le support d'un investissement mais qu'ils constituent un instrument permettant l'attribution d'une prime de performance aux dirigeants du groupe S.

Elle a donc considéré qu'une partie du gain réalisé par M. L lors de la cession des actions de la société I devait être requalifiée en traitements et salaires. Le gain correspondant à l'intéressement imposable dans cette catégorie de revenus a été fixé à 3,08 euros par ABSA de la société N, déterminé par différence entre le prix attribué à une ABSA (3,65 euros) et le prix de cession d'une action de la société N (0,38 euro) diminué de la prime d'émission de l'ABSA (0,19 euro).

L'administration en a déduit que l'inscription par M. L des titres de la société I sur son PEA ne lui était pas opposable dès lors qu'elle procédait de l'utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur dans la mesure où le contribuable avait transféré sur un PEA un salaire déguisé en plus-value.

Elle a remis en cause, dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal, l'exonération de la plus-value constatée en 2007 par M. L à raison des 148 231 titres inscrits sur le PEA et a imposé les sommes correspondantes dans la catégorie des traitements et salaires, soit un montant de 2 270 734 euros. Dans sa proposition de rectification, elle a assorti les droits dus d'une pénalité pour abus de droit au taux de 40 %.

M. L fait valoir que les ABSA de la société N sont des instruments optionnels qui ne peuvent pas être requalifiés de primes ou de schéma d'intéressement des huit managers du groupe S. Il

relève que la totalité des ABSA n'ont pas été émis au bénéfice exclusif de ces huit cadres dirigeants. Il soutient également que l'acquisition de ces ABSA comportait une réelle prise de risque dès lors que la société I les a acquises pour un prix de 0,20 euro l'unité qui correspond à hauteur de 0,04 euro au prix d'une action simple et à hauteur de 0,16 euro au prix du BSA. Le contribuable indique que le prix d'acquisition du BSA n'est pas un prix de convenance ce que l'administration a elle-même admis. Il observe enfin qu'en tout état de cause la date de clôture du PEA retenue par l'administration n'autorisait pas celle-ci à soumettre à l'impôt un quelconque montant de plus-value.

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

Le Comité constate que M. L a effectivement acquis les actions de la société I au moyen de ses propres deniers et que cet investissement représentait une part substantielle des revenus qu'il avait perçus au cours de l'année précédant cette acquisition.

Toutefois, il relève que le montant de l'investissement proposé aux dirigeants du groupe S, et le nombre d'actions de la société I qui leur a en conséquence été attribué, n'était pas déterminé librement par chaque dirigeant mais leur était imposé au cas où ils décideraient d'investir et que ce montant a été déterminé en fonction du niveau de responsabilité de chacun de ces dirigeants à la date de réalisation de l'opération relative à l'émission des actions à bons de souscription d'actions.

Le Comité constate également, au vu des caractéristiques et des modalités des bons de souscription d'actions attachés aux 18 725 000 ABSA émis par la société N et du calcul du nombre d'actions ordinaires nouvelles de la société N auxquels les BSA donnent droit, que, le mécanisme de détermination du nombre d'actions accordé aux détenteurs des bons de souscription d'action N procède en fait de la répartition entre ces détenteurs d'une somme prédéterminée et calculée en fonction, d'une part, du taux de rendement interne (TRI) réalisé par les investisseurs financiers (groupe Z et SA X) lors de la cession ou de l'introduction en bourse de la société N et, d'autre part, du mois au cours duquel intervient cette cession ou cette introduction en bourse.

Ainsi, à titre d'exemple, si le TRI réalisé s'établit à 15% lors de la cession de la société N et que cette cession intervient en avril 2007, la somme attribuée à l'ensemble des détenteurs des BSA de la société N et à répartir entre eux s'élève à 7,53 millions d'euros. Cette somme s'élève à 22,83 millions d'euros dans l'hypothèse où ce TRI est de 20% au cours du même mois. Le nombre de BSA détenu par chaque dirigeant selon un chiffre qui lui était imposé sert ainsi seulement à fixer la part qui lui revient de cette somme.

Le Comité note enfin que, compte tenu des modalités de détermination de cette somme, l'investissement réalisé par les managers dans les BSA était intégralement garanti si le TRI était égal à zéro sur la période de juin 2005 à janvier 2007, ou s'il était égal à 2,5 % sur la période allant de février 2007 à mai 2012 ou s'il était égal à 5% sur la période postérieure.

Le Comité estime que, compte tenu des données relatives au groupe S, que ces dirigeants ne pouvaient ignorer, M. L était en réalité assuré, quel que soit le TRI réalisé à la date de la cession ou l'introduction en bourse de la société N, de récupérer son investissement dans les BSA à leur prix de souscription initial, tout en étant susceptible de réaliser un gain substantiel en cas de succès de l'opération.

Ainsi, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité considère que les caractéristiques des BSA de la société N ne correspondent pas à celles d'un investisseur financier mais qu'ils ont eu pour unique objet de répartir une prime d'intéressement entre les huit cadres dirigeants du groupe S et qui trouve son origine dans leur contrat de travail dont celui qui lie M. L au groupe S.

Par suite, le Comité considère que l'inscription dans le PEA pour leur prix de souscription des actions de la société I, comprenant des BSA ayant en réalité la nature d'un intéressement lié aux fonctions salariales exercées en tant que dirigeant par M. L au sein du groupe S, traduit la poursuite d'un but exclusivement fiscal par application littérale des textes régissant le PEA à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur.

En conséquence, le Comité émet l'avis que l'administration était 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.

➤ **Affaire n° 2013-52 concernant M. et Mme C**

Au cours de l'année 2004, le groupe S, spécialisé dans les métiers liés au cycle de l'eau, a fait l'objet d'un rachat au groupe X dans le cadre d'une opération de "leverage buy out" (LBO).

Dans ce contexte, est mis en place un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe S, notamment par l'intermédiaire de la société I, d'acquérir des actions assorties de bons de souscription d'actions (ABSA) de la société N, société qui procédera à l'acquisition de ce groupe.

Les FCPR Y, dont la société de gestion est la société Z, ont créé une société holding dénommée N devant inscrire à son actif les titres du groupe S.

La société N a été constituée le 17 novembre 2004 avec un capital de 45.000 € divisé en 4 500 000 actions de 0,01 €. Ce capital est entièrement détenu par les FCPR Y.

Le 14 février 2005, ces FCPR cèdent 675 000 actions à la SA X.

Le 15 février 2005, la société N a procédé à une première augmentation de capital pour le porter à 37 794 018,75 euros divisé en 3 779 401 875 actions d'une valeur nominale de 0,01 euro. A l'issue de cette opération, les FCPR Y, la SA X et le FCPR W, dont la société de gestion est la société Z, détiennent respectivement 60 %, 25 % et 15 % du capital réparties entre les investisseurs financiers (groupe Z et la SA X). Ces actions nouvelles sont émises au prix de 0,04 euro soit une prime d'émission de 0,03 euro.

Le même jour, le groupe Z et la SA X signent un document relatif aux titulaires des valeurs mobilières de la société N en vue de déterminer les droits et obligations de chaque actionnaire, notamment de réglementer la mutation des actions et autres valeurs mobilières donnant accès au capital de la société N, et d'organiser les modalités d'administration de cette société et ses filiales, à l'effet de maximiser la valeur du groupe S, le taux de rendement interne (TRI) et les multiples d'investissement des investisseurs.

Le 29 juillet 2005, les associés de la société N ont décidé d'augmenter le capital social de la société d'un montant de 187 250 euros par l'émission de 18 725 000 actions ordinaires d'une valeur nominale de 0,01 euro assorties de bons de souscription d'actions ordinaires de la société.

Les bons de souscription d'actions (BSA) offrent la possibilité à leur détenteur de souscrire, pendant une période de dix ans, des actions de la société N au prix de 0,04 euro, en cas d'introduction en bourse ou de cession de cette société. Le nombre d'actions auquel donne droit un BSA est déterminé à partir d'une prime calculée en fonction du taux interne de rendement des actionnaires financiers de N à la date de l'introduction en bourse ou du rachat de la société.

Les 18 725 000 actions à bons de souscription d'actions (ABSA) ont été émises au prix de souscription de 0,20 € chacune (soit une prime d'émission de 0,19 € par ABSA). Cette émission est réservée à hauteur de 9 500 000 actions à la SAS I créée par huit cadres

dirigeants du groupe S, le solde étant souscrit par deux autres sociétés regroupant d'autres cadres supérieurs de ce groupe.

La société I a été constituée le 26 mai 2005 et a pour objet l'achat, la souscription, la détention, la cession ou l'apport d'actions ou autres valeurs mobilières de la société N.

Son capital social a été fixé à un montant de 37 000 euros, divisé en 37 000 actions ordinaires d'une valeur nominale d'un euro, et est réparti entre huit cadres dirigeants du groupe S. Il a été souscrit, à hauteur de 5 550 actions, par M. C, exerçant des fonctions de responsable d'une filiale spécialisée dans l'ingénierie au sein du groupe, par un apport en numéraire de 5 550 euros.

Le 21 juillet 2005, la société I a procédé à une augmentation de son capital de 1 873 060 euros. A compter de cette date, le capital de la société entièrement libéré s'élève à 1 910 060 euros divisé en 1 910 060 actions, d'une valeur nominale d'un euro, réparties en 1 910 000 actions ordinaires réparties entre les huit cadres dirigeants du groupe S, et 60 actions B souscrites par le groupe Z.

M. C a ainsi souscrit à cette augmentation de capital par un apport en numéraire de 280 950 euros représentant 280 950 actions.

Après cette opération, M. C détient 15% du capital de la société I, soit 286 500 des 1 910 000 actions ordinaires de la société. Il a inscrit sur son plan d'épargne en actions (PEA) 123 274 actions de cette société.

Le 26 avril 2007, la société N a été cédée à la société H, laquelle a ainsi fait l'acquisition de :

- la totalité des actions ordinaires de la société N au prix unitaire de 0,38 euros ;
- la totalité des 1 910 060 actions de la société I au prix unitaire de 18,16 euros.

Le prix de cession des actions de la société I (18,16 euros) a été déterminé à partir de l'évaluation des ABSA de la société N qu'elle détenait, dont le prix a été estimé à 3,65 euros.

M. C a ainsi cédé le 26 avril 2007 à la société H ses 286 500 actions de la société I, dont 123 274 étaient inscrites dans son plan d'épargne en action (PEA), réalisant un gain total d'un montant de 4 884 312 euros.

Seule la plus-value réalisée lors de la cession des 163 226 actions acquises en dehors du PEA a fait l'objet d'une taxation à l'impôt sur le revenu, les autres titres (123 274 actions) bénéficiant d'une exonération d'impôt du fait de leur inscription sur le PEA.

L'administration a estimé que, sous couvert de la souscription des ABSA de la société N par l'intermédiaire de la société I, M. C avait bénéficié en réalité d'un contrat d'intéressement lié à son activité dans la reprise et le développement du groupe S par la société holding N et basé sur le taux de rendement interne (TRI) constaté par les autres actionnaires de la société N résultant de l'appréciation de la valeur de la société holding de rachat entre sa mise en place et sa cession ou son introduction en bourse.

Elle a considéré que, par un montage juridique présentant une apparence non conforme à la réalité, M. C avait ainsi entendu déguiser en gains de cession de titres des gains de nature salariale, conditionnés à ses résultats à raison de ses fonctions de direction exercées au sein du groupe S.

L'administration a, en effet, estimé que l'émission des ABSA traduisait la volonté des principaux actionnaires du groupe S, et notamment du groupe Z, de gratifier les huit dirigeants du groupe S, détenant les actions ordinaires de la société I, d'un avantage devant s'analyser comme un intéressement.

Selon l'administration, eu égard aux performances du groupe S, ces actionnaires entendaient ainsi consentir à ces dirigeants une rétrocession de la plus-value réalisée lors de la revente des titres. Elle relève notamment que les caractéristiques des ABSA de la société N démontrent qu'ils ne sont pas le support d'un investissement mais qu'ils constituent un instrument permettant l'attribution d'une prime de performance aux dirigeants du groupe S.

Elle a donc considéré qu'une partie du gain réalisé par M. C lors de la cession des actions de la société I devait être requalifiée en traitements et salaires. Le gain correspondant à l'intéressement imposable dans cette catégorie de revenus a été fixé à 3,08 euros par ABSA de la société N, déterminé par différence entre le prix attribué à une ABSA (3,65 euros) et le prix de cession d'une action de la société N (0,38 euro) diminué de la prime d'émission de l'ABSA (0,19 euro).

L'administration en a déduit que l'inscription par M. C des titres de la société I sur son PEA ne lui était pas opposable dès lors qu'elle procédait de l'utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur dans la mesure où le contribuable avait transféré sur un PEA un salaire déguisé en plus-value.

Elle a remis en cause, dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal, l'exonération de la plus-value constatée en 2007 par M. C à raison des 123 274 titres inscrits sur le PEA et a imposé les sommes correspondantes dans la catégorie des traitements et salaires, soit un montant de 1 888 420 euros. Dans sa proposition de rectification, elle a assorti les droits dus d'une pénalité pour abus de droit au taux de 40 %.

M. C fait valoir que les ABSA de la société N sont des instruments optionnels qui ne peuvent pas être requalifiés de primes ou de schéma d'intéressement des huit managers du groupe S. Il relève que la totalité des ABSA n'ont pas été émis au bénéfice exclusif de ces huit cadres dirigeants. Il soutient également que l'acquisition de ces ABSA comportait une réelle prise de risque dès lors que la société I les a acquises pour un prix de 0,20 euro l'unité qui correspond à hauteur de 0,04 euro au prix d'une action simple et à hauteur de 0,16 euro au prix du BSA. Le contribuable indique que le prix d'acquisition du BSA n'est pas un prix de convenance ce que l'administration a elle-même admis. Il observe enfin qu'en tout état de cause la date de clôture du PEA retenue par l'administration n'autorisait pas celle-ci à soumettre à l'impôt un quelconque montant de plus-value.

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

Le Comité constate que M. C a effectivement acquis les actions de la société I au moyen de ses propres deniers et que cet investissement représentait une part substantielle des revenus qu'il avait perçus au cours de l'année précédant cette acquisition.

Toutefois, il relève que le montant de l'investissement proposé aux dirigeants du groupe S, et le nombre d'actions de la société I qui leur a en conséquence été attribué, n'était pas déterminé librement par chaque dirigeant mais leur était imposé au cas où ils décideraient d'investir et que ce montant a été déterminé en fonction du niveau de responsabilité de chacun de ces dirigeants à la date de réalisation de l'opération relative à l'émission des actions à bons de souscription d'actions.

Le Comité constate également, au vu des caractéristiques et des modalités des bons de souscription d'actions attachés aux 18 725 000 ABSA émis par la société N et du calcul du nombre d'actions ordinaires nouvelles de la société N auxquels les BSA donnent droit, que, le mécanisme de détermination du nombre d'actions accordé aux détenteurs des bons de souscription d'action N procède en fait de la répartition entre ces détenteurs d'une somme prédéterminée et calculée en fonction, d'une part, du taux de rendement interne (TRI) réalisé par les investisseurs financiers (groupe Z et SA X) lors de la cession ou de l'introduction en

bourse de la société N et, d'autre part, du mois au cours duquel intervient cette cession ou cette introduction en bourse.

Ainsi, à titre d'exemple, si le TRI réalisé s'établit à 15% lors de la cession de la société N et que cette cession intervient en avril 2007, la somme attribuée à l'ensemble des détenteurs des BSA de la société N et à répartir entre eux s'élève à 7,53 millions d'euros. Cette somme s'élève à 22,83 millions d'euros dans l'hypothèse où ce TRI est de 20% au cours du même mois. Le nombre de BSA détenu par chaque dirigeant selon un chiffre qui lui était imposé sert ainsi seulement à fixer la part qui lui revient de cette somme.

Le Comité note enfin que, compte tenu des modalités de détermination de cette somme, l'investissement réalisé par les managers dans les BSA était intégralement garanti si le TRI était égal à zéro sur la période de juin 2005 à janvier 2007, ou s'il était égal à 2,5 % sur la période allant de février 2007 à mai 2012 ou s'il était égal à 5% sur la période postérieure.

Le Comité estime que, compte tenu des données relatives au groupe S, que ces dirigeants ne pouvaient ignorer, M. C était en réalité assuré, quel que soit le TRI réalisé à la date de la cession ou l'introduction en bourse de la société N, de récupérer son investissement dans les BSA à leur prix de souscription initial, tout en étant susceptible de réaliser un gain substantiel en cas de succès de l'opération.

Ainsi, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité considère que les caractéristiques des BSA de la société N ne correspondent pas à celles d'un investisseur financier mais qu'ils ont eu pour unique objet de répartir une prime d'intéressement entre les huit cadres dirigeants du groupe S et qui trouve son origine dans leur contrat de travail dont celui qui lie M. C au groupe S.

Par suite, le Comité considère que l'inscription dans le PEA pour leur prix de souscription des actions de la société I, comprenant des BSA ayant en réalité la nature d'un intéressement lié aux fonctions salariales exercées en tant que dirigeant par M. C au sein du groupe S, traduit la poursuite d'un but exclusivement fiscal par application littérale des textes régissant le PEA à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur.

En conséquence, le Comité émet l'avis que l'administration était 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.

d) Plus-values mobilières : interposition d'une société étrangère dans le but d'échapper à l'imposition de la plus-value

➤ Affaire n° 2013-04 concernant M. et Mme J.

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

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

Préalablement à sa souscription au capital de la société M, M. J a accepté le 29 septembre 2004 les conditions du pacte d'actionnaires relatif à cette société fixées par l'associé unique, la société luxembourgeoise F, appartenant au groupe W. Ce pacte comprend un droit de cession obligatoire au profit du groupe W en cas de cession de contrôle du groupe Y. Il prévoit aussi un droit de cession conjointe au profit des cadres d'Y des actions de la société M en cas de cession de contrôle du groupe Y et en l'absence d'exercice par le groupe W de son

droit de cession obligatoire. Il stipule également qu'aucun titre de la société M ne peut être cédé sans l'accord du groupe W conformément à l'article 9 des statuts de cette société. En outre le groupe W s'engage à examiner de bonne foi toute demande d'agrément déposée dans le cadre d'une cession de titres envisagée par un dirigeant au profit d'une société holding constituée à des fins patrimoniales, cet agrément étant subordonné à la satisfaction de plusieurs conditions cumulatives.

Le même jour, M. J, directeur salarié d'une filiale de la société Y, a signé au profit du groupe W une promesse unilatérale d'achat et de vente de ses actions de la société M en cas de cessation de ses fonctions au sein du groupe Y, quelles que soient les circonstances de son départ, ou de violation d'une disposition importante des accords qu'il a conclus.

Le 20 octobre 2004, M. J souscrit à l'augmentation de capital de la société M à hauteur de 37 500 actions pour un prix unitaire de 2 euros, soit un montant global de 75 000 euros.

Le 12 décembre 2005, il constitue une société holding de droit belge, la société A dont il détient avec son épouse les parts en usufruit, les nus-proprétaires étant leurs trois enfants.

Le 19 décembre 2005, il cède ses 37 500 actions de la société M à leur prix de souscription à la société holding belge qu'il a créée précédemment.

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

La plus-value réalisée sur la cession des 37 500 actions par la société A n'a fait l'objet d'aucune taxation, cette société bénéficiant du régime belge d'exonération des plus-values de cession sur les titres de participation.

Par une proposition de rectification en date du 5 décembre 2011, l'administration a considéré que, sous le couvert d'une gestion patrimoniale, l'interposition de cette société de droit belge était constitutive d'un montage artificiel qui n'avait eu d'autre motif que de faire échapper à toute imposition le gain réalisé lors de cette cession. Elle a mis en œuvre la procédure d'abus de droit sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales pour remettre en cause ce montage et ainsi imposer ce gain entre les mains de M. J.

Le Comité a entendu ensemble M. J et son conseil, ainsi que les représentants de l'administration.

Le Comité rappelle en premier lieu qu'il n'entre pas dans ses attributions de se prononcer sur la question de la prescription invoquée par M. J dans ses observations écrites.

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

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

Le Comité estime que la circonstance alléguée par l'administration tirée du fait que les actions de la société M détenues par la société holding de droit belge ne pouvaient pas être cédées en dehors des conditions prévues par le pacte d'actionnaires de sorte que les organes dirigeants de cette société ne pouvaient prendre aucune décision pendant la durée de ce pacte ne saurait à

elle seule caractériser une absence de substance de cette société patrimoniale. Il en déduit que, si elle a bien poursuivi un objectif fiscal, l'interposition de cette société ne peut être regardée comme ayant été motivée par un but exclusivement fiscal.

En conséquence, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité émet l'avis que l'administration n'était pas fondée en l'espèce à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

➤ **Affaire n° 2013-05 concernant M. ou Mme A**

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

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

Préalablement à sa souscription au capital de la société M, M. A a accepté le 29 septembre 2004 les conditions du pacte d'actionnaires relatif à cette société fixées par l'associé unique, la société luxembourgeoise F, appartenant au groupe W. Ce pacte comprend un droit de cession obligatoire au profit du groupe W en cas de cession de contrôle du groupe Y. Il prévoit aussi un droit de cession conjointe au profit des cadres d'Y des actions de la société M en cas de cession de contrôle du groupe Y et en l'absence d'exercice par le groupe W de son droit de cession obligatoire. Il stipule également qu'aucun titre de la société M ne peut être cédé sans l'accord du groupe W conformément à l'article 9 des statuts de cette société. En outre le groupe W s'engage à examiner de bonne foi toute demande d'agrément déposée dans le cadre d'une cession de titres envisagée par un dirigeant au profit d'une société holding constituée à des fins patrimoniales, cet agrément étant subordonné à la satisfaction de plusieurs conditions cumulatives.

Le même jour, M. A, directeur salarié d'une filiale de la société Y, a signé au profit du groupe W une promesse unilatérale d'achat et de vente de ses actions de la société M en cas de cessation de ses fonctions au sein du groupe Y, quelles que soient les circonstances de son départ, ou de violation d'une disposition importante des accords qu'il a conclus.

Le 20 octobre 2004, M. A souscrit à l'augmentation de capital de la société M à hauteur de 37 500 actions pour un prix unitaire de 2 euros, soit un montant global de 75 000 euros.

Le 12 décembre 2005, il constitue une société holding de droit belge, la société B dont il détient les parts en usufruit, la nue-propriété étant détenue par sa fille.

Le 19 décembre 2005, il cède ses 37 500 actions de la société M à leur prix de souscription à la société holding belge qu'il a créée précédemment.

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

La plus-value réalisée sur la cession des 37 500 actions par la société B n'a fait l'objet d'aucune taxation, cette société bénéficiant du régime belge d'exonération des plus-values de cession sur les titres de participation.

Par une proposition de rectification en date du 6 décembre 2011, l'administration a considéré que, sous le couvert d'une gestion patrimoniale, l'interposition de cette société de droit belge était constitutive d'un montage artificiel qui n'avait eu d'autre motif que de faire échapper à

toute imposition le gain réalisé lors de cette cession. Elle a mis en œuvre la procédure d'abus de droit sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales pour remettre en cause ce montage et ainsi imposer ce gain entre les mains de M. A.

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

Le Comité rappelle en premier lieu qu'il n'entre pas dans ses attributions de se prononcer sur la question de la prescription invoquée par M. A dans ses observations écrites.

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

A cet égard le Comité relève que la société B, qui n'est pas fictive, a effectivement une substance. Elle dispose en effet d'un patrimoine propre constitué dans un premier temps des actions de la société M, puis du placement en valeurs mobilières des liquidités provenant de la cession des titres de la société M, ayant vocation à terme à être transmis à la fille du contribuable en raison du démembrement de propriété opéré sur ces titres.

Le Comité estime que la circonstance alléguée par l'administration tirée du fait que les actions de la société M détenues par la société holding de droit belge ne pouvaient pas être cédées en dehors des conditions prévues par le pacte d'actionnaires de sorte que les organes dirigeants de cette société ne pouvaient prendre aucune décision pendant la durée de ce pacte ne saurait à elle seule caractériser une absence de substance de cette société patrimoniale. Il en déduit que, si elle a bien poursuivi un objectif fiscal, l'interposition de cette société ne peut être regardée comme ayant été motivée par un but exclusivement fiscal.

En conséquence, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité émet l'avis que l'administration n'était pas fondée en l'espèce à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

➤ **Affaire n° 2013-06 concernant M. ou Mme R**

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

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

Préalablement à sa souscription au capital de la société M, M. R a accepté le 29 septembre 2004 les conditions du pacte d'actionnaires relatif à cette société fixées par l'associé unique, la société luxembourgeoise F, appartenant au groupe W. Ce pacte comprend un droit de cession obligatoire au profit du groupe W en cas de cession de contrôle du groupe Y. Il prévoit aussi un droit de cession conjointe au profit des cadres d'Y des actions de la société M en cas de cession de contrôle du groupe Y et en l'absence d'exercice par le groupe W de son droit de cession obligatoire. Il stipule également qu'aucun titre de la société M ne peut être cédé sans l'accord du groupe W conformément à l'article 9 des statuts de cette société. En outre le groupe W s'engage à examiner de bonne foi toute demande d'agrément déposée dans le cadre d'une cession de titres envisagée par un dirigeant au profit d'une société holding constituée à des fins patrimoniales, cet agrément étant subordonné à la satisfaction de plusieurs conditions cumulatives.

Le même jour, M. R, directeur salarié de la société Y, a signé au profit du groupe W une promesse unilatérale d'achat et de vente de ses actions de la société M en cas de cessation de ses fonctions au sein du groupe Y, quelles que soient les circonstances de son départ, ou de violation d'une disposition importante des accords qu'il a conclus.

Le 20 octobre 2004, M. R souscrit à l'augmentation de capital de la société M à hauteur de 37 500 actions pour un prix unitaire de 2 euros, soit un montant global de 75 000 euros.

Le 12 décembre 2005, il constitue une société holding de droit belge, la société C dont il détient avec son épouse les parts en usufruit, les nus-proprétaires étant leurs quatre enfants.

Le 19 décembre 2005, il cède ses 37 500 actions de la société M à leur prix de souscription à la société holding belge qu'il a créée précédemment.

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

La plus-value réalisée sur la cession des 37 500 actions par la société C n'a fait l'objet d'aucune taxation, cette société bénéficiant du régime belge d'exonération des plus-values de cession sur les titres de participation.

Par une proposition de rectification en date du 5 décembre 2011, l'administration a considéré que, sous le couvert d'une gestion patrimoniale, l'interposition de cette société de droit belge était constitutive d'un montage artificiel qui n'avait eu d'autre motif que de faire échapper à toute imposition le gain réalisé lors de cette cession. Elle a mis en œuvre la procédure d'abus de droit sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales pour remettre en cause ce montage et ainsi imposer ce gain entre les mains de M. R.

Le Comité a entendu ensemble M. R et son conseil, ainsi que les représentants de l'administration.

Le Comité rappelle en premier lieu qu'il n'entre pas dans ses attributions de se prononcer sur la question de la prescription invoquée par M. R dans ses observations écrites.

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

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

Le Comité estime que la circonstance alléguée par l'administration tirée du fait que les actions de la société M détenues par la société holding de droit belge ne pouvaient pas être cédées en dehors des conditions prévues par le pacte d'actionnaires de sorte que les organes dirigeants de cette société ne pouvaient prendre aucune décision pendant la durée de ce pacte ne saurait à elle seule caractériser une absence de substance de cette société patrimoniale. Il en déduit que, si elle a bien poursuivi un objectif fiscal, l'interposition de cette société ne peut être regardée comme ayant été motivée par un but exclusivement fiscal.

En conséquence, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité émet l'avis que l'administration n'était pas fondée en l'espèce à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures

fiscales.

➤ **Affaire n° 2013-07 concernant M. ou Mme B**

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

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

Préalablement à sa souscription au capital de la société M, M. B a accepté le 29 septembre 2004 les conditions du pacte d'actionnaires relatif à cette société fixées par l'associé unique, la société luxembourgeoise F, appartenant au groupe W. Ce pacte comprend un droit de cession obligatoire au profit du groupe W en cas de cession de contrôle du groupe Y. Il prévoit aussi un droit de cession conjointe au profit des cadres d'Y des actions de la société M en cas de cession de contrôle du groupe Y et en l'absence d'exercice par le groupe W de son droit de cession obligatoire. Il stipule également qu'aucun titre de la société M ne peut être cédé sans l'accord du groupe W conformément à l'article 9 des statuts de cette société. En outre le groupe W s'engage à examiner de bonne foi toute demande d'agrément déposée dans le cadre d'une cession de titres envisagée par un dirigeant au profit d'une société holding constituée à des fins patrimoniales, cet agrément étant subordonné à la satisfaction de plusieurs conditions cumulatives.

Le même jour, M. B, directeur salarié d'une filiale de la société Y, a signé au profit du groupe W une promesse unilatérale d'achat et de vente de ses actions de la société M en cas de cessation de ses fonctions au sein du groupe Y, quelles que soient les circonstances de son départ, ou de violation d'une disposition importante des accords qu'il a conclus.

Le 20 octobre 2004, M. B souscrit à l'augmentation de capital de la société M à hauteur de 37 500 actions pour un prix unitaire de 2 euros, soit un montant global de 75 000 euros.

Le 12 décembre 2005, il constitue une société holding de droit belge, la société D dont il détient les parts en usufruit, la nue-propriété étant détenue par sa fille.

Le 19 décembre 2005, il cède ses 37 500 actions de la société M à leur prix de souscription à la société holding belge qu'il a créée précédemment.

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

La plus-value réalisée sur la cession des 37 500 actions par la société D n'a fait l'objet d'aucune taxation, cette société bénéficiant du régime belge d'exonération des plus-values de cession sur les titres de participation.

Par une proposition de rectification en date du 5 décembre 2011, l'administration a considéré que, sous le couvert d'une gestion patrimoniale, l'interposition de cette société de droit belge était constitutive d'un montage artificiel qui n'avait eu d'autre motif que de faire échapper à toute imposition le gain réalisé lors de cette cession. Elle a mis en œuvre la procédure d'abus de droit sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales pour remettre en cause ce montage et ainsi imposer ce gain entre les mains de M. B.

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

Le Comité rappelle en premier lieu qu'il n'entre pas dans ses attributions de se prononcer sur la question de la prescription invoquée par M. B dans ses observations écrites.

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

A cet égard le Comité relève que la société D, qui n'est pas fictive, a effectivement une substance. Elle dispose en effet d'un patrimoine propre constitué dans un premier temps des actions de la société M, puis du placement en valeurs mobilières des liquidités provenant de la cession des titres de la société M, ayant vocation à terme à être transmis à sa fille en raison du démembrement de propriété opéré sur ces titres.

Le Comité estime que la circonstance alléguée par l'administration tirée du fait que les actions de la société M détenues par la société holding de droit belge ne pouvaient pas être cédées en dehors des conditions prévues par le pacte d'actionnaires de sorte que les organes dirigeants de cette société ne pouvaient prendre aucune décision pendant la durée de ce pacte ne saurait à elle seule caractériser une absence de substance de cette société patrimoniale. Il en déduit que, si elle a bien poursuivi un objectif fiscal, l'interposition de cette société ne peut être regardée comme ayant été motivée par un but exclusivement fiscal.

En conséquence, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité émet l'avis que l'administration n'était pas fondée en l'espèce à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

➤ **Affaire n° 2013-08 concernant M. ou Mme L**

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

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

Préalablement à sa souscription au capital de la société M, M. L a accepté le 29 septembre 2004 les conditions du pacte d'actionnaires relatif à cette société fixées par l'associé unique, la société luxembourgeoise F, appartenant au groupe W. Ce pacte comprend un droit de cession obligatoire au profit du groupe W en cas de cession de contrôle du groupe Y. Il prévoit aussi un droit de cession conjointe au profit des cadres d'Y des actions de la société M en cas de cession de contrôle du groupe Y et en l'absence d'exercice par le groupe W de son droit de cession obligatoire. Il stipule également qu'aucun titre de la société M ne peut être cédé sans l'accord du groupe W conformément à l'article 9 des statuts de cette société. En outre le groupe W s'engage à examiner de bonne foi toute demande d'agrément déposée dans le cadre d'une cession de titres envisagée par un dirigeant au profit d'une société holding constituée à des fins patrimoniales, cet agrément étant subordonné à la satisfaction de plusieurs conditions cumulatives.

Le même jour, M. L, directeur salarié de la société Y, signe au profit du groupe W une promesse unilatérale d'achat et de vente de ses actions de la société M en cas de cessation de ses fonctions au sein du groupe Y, quelles que soient les circonstances de son départ, ou de violation d'une disposition importante des accords qu'il a conclus.

Le 20 octobre 2004, M. L souscrit à l'augmentation de capital de la société M à hauteur de 37 500 actions pour un prix unitaire de 2 euros, soit un montant global de 75 000 euros.

Le 14 septembre 2005, il constitue avec son épouse une société holding de droit français, la société U, et ils en cèdent un mois plus tard la nue-propiété des titres à leurs trois enfants.

Le 19 décembre 2005, il cède ses 37 500 actions de la société M à leur prix de souscription à la société U.

Le 20 mars 2008, les titres démembrés de la société U sont cédés pour un montant de 225 000 euros à la société T, sise à Londres, constituée précédemment par M. L.

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

La plus-value réalisée sur la cession des 37 500 actions par la société U n'a fait l'objet d'aucune taxation du fait de la transmission universelle du patrimoine de cette société au profit de la société de droit britannique T, intervenue le 19 janvier 2009, avec un effet rétroactif au 20 mars 2008 et placée sous le régime de faveur prévu à l'article 210 A du code général des impôts.

Par une proposition de rectification en date du 13 décembre 2011, l'administration a considéré que, sous le couvert d'une gestion patrimoniale, l'interposition de la société U, puis de la société T, était constitutive d'un montage artificiel qui n'avait eu d'autre motif que de faire échapper à toute imposition le gain réalisé lors de cette cession. Elle a mis en œuvre la procédure d'abus de droit sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales pour remettre en cause ce montage et ainsi imposer ce gain entre les mains de M. L.

Le Comité a entendu ensemble M. L et son conseil, ainsi que les représentants de l'administration.

Le Comité rappelle en premier lieu qu'il n'entre pas dans ses attributions de se prononcer sur la question de la prescription invoquée par M. L dans ses observations écrites.

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

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

Par ailleurs, le Comité constate, au vu des échanges lors de l'audition, qu'il n'était pas acquis, lorsque M. L a cédé les actions de la société M à la société U, que ces actions aient la qualité de titres de participation au sens des dispositions de l'article 219 I a quinquies du code général des impôts et, par suite que leur cession puisse bénéficier du taux d'imposition à 0 % prévu par ces mêmes dispositions.

Le Comité estime que la circonstance alléguée par l'administration tirée du fait que les actions de la société M détenues par la société holding U ne pouvaient pas être cédées en dehors des conditions prévues par le pacte d'actionnaires de sorte que les organes dirigeants de cette société ne pouvaient prendre aucune décision pendant la durée de ce pacte ne saurait à elle seule caractériser une absence de substance de cette société patrimoniale. Il en déduit que, si elle a bien poursuivi un objectif fiscal, l'interposition de cette société ne peut être regardée comme ayant été motivée par un but exclusivement fiscal.

En conséquence, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité émet l'avis que l'administration n'était pas fondée en l'espèce à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

➤ **Affaire n° 2013-09 concernant M. ou Mme N**

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

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

Préalablement à sa souscription au capital de la société M, M. N a accepté le 29 septembre 2004 les conditions du pacte d'actionnaires relatif à cette société fixées par l'associé unique, la société luxembourgeoise F, appartenant au groupe W. Ce pacte comprend un droit de cession obligatoire au profit du groupe W en cas de cession de contrôle du groupe Y. Il prévoit aussi un droit de cession conjointe au profit des cadres d'Y des actions de la société M en cas de cession de contrôle du groupe Y et en l'absence d'exercice par le groupe W de son droit de cession obligatoire. Il stipule également qu'aucun titre de la société M ne peut être cédé sans l'accord du groupe W conformément à l'article 9 des statuts de cette société. En outre le groupe W s'engage à examiner de bonne foi toute demande d'agrément déposée dans le cadre d'une cession de titres envisagée par un dirigeant au profit d'une société holding constituée à des fins patrimoniales, cet agrément étant subordonné à la satisfaction de plusieurs conditions cumulatives.

Le même jour, M. N, directeur salarié d'une filiale de la société Y, a signé au profit du groupe W une promesse unilatérale d'achat et de vente de ses actions de la société M en cas de cessation de ses fonctions au sein du groupe Y, quelles que soient les circonstances de son départ, ou de violation d'une disposition importante des accords qu'il a conclus.

Le 20 octobre 2004, M. N souscrit à l'augmentation de capital de la société M à hauteur de 37 500 actions pour un prix unitaire de 2 euros, soit un montant global de 75 000 euros.

Le 12 décembre 2005, il constitue une société holding de droit belge, la société L dont il détient les parts en usufruit, les nus-propriétaires étant ses trois enfants.

Le 19 décembre 2005, il cède ses 37 500 actions de la société M à leur prix de souscription à la société holding belge qu'il a créé précédemment.

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

La plus-value réalisée sur la cession des 37 500 actions par la société L n'a fait l'objet d'aucune taxation, cette société bénéficiant du régime belge d'exonération des plus-values de cession sur les titres de participation.

Par une proposition de rectification en date du 6 décembre 2011, l'administration a considéré que, sous le couvert d'une gestion patrimoniale, l'interposition de cette société de droit belge était constitutive d'un montage artificiel qui n'avait eu d'autre motif que de faire échapper à toute imposition le gain réalisé lors de cette cession. Elle a mis en œuvre la procédure d'abus de droit sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales pour remettre en cause ce montage et ainsi imposer ce gain entre les mains de M. N.

Le Comité a entendu ensemble M. N et son conseil, ainsi que les représentants de l'administration.

Le Comité rappelle en premier lieu qu'il n'entre pas dans ses attributions de se prononcer sur la question de la prescription invoquée par M. N dans ses observations écrites.

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

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

Le Comité estime que la circonstance alléguée par l'administration tirée du fait que les actions de la société M détenues par la société holding de droit belge ne pouvaient pas être cédées en dehors des conditions prévues par le pacte d'actionnaires de sorte que les organes dirigeants de cette société ne pouvaient prendre aucune décision pendant la durée de ce pacte ne saurait à elle seule caractériser une absence de substance de cette société patrimoniale. Il en déduit que, si elle a bien poursuivi un objectif fiscal, l'interposition de cette société ne peut être regardée comme ayant été motivée par un but exclusivement fiscal.

En conséquence, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité émet l'avis que l'administration n'était pas fondée en l'espèce à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

e) Revenus fonciers

➤ **Affaire n° 2013-53 concernant la SCI M.**

La SCI M, détenue majoritairement par MM. H et M, est propriétaire de divers terrains à S... (Calvados) à usage de carrières de sables.

Dans le cadre d'une convention de fortage initialement signée le 22 juin 1976, et modifiée le 15 mars 1979, la SCI M a confié à la SA S, ayant également pour dirigeants et associés majoritaires MM. H et M, l'exploitation de ces carrières.

La SA S, sur le fondement de ces conventions et des arrêtés préfectoraux portant autorisation d'exploitation obtenus les 20 janvier 1992, 25 février 1997 et 28 juin 2005, a débuté l'exploitation de certaines parcelles sises à S... en octobre 2006.

Avant de débiter cette exploitation, la SA S avait demandé à la SCI M le 22 mars 2005 que lui soit cédé l'usufruit temporaire sur 9 ans des parcelles en cause. La SCI M a accepté cette demande et l'acte de cession a été formalisé le 4 avril 2007 pour un prix de 4 500 000 euros. Cette cession a été réalisée en franchise d'impôt sur le revenu en application des dispositions de l'article 150 VC-I du code général des impôts, dans sa rédaction applicable au litige, dès lors que le bien cédé avait été détenu pendant plus de quinze années.

L'administration a estimé que cette opération de cession d'usufruit temporaire était constitutive d'un abus de droit fiscal au motif qu'il avait ainsi permis à la SCI M et à ses associés personnes physiques personnellement imposées à l'impôt sur le revenu, d'éviter cet impôt dû à raison des revenus fonciers correspondant aux redevances de fortage dont la SA S était normalement redevable. Elle a notifié à la SCI M le 22 juillet 2010 une proposition de

rectification sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

L'administration a en outre notifié aux personnes physiques associées directement ou indirectement de la SCI M les conséquences financières de cette proposition.

Le Comité a entendu ensemble le représentant de la SCI M et son conseil ainsi que les représentants de l'administration fiscale.

Le Comité relève que la cession d'usufruit temporaire a produit des effets économiques et juridiques distincts de la signature d'une convention de forage. L'administration, qui ne soutient pas que l'acte de cession de l'usufruit temporaire avait un caractère fictif, a reconnu que celui-ci entraînait des obligations entre les parties.

En effet, il constate que la SCI M a ainsi reçu immédiatement un prix de cession ferme et définitif et non des redevances de forages échelonnées sur une période de 9 ans, susceptibles d'être révisées dans leur montant, voire interrompues en cas de force majeure mettant un terme à l'exploitation.

Il estime à cet égard que la circonstance que le prix de cession ait été calculé en fonction des redevances de forage attendues sur une période de 9 ans est sans incidence sur la qualification de cet acte.

Le Comité considère, en conséquence, qu'en égard aux effets attachés à l'acte du 4 avril 2007, 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.

➤ **Affaire n° 2013-16 concernant la SCI K**

La SCI K est propriétaire d'un ensemble immobilier sis à ... (Finistère) composé de terrains sur lesquels est édifié un bâtiment à usage industriel.

Cet ensemble a été loué par un bail en date du 12 janvier 1989 à la SAS B. Le bail a été renouvelé le 10 janvier 1998 et, à nouveau, tacitement, le 1^{er} janvier 2007.

Par un acte 5 juin 2007, la SCI a cédé à la SAS pour une durée de 15 ans l'usufruit de l'essentiel des terrains et bâtiments compris dans le bail pour un prix de 2 820 000 euros.

Le prix, financé par un prêt contracté par la SAS et une avance en compte courant de la société mère, a été immédiatement reversé aux associés de la SCI, M. S et ses 4 enfants.

La SCI et la SAS sont contrôlées par le même groupe familial.

Eu égard à la durée de détention des biens par la SCI à la date de la cession (supérieure à 15 ans), la plus value dégagée à l'occasion de cette cession a été entièrement absorbée par l'abattement prévu au I de l'article 150 VC du code général des impôts.

L'administration a estimé que l'opération de cession d'usufruit temporaire avait été réalisée dans le seul but de bénéficier des dispositions du texte précité et qu'elle dissimulait en réalité le versement d'avance des loyers dus par la SAS B au titre des quinze ans à venir dans le but exclusif pour les associés d'éviter leur imposition sur les revenus fonciers à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements obligatoires. Elle a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal à l'égard de la SCI et lui a notifié sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales un rehaussement de 2 820 000 euros au titre de loyers perçus d'avance imposables comme revenus fonciers au titre de l'année 2007.

Après avoir entendu ensemble le contribuable et son conseil ainsi que le représentant de l'administration, le Comité relève que la cession d'usufruit temporaire a produit des effets économiques et juridiques distincts de la signature ou la poursuite d'un contrat de bail. En effet, il constate que la SCI K a reçu immédiatement un prix de cession ferme et définitif, et

non des loyers échelonnés sur une période de 15 ans, susceptibles d'être interrompus en cas de cessation d'activité, et qu'elle l'a immédiatement partagé entre ses associés.

Il estime à cet égard que l'argument tenant au montant du prix de cession, surévalué selon l'administration, ne peut être utilement allégué aux fins de la démonstration de la poursuite d'un but exclusivement fiscal par la SCI.

Le Comité considère en conséquence, qu'eu égard aux effets attachés à l'acte de cession d'usufruit temporaire, la SCI ne peut être regardée comme ayant poursuivi un but exclusivement fiscal en passant cet acte de sorte 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.

f) Utilisation de billets à ordre fictifs

➤ **Affaire n° 2013-37 concernant la société R (bénéfices industriels et commerciaux)**

L'administration a identifié un montage complexe réalisé par M. H faisant intervenir des sociétés qu'il contrôle directement ou indirectement et reposant sur une succession d'opérations qui ont permis à l'intéressé de conserver à son profit la trésorerie de la SA B qui venait d'être acquise par la SARL I. Cette trésorerie devait permettre d'acquitter l'impôt sur les sociétés dont cette société aurait été redevable à la clôture de l'exercice à raison des plus-values réalisées lors de la cession d'immeubles et qui seront complètement effacées à l'issue des opérations effectuées dans le cadre de ce montage.

La SARL I, qui est au centre des opérations constitutives de ce montage, a été créée en 1998 et exerçait une activité de conception de logiciels et de sites internet. Après avoir tenté de développer un site internet interactif, son activité ayant été très déficitaire, elle a bénéficié en 2004 d'un abandon de créances, d'un montant de 5 508 000 euros, consenti par deux conventions par ses deux associés. Son associé majoritaire, détenant 90 % de son capital, a ainsi abandonné une créance de 5 388 000 euros. Cet abandon de créance était assorti d'une clause de retour à meilleure fortune. La SARL I a cessé son activité en 2005 et n'a plus de salariés.

La SARL I a été cédée le 12 novembre 2007 pour 2 500 euros, d'une part, à la SA X, qui acquiert 10 % du capital et, en outre, pour 7 671 euros, la totalité de la créance abandonnée en 2004 et, d'autre part, à la SA Y, qui acquiert les 90 % restants du capital. Ces deux sociétés sont établies au Luxembourg. La SA X a pour actionnaires deux sociétés établies dans les Iles vierges britanniques.

Au cours de l'exercice ouvert le 1^{er} novembre 2008 et clos le 31 octobre 2009, la SARL I acquiert le 10 septembre 2009 la SNC W laquelle détient les titres de la SA B.

Cette dernière société avait cédé au préalable les biens immobiliers qu'elle détenait. A la date du 15 septembre 2009, date de son acquisition, pour 260 000 euros, par la SARL I, la SA B présente un résultat bénéficiaire de 6 156 307 euros, lequel est potentiellement passible à la clôture de l'exercice d'un impôt sur les sociétés au taux de 33,33 % s'élevant à 2 054 622 euros. Elle ne disposait plus à son actif que d'une trésorerie de 2 184 273 euros.

Le 25 septembre 2009, la SARL I absorbe la SA B par confusion de patrimoine avec effet rétroactif au plan fiscal au premier jour de l'ouverture de son exercice.

L'administration a relevé que, par diverses opérations effectuées avant même cette acquisition, M. H s'était attaché à réunir toutes les conditions conduisant à la neutralisation du bénéfice de la SA B le jour de cette transmission universelle de patrimoine.

La SCI R, société relevant des dispositions de l'article 8 du code général des impôts et transformée en 2011 en société en nom collectif, a participé à ces opérations selon les modalités suivantes.

Le 20 avril 2009 la société R, détenue trois jours plus tard par la SARL I après apport des titres par la société luxembourgeoise Z, a endossé au profit de la SARL I un billet à ordre émis initialement par la société Z, pour un montant de 1 178 229 euros. Cette somme correspondait au produit de la cession par la SCI R d'un bien immobilier, produit qui avait été directement encaissé par la société Z. En contrepartie la SARL I a inscrit cette somme au compte courant créateur ouvert au nom de la société R.

Le 28 mai 2009 la société R a souscrit à une augmentation de capital de la SARL I pour 287 500 euros par incorporation au capital d'une partie de sa créance.

Le 15 juin 2009 la société R a endossé au profit de la SARL I un billet à ordre émis initialement le 31 mars 2009 par la société L, société contrôlée par M. H, pour un montant de 1 324 700 euros. En contrepartie la SARL I a inscrit cette somme au compte courant créateur de la société R.

Le 17 août 2009 la SARL I procède à une seconde augmentation de capital de 1 324 700 euros au profit de la société R par incorporation au capital du compte courant créateur de cette société.

Le même jour, soit le 17 août 2009, la SARL I a réduit son capital à 0 puis a immédiatement procédé à une nouvelle augmentation de capital à hauteur de 10 000 euros souscrite par les associés d'origine (à hauteur de 95 % par la SA Y et de 5 % par la SA X).

Cette réduction de capital s'est traduite par une perte pour la société R de la totalité de son apport soit 1 612 200 euros. Cette perte a été déduite du résultat fiscal de la société R. Compte tenu de la transparence fiscale de cette SCI, cette perte a été prise en compte au niveau de son associé, la SARL I.

L'administration a rejeté la déduction de cette moins-value en application de la procédure de l'abus de droit fiscal, au motif qu'elle trouvait son origine dans l'endossement de billets à ordre fictifs et que l'augmentation de capital auquel la société R avait souscrite n'avait eu pour but que de permettre à la SARL I d'honorer une clause de retour à meilleure fortune dont elle était redevable.

Après avoir entendu ensemble M. H et les conseils de la société ainsi que le représentant de l'administration, le Comité relève que la société R ne pouvait ignorer qu'en souscrivant à l'augmentation de capital de la SARL I elle permettait l'activation de la clause de retour à meilleure à fortune dont cette dernière était potentiellement débitrice.

Le Comité observe que la réduction de capital par annulation des titres de la SARL I, qui s'en est suivie, a été motivée par l'apurement de la perte générée par l'activation de cette clause de retour à meilleure fortune.

Il note qu'il n'a été apporté aucune justification de la réalité de l'opération économique servant de support à l'émission du billet à ordre par la société L ou à son endossement par la société R de sorte qu'il présente un caractère fictif à chaque étape de son utilisation.

En l'absence de tout réel apport de fonds, le Comité en déduit que cette restructuration comptable a eu un but exclusivement fiscal de générer une perte déductible.

Le Comité émet donc 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.

➤ **Affaire n° 2013-38 SCI P (bénéfices industriels et commerciaux)**

L'administration a identifié un montage complexe réalisé par M. H faisant intervenir des sociétés qu'il contrôle directement ou indirectement et reposant sur une succession d'opérations qui ont permis à l'intéressé de conserver à son profit la trésorerie de la SCI A ayant fait l'objet d'une acquisition dans les conditions décrites ci-après. Cette trésorerie devait permettre d'acquitter l'impôt sur les sociétés dont cette société aurait été redevable à la clôture de l'exercice à raison des plus-values réalisées, préalablement à son acquisition, lors de la cession du seul immeuble qu'elle détenait et qui seront complètement effacées à l'issue des opérations effectuées dans le cadre de ce montage.

La SARL I, qui est au centre des opérations constitutives de ce montage, a été créée en 1998 et exerçait une activité de conception de logiciels et de sites internet. Après avoir tenté de développer un site internet interactif, son activité ayant été très déficitaire, elle a bénéficié en 2004 d'un abandon de créances, d'un montant de 5 508 000 euros, consenti par deux conventions par ses deux associés. Son associé majoritaire, détenant 90 % de son capital, a ainsi abandonné ainsi une créance de 5 388 000 euros. Cet abandon de créance était assorti d'une clause de retour à meilleure fortune. La SARL I a cessé son activité en 2005 et n'a plus de salariés.

La SARL I est cédée le 12 novembre 2007 pour 2 500 euros, d'une part, à la SA X, qui acquiert

10 % du capital de cette société et, en outre, pour 7 671 euros, la totalité de la créance abandonnée en 2004 et, d'autre part, à la SA Y, qui acquiert les 90 % restants du capital. Ces deux sociétés sont établies au Luxembourg. La SA X a pour actionnaires deux sociétés établies dans les Iles vierges britanniques.

IV. La SCI P est une société relevant des dispositions de l'article 8 du code général des impôts. Elle est détenue à 99,6 % par la SNC M, relevant de ces mêmes dispositions. Cette société est elle-même détenue à 100 % par la SARL N. Cette dernière société est détenue à 100 % par M. H.

La SCI P a participé aux opérations de SARL I selon les modalités suivantes.

L'acquisition de la SCI A par la SARL I est intervenue en 2007.

Le 12 novembre 2007 les opérations suivantes sont effectuées :

- la SARL I rachète pour 800 euros à la SNC V, société contrôlée par M. H, les titres de la SCI A, société soumise à l'impôt sur les sociétés. Au moment de ce rachat, la SCI A n'a plus d'activité et a cédé le seul immeuble qu'elle détenait. Lors de la cession de cet immeuble, elle avait réalisé une plus-value faisant apparaître un bénéfice comptable de 1 971 086 euros auquel est attaché un impôt sur les sociétés au taux de 33,33 % s'élevant potentiellement à 657 029 euros. Par ailleurs, la SCI A, qui disposait d'une trésorerie de 1 700 000 euros, avait, avant son acquisition par la SARL I, versé à la SNC V des acomptes sur dividendes ;

- la SARL I absorbe la SCI A par confusion de patrimoine avec effet rétroactif au plan fiscal au 1^{er} janvier 2007.

Le 10 décembre 2007 la SA X émet quatre billets à ordre à échéance du 11 mars 2008 au bénéfice de la SA Y, pour un montant global de 2 100 000 euros. A la suite d'une chaîne d'endossement ayant lieu entre le 11 et le 14 décembre 2007 et faisant intervenir trois sociétés contrôlées directement ou indirectement par M. H, ces billets à ordre sont endossés au profit de la SARL I. Au terme de ces opérations, l'arrivée des billets à ordre au bilan de cette SARL I se traduit par le débit du compte client et le crédit de comptes courants ouverts au bénéfice de ces sociétés.

Le 27 décembre 2007, ces comptes courants sont incorporés au capital de la SARL dans le cadre d'une augmentation de capital s'élevant à 2 100 000 euros. Le compte de résultat n'est pas impacté par ces opérations. Les billets à ordre feront tous l'objet d'un endossement final au profit de la SA X qui les annulera.

L'administration a relevé que, le 27 décembre 2007, à l'issue de ces opérations comptables, qui n'ont donné lieu à aucun flux de trésorerie, les capitaux propres de la SARL I s'établissaient à 2 032 297 euros tandis que le résultat comptable provisoire s'élevait à 1 965 654 euros.

La SARL I a estimé qu'en présence de capitaux propres reconstitués et d'un résultat comptable positif, les conditions étaient réunies pour que joue la clause de retour à meilleure fortune. Dès lors, par l'exercice de la seconde option prévue par les conventions d'abandon de créances, est apparue une dette à l'égard de la SA X, passée en charge exceptionnelle, de 1 910 195 euros. Toutefois la SARL I dégage, à la clôture de l'exercice le 31 décembre 2007, une perte comptable de 3 884 920 euros compte tenu de la dotation d'une provision pour complément de clause de retour à meilleure fortune au titre de la première option s'élevant à 1 974 958 euros.

Au terme de l'ensemble de ces opérations effectuées entre le 12 novembre et le 31 décembre 2007, le résultat, constitué par la plus-value réalisée par la SCI A, a été totalement effacé dans les écritures de la SARL I tandis que la trésorerie de la SCI qui devait servir au paiement de l'impôt sur les sociétés était acquise aux sociétés appartenant à M. H. Le résultat fiscal réalisé par cette SARL s'élève à 61 124 euros compte tenu de la réintégration extracomptable, d'une part, du résultat de la SCI A et, d'autre part, de la dotation de la provision mentionnée ci-dessus sur lequel sera imputé le déficit reportable de 76 228 euros.

La participation de la SCI P à cette opération d'ensemble est intervenue le 11 décembre 2007, date à laquelle l'un de ces billets à ordre d'un montant de 700 000 euros est endossé par la société S.

Le 13 décembre 2007, un contrat est signé entre la société S et la SCI P par lequel la première prête 700 000 euros à la seconde. Le contrat de prêt a été conclu aux conditions suivantes : le prêt est accordé sans garantie financière au profit du prêteur et l'emprunteur est libre de rembourser le prêteur à sa convenance à tout moment et au plus tard dans les 12 mois de l'attribution du prêt sous réserve d'une tacite reconduction. Il est prévu que le prêt pourra être remboursé par le transfert des titres de la SARL I, obtenus par la SCI dans le cadre de l'augmentation de capital de cette société. En règlement de ce prêt, la société S remet à la SCI P le billet à ordre précité d'un montant de 700 000 euros.

Le 14 décembre 2007, la SCI P endosse au profit de la SARL I ce billet à ordre en contrepartie d'une créance portée au crédit du compte courant ouvert en son nom.

Le 27 décembre 2007, le compte courant créditeur de la SCI P est incorporé au capital de la SARL I.

Le 30 octobre 2008, la SARL I réduit son capital par diminution de la valeur nominale de ses titres. Lors de cette opération, la SCI P constate une perte exceptionnelle de 654 083 euros. La SARL I procède ensuite au rachat de ses propres titres auprès de la SCI P qui constate alors une perte complémentaire. Lors de l'exercice clos le 31 décembre 2008, la SCI P a constaté une perte globale de 683 470 euros au titre de ses opérations sur le capital de la SARL.

L'administration a rejeté la déduction de cette moins-value en application de la procédure de l'abus de droit fiscal au motif que la SCI P a participé à l'augmentation de capital avec un billet à ordre présentant un caractère fictif dans son émission et dans son endossement. Elle a notifié à la SNC M, en sa qualité d'associée d'une société fiscalement transparente, les conséquences financières de ce redressement se traduisant par la réduction du déficit de la

SNC d'une somme de 680 736 euros. Elle a notifié à la SARL N, en sa qualité d'associée à 100 % d'une société fiscalement transparente, les mêmes conséquences financières de ce redressement se traduisant par la réduction du déficit de même somme de 680 736 euros.

La SCI P conteste les redressements ainsi effectués et souligne l'intérêt que représentait l'investissement dans la SARL I si le projet de cette dernière avait pu voir le jour.

Après avoir entendu ensemble le représentant de la société ainsi que son conseil et le représentant de l'administration, le Comité relève que la SCI P ne pouvait ignorer qu'en souscrivant à l'augmentation de capital de la SARL I elle permettait l'activation de la clause de retour à meilleure fortune dont cette dernière était débitrice.

Le Comité observe que la réduction de capital par annulation des titres de la SARL I, qui s'en est suivie, a été motivée par l'apurement de la perte générée par l'activation de la clause de retour à meilleure fortune.

Il note qu'il n'a été apporté aucune justification de la réalité de l'opération économique servant de support à l'émission des billets à ordre ou à leur endossement de sorte qu'ils présentent un caractère fictif à chaque étape de leur utilisation. Il en va ainsi du billet à ordre d'un montant de 700 000 euros remis à la SCI P et que celle-ci endossera au profit de la SARL I en contrepartie d'une créance portée au crédit du compte courant ouvert en son nom avant que ce compte courant créditeur soit incorporé au capital de la SARL I.

Le Comité estime qu'en l'absence de tout réel apport de fonds, cette opération a eu pour but exclusivement fiscal de générer une perte fiscale déductible.

Le Comité émet donc 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.

➤ **Affaire n° 2013-39 concernant la SARL N (bénéfices industriels et commerciaux)**

La SCI P est une société relevant des dispositions de l'article 8 du code général des impôts. Elle est détenue à 99,6 % par la SNC M, relevant de ces mêmes dispositions. Cette société est elle-même détenue à 100 % par la SARL N. Cette dernière société est détenue à 100 % par M. H.

L'administration a identifié un montage complexe réalisé par M. H faisant intervenir des sociétés qu'il contrôle directement ou indirectement et reposant sur une succession d'opérations qui ont permis à l'intéressé de conserver à son profit la trésorerie de la SCI A ayant fait l'objet d'une acquisition dans les conditions décrites ci-après. Cette trésorerie devait permettre d'acquitter l'impôt sur les sociétés dont cette société aurait été redevable à la clôture de l'exercice à raison des plus-values réalisées, préalablement à son acquisition, lors de la cession du seul immeuble qu'elle détenait et qui seront complètement effacées à l'issue des opérations effectuées dans le cadre de ce montage.

La SARL I, qui est au centre des opérations constitutives de ce montage, a été créée en 1998 et exerçait une activité de conception de logiciels et de sites internet. Après avoir tenté de développer un site internet interactif, son activité ayant été très déficitaire, elle a bénéficié en 2004 d'un abandon de créances, d'un montant de 5 508 000 euros, consenti par deux conventions par ses deux associés. Son associé majoritaire, détenant 90 % de son capital, a ainsi abandonné ainsi une créance de 5 388 000 euros. Cet abandon de créance était assorti d'une clause de retour à meilleure fortune. La SARL I a cessé son activité en 2005 et n'a plus de salariés.

La SARL I est cédée le 12 novembre 2007 pour 2 500 euros, d'une part, à la SA X, qui acquiert 10 % du capital de cette société et, en outre, pour 7 671 euros, la totalité de la créance abandonnée en 2004 et, d'autre part, à la SA Y, qui acquiert les 90 % restants du capital. Ces deux sociétés sont établies au Luxembourg. La SA X a pour actionnaires deux sociétés établies dans les Iles vierges britanniques.

La SCIP a participé à ces opérations selon les modalités suivantes.

L'acquisition de la SCIA par la SARL I est intervenue en 2007.

Le 12 novembre 2007 les opérations suivantes sont effectuées :

- la SARL I rachète pour 800 euros à la SNC V, société contrôlée par M. H, les titres de la SCIA, société soumise à l'impôt sur les sociétés. Au moment de ce rachat, la SCIA n'a plus d'activité et a cédé le seul immeuble qu'elle détenait. Lors de la cession de cet immeuble, elle avait réalisé une plus-value faisant apparaître un bénéfice comptable de 1 971 086 euros auquel est attaché un impôt sur les sociétés au taux de 33,33 % s'élevant potentiellement à 657 029 euros. Par ailleurs, la SCIA, qui disposait d'une trésorerie de 1 700 000 euros, avait, avant son acquisition par la SARL, versé à la SNC V des acomptes sur dividendes ;

- la SARL I absorbe la SCIA par confusion de patrimoine avec effet rétroactif au plan fiscal au 1^{er} janvier 2007.

Le 10 décembre 2007 la SA X émet quatre billets à ordre à échéance du 11 mars 2008 au bénéfice de la SA Y, pour un montant global de 2 100 000 euros. A la suite d'une chaîne d'endossement ayant lieu entre le 11 et le 14 décembre 2007 et faisant intervenir trois sociétés contrôlées directement ou indirectement par M. H, ces billets à ordre sont endossés au profit de la SARL I. Au terme de ces opérations, l'arrivée des billets à ordre au bilan de cette SARL se traduit par le débit du compte client et le crédit de comptes courants ouverts au bénéfice de ces sociétés.

Le 27 décembre 2007, ces comptes courants sont incorporés au capital de la SARL dans le cadre d'une augmentation de capital s'élevant à 2 100 000 euros. Le compte de résultat n'est pas impacté par ces opérations. Les billets à ordre feront tous l'objet d'un endossement final au profit de la SA X qui les annulera.

L'administration a relevé que, le 27 décembre 2007, à l'issue de ces opérations comptables, qui n'ont donné lieu à aucun flux de trésorerie, les capitaux propres de la SARL I s'établissaient à 2 032 297 euros tandis que le résultat comptable provisoire s'élevait à 1 965 654 euros.

La SARL I a estimé qu'en présence de capitaux propres reconstitués et d'un résultat comptable positif, les conditions étaient réunies pour que joue la clause de retour à meilleure fortune. Dès lors, par l'exercice de la seconde option prévue par les conventions d'abandon de créances, est apparue une dette à l'égard de la SA X, passée en charge exceptionnelle, de 1 910 195 euros. Toutefois la SARL I dégage, à la clôture de l'exercice le 31 décembre 2007, une perte comptable de 3 884 920 euros compte tenu de la dotation d'une provision pour complément de clause de retour à meilleure fortune au titre de la première option s'élevant à 1 974 958 euros.

Au terme de l'ensemble de ces opérations effectuées entre le 12 novembre et le 31 décembre 2007, le résultat, constitué par la plus-value réalisée par la SCIA, a été totalement effacé dans les écritures de la SARL I tandis que la trésorerie de la SCIA qui devait servir au paiement de l'impôt sur les sociétés était acquise aux sociétés appartenant à M. H. Le résultat fiscal réalisé par cette SARL s'élève à 61 124 euros compte tenu de la réintégration extracomptable, d'une part, du résultat de la SCIA et, d'autre part, de la dotation de la provision mentionnée ci-dessus sur lequel sera imputé le déficit reportable de 76 228 euros.

La participation de la SCI P à cette opération d'ensemble est intervenue le 11 décembre 2007, date à laquelle l'un de ces billets à ordre d'un montant de 700 000 euros est endossé par la société S.

Le 13 décembre 2007, un contrat est signé entre la société S et la SCI P par lequel la première prête 700 000 euros à la seconde. Le contrat de prêt a été conclu aux conditions suivantes : le prêt est accordé sans garantie financière au profit du prêteur et l'emprunteur est libre de rembourser le prêteur à sa convenance à tout moment et au plus tard dans les 12 mois de l'attribution du prêt sous réserve d'une tacite reconduction. Il est prévu que le prêt pourra être remboursé par le transfert des titres de la SARL I, obtenus par la SCI dans le cadre de l'augmentation de capital de cette société. En règlement de ce prêt, la société S remet à la SCI P le billet à ordre précité d'un montant de 700 000 euros.

Le 14 décembre 2007, la SCI P endosse au profit de la SARL I ce billet à ordre en contrepartie d'une créance portée au crédit du compte courant ouvert en son nom.

Le 27 décembre 2007, le compte courant créditeur de la SCI P est incorporé au capital de la SARL I.

Le 30 octobre 2008, la SARL I réduit son capital par diminution de la valeur nominale de ses titres. Lors de cette opération, la SCI P constate une perte exceptionnelle de 654 083 euros. La SARL I procède ensuite au rachat de ses propres titres auprès de la SCI P qui constate alors une perte complémentaire. Lors de l'exercice clos le 31 décembre 2008, la SCI P a constaté une perte globale de 683 470 euros au titre de ses opérations sur le capital de la SARL I.

L'administration a rejeté la déduction de cette moins-value en application de la procédure de l'abus de droit fiscal au motif que la SCI P a participé à l'augmentation de capital avec un billet à ordre présentant un caractère fictif dans son émission et dans son endossement. Elle a notifié à la SNC M, en sa qualité d'associée d'une société fiscalement transparente, les conséquences financières de ce redressement se traduisant par la réduction du déficit de la SNC d'une somme de 680 736 euros. Elle a notifié à la SARL N, en sa qualité d'associée à 100 % d'une société fiscalement transparente, les mêmes conséquences financières de ce redressement se traduisant par la réduction du déficit de même somme de 680 736 euros.

La SARL N conteste les redressements ainsi effectués et souligne l'intérêt que représentait l'investissement dans la SARL I si le projet de cette dernière avait pu voir le jour.

Après avoir entendu ensemble le représentant de la société ainsi que son conseil et le représentant de l'administration, le Comité relève que la SCI P ne pouvait ignorer qu'en souscrivant à l'augmentation de capital de la SARL I elle permettait l'activation de la clause de retour à meilleure à fortune dont cette dernière était débitrice.

Le Comité observe que la réduction de capital par annulation des titres de la SARL I, qui s'en est suivie, a été motivée par l'apurement de la perte générée par l'activation de la clause de retour à meilleure fortune.

Il note qu'il n'a été apporté aucune justification de la réalité de l'opération économique servant de support à l'émission des billets à ordre ou à leur endossement de sorte qu'ils présentent un caractère fictif à chaque étape de leur utilisation. Il en va ainsi du billet à ordre d'un montant de 700 000 euros remis à la SCI P et que celle-ci endossera au profit de la SARL I en contrepartie d'une créance portée au crédit du compte courant ouvert en son nom avant que ce compte courant créditeur soit incorporé au capital de la SARL I.

Le Comité estime qu'en l'absence de tout réel apport de fonds, cette opération a eu pour but exclusivement fiscal de générer une perte fiscale déductible.

Le Comité émet donc 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.

➤ **Affaire n° 2013-40 concernant la SNC M (bénéfices industriels et commerciaux)**

La SCI P est une société relevant des dispositions de l'article 8 du code général des impôts. Elle est détenue à 99,6 % par la SNC M, relevant de ces mêmes dispositions. Cette société est elle-même détenue à 100 % par la SARL N. Cette dernière société est détenue à 100 % par M. H.

L'administration a identifié un montage complexe réalisé par M. H faisant intervenir des sociétés qu'il contrôle directement ou indirectement et reposant sur une succession d'opérations qui ont permis à l'intéressé de conserver à son profit la trésorerie de la SCI A ayant fait l'objet d'une acquisition dans les conditions décrites ci-après. Cette trésorerie devait permettre d'acquitter l'impôt sur les sociétés dont cette société aurait été redevable à la clôture de l'exercice à raison des plus-values réalisées, préalablement à son acquisition, lors de la cession du seul immeuble qu'elle détenait et qui seront complètement effacées à l'issue des opérations effectuées dans le cadre de ce montage.

La SARL I, qui est au centre des opérations constitutives de ce montage, a été créée en 1998 et exerçait une activité de conception de logiciels et de sites internet. Après avoir tenté de développer un site internet interactif, son activité ayant été très déficitaire, elle a bénéficié en 2004 d'un abandon de créances, d'un montant de 5 508 000 euros, consenti par deux conventions par ses deux associés. Son associé majoritaire, détenant 90 % de son capital, a ainsi abandonné ainsi une créance de 5 388 000 euros. Cet abandon de créance était assorti d'une clause de retour à meilleure fortune. La SARL I a cessé son activité en 2005 et n'a plus de salariés.

La SARL I est cédée le 12 novembre 2007 pour 2 500 euros, d'une part, à la SA X, qui acquiert 10 % du capital de cette société et, en outre, pour 7 671 euros, la totalité de la créance abandonnée en 2004 et, d'autre part, à la SA Y, qui acquiert les 90 % restants du capital. Ces deux sociétés sont établies au Luxembourg. La SA X a pour actionnaires deux sociétés établies dans les Iles vierges britanniques.

La SCI P a participé à ces opérations selon les modalités suivantes.

L'acquisition de la SCI A par la SARL I est intervenue en 2007.

Le 12 novembre 2007 les opérations suivantes sont effectuées :

- la SARL I rachète pour 800 euros à la SNC V, société contrôlée par M. H, les titres de la SCI A, société soumise à l'impôt sur les sociétés. Au moment de ce rachat, la SCI A n'a plus d'activité et a cédé le seul immeuble qu'elle détenait. Lors de la cession de cet immeuble, elle avait réalisé une plus-value faisant apparaître un bénéfice comptable de 1 971 086 euros auquel est attaché un impôt sur les sociétés au taux de 33,33 % s'élevant potentiellement à 657 029 euros. Par ailleurs, la SCI A, qui disposait d'une trésorerie de 1 700 000 euros, avait, avant son acquisition par la SARL, versé à la SNC V des acomptes sur dividendes ;

- la SARL I absorbe la SCI A par confusion de patrimoine avec effet rétroactif au plan fiscal au 1^{er} janvier 2007.

Le 10 décembre 2007 la SA X émet quatre billets à ordre à échéance du 11 mars 2008 au bénéfice de la SA Y, pour un montant global de 2 100 000 euros. A la suite d'une chaîne d'endossement ayant lieu entre le 11 et le 14 décembre 2007 et faisant intervenir trois sociétés contrôlées directement ou indirectement par M. H, ces billets à ordre sont endossés au profit de la SARL I. Au terme de ces opérations, l'arrivée des billets à ordre au bilan de cette SARL se traduit par le débit du compte client et le crédit de comptes courants ouverts au bénéfice de ces sociétés.

Le 27 décembre 2007, ces comptes courants sont incorporés au capital de la SARL dans le cadre d'une augmentation de capital s'élevant à 2 100 000 euros. Le compte de résultat n'est pas impacté par ces opérations. Les billets à ordre feront tous l'objet d'un endossement final au profit de la SA X qui les annulera.

L'administration a relevé que, le 27 décembre 2007, à l'issue de ces opérations comptables, qui n'ont donné lieu à aucun flux de trésorerie, les capitaux propres de la SARL I s'établissaient à 2 032 297 euros tandis que le résultat comptable provisoire s'élevait à 1 965 654 euros.

La SARL I a estimé qu'en présence de capitaux propres reconstitués et d'un résultat comptable positif, les conditions étaient réunies pour que joue la clause de retour à meilleure fortune. Dès lors, par l'exercice de la seconde option prévue par les conventions d'abandon de créances, est apparue une dette à l'égard de la SA X, passée en charge exceptionnelle, de 1 910 195 euros. Toutefois la SARL I dégage, à la clôture de l'exercice le 31 décembre 2007, une perte comptable de 3 884 920 euros compte tenu de la dotation d'une provision pour complément de clause de retour à meilleure fortune au titre de la première option s'élevant à 1 974 958 euros.

Au terme de l'ensemble de ces opérations effectuées entre le 12 novembre et le 31 décembre 2007, le résultat, constitué par la plus-value réalisée par la SCI A, a été totalement effacé dans les écritures de la SARL I tandis que la trésorerie de la SCI qui devait servir au paiement de l'impôt sur les sociétés était acquise aux sociétés appartenant à M. H. Le résultat fiscal réalisé par cette SARL s'élève à 61 124 euros compte tenu de la réintégration extracomptable, d'une part, du résultat de la SCI A et, d'autre part, de la dotation de la provision mentionnée ci-dessus sur lequel sera imputé le déficit reportable de 76 228 euros.

La participation de la SCI P à cette opération d'ensemble est intervenue le 11 décembre 2007, date à laquelle l'un de ces billets à ordre d'un montant de 700 000 euros est endossé par la société S.

Le 13 décembre 2007, un contrat est signé entre la société S et la SCI P par lequel la première prête 700 000 euros à la seconde. Le contrat de prêt a été conclu aux conditions suivantes : le prêt est accordé sans garantie financière au profit du prêteur et l'emprunteur est libre de rembourser le prêteur à sa convenance à tout moment et au plus tard dans les 12 mois de l'attribution du prêt sous réserve d'une tacite reconduction. Il est prévu que le prêt pourra être remboursé par le transfert des titres de la SARL I, obtenus par la SCI dans le cadre de l'augmentation de capital de cette société. En règlement de ce prêt, la société S remet à la SCI P le billet à ordre précité d'un montant de 700 000 euros.

Le 14 décembre 2007, la SCI P endosse au profit de la SARL I ce billet à ordre en contrepartie d'une créance portée au crédit du compte courant ouvert en son nom.

Le 27 décembre 2007, le compte courant créditeur de la SCI P est incorporé au capital de la SARL I.

Le 30 octobre 2008, la SARL I réduit son capital par diminution de la valeur nominale de ses titres. Lors de cette opération, la SCI P constate une perte exceptionnelle de 654 083 euros. La SARL I procède ensuite au rachat de ses propres titres auprès de la SCI P qui constate alors une perte complémentaire. Lors de l'exercice clos le 31 décembre 2008, la SCI P a constaté une perte globale de 683 470 euros au titre de ses opérations sur le capital de la SARL.

L'administration a rejeté la déduction de cette moins-value en application de la procédure de l'abus de droit fiscal au motif que la SCI P a participé à l'augmentation de capital avec un billet à ordre présentant un caractère fictif dans son émission et dans son endossement. Elle a notifié à la SNC M, en sa qualité d'associée d'une société fiscalement transparente, les conséquences financières de ce redressement se traduisant par la réduction du déficit de la

SNC d'une somme de 680 736 euros. Elle a notifié à la SARL N, en sa qualité d'associée à 100 % d'une société fiscalement transparente, les mêmes conséquences financières de ce redressement se traduisant par la réduction du déficit de même somme de 680 736 euros.

La SNC M conteste les redressements ainsi effectués et souligne l'intérêt que représentait l'investissement dans la SARL I si le projet de cette dernière avait pu voir le jour.

Après avoir entendu ensemble le représentant de la société ainsi que son conseil et le représentant de l'administration, le Comité relève que la SCI P ne pouvait ignorer qu'en souscrivant à l'augmentation de capital de la SARL I elle permettait l'activation de la clause de retour à meilleure à fortune dont cette dernière était débitrice.

Le Comité observe que la réduction de capital de la SARL I, qui s'en est suivie par annulation des titres, a été motivée par l'apurement de la perte générée par l'activation de la clause de retour à meilleure fortune.

Il note qu'il n'a été apporté aucune justification de la réalité de l'opération économique servant de support à l'émission des billets à ordre ou à leur endossement de sorte qu'ils présentent un caractère fictif à chaque étape de leur utilisation. Il en va ainsi du billet à ordre d'un montant de 700 000 euros remis à la SCI P et que celle-ci endossera au profit de la SARL I en contrepartie d'une créance portée au crédit du compte courant ouvert en son nom avant que ce compte courant créditeur soit incorporé au capital de la SARL I.

Le Comité estime qu'en l'absence de tout réel apport de fonds, cette opération a eu pour but exclusivement fiscal de générer une perte fiscale déductible.

Le Comité émet donc 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.

➤ **Affaire n° 2013-43 concernant M. et Mme C**

Par acte sous seing privé du 13 février 2009, la SARL L a consenti un prêt d'un montant de 287 500 euros à la SCI R. Le contrat de prêt a été conclu aux conditions suivantes : le prêt est accordé sur une période de 99 ans et est consenti sans le versement d'intérêt tandis que le remboursement du capital intervient au choix de l'emprunteur selon ses capacités contributives. Il est prévu qu'en cas de demande de remboursement du prêt, la SCI R pourra s'y opposer et incorporer sa dette à son capital social sans que le prêteur puisse s'y opposer.

Cinq jours après la conclusion du prêt, soit le 18 février 2009, la SARL L a cédé sa créance détenue sur la SCI R pour 19 500 euros à M. C qui n'a pas réglé cette somme comme il était prévu contractuellement au plus tard le 31 décembre 2009, mais seulement le 27 juin 2011, soit après engagement des opérations de vérification de la SARL T dont M. C est le gérant.

M. C a lui-même cédé cette créance, un peu plus d'un mois plus tard, soit le 25 mars 2009 à la SARL T pour sa valeur nominale de 287 500 euros.

Six jours après la seconde cession de la créance, soit le 31 mars 2009, la SARL L a versé la somme de 282 500 € à la SARL T, en règlement partiel et anticipé du billet à ordre qu'elle avait émis le 13 février 2009 (à échéance le 15 avril 2009) en règlement du prêt accordé à la SCI R, finalement endossé en faveur de la SARL T. Ces 282 500 euros ont été portés au crédit du compte courant de M. C dans les comptes de la SARL T.

L'administration a estimé que tant le prêt accordé à la SCI R que la cession de créance devaient être regardés comme fictifs et que cette opération masquait une libéralité accordée à M. C. Elle a donc procédé aux rappels d'impôts correspondants en application de la procédure de l'abus de droit fiscal.

M. C conteste l'application de cette procédure au motif qu'il ignorait le contexte dans lequel la cession de créance lui a été consentie. Il estime que le caractère fictif du contrat de prêt, auquel il n'était pas partie, ne lui est pas opposable et qu'il a acquis pour un prix justifié de 19 500 euros la créance détenue par la SARL L sur la SCI R. Il fait valoir que l'administration aurait pu le cas échéant mettre en œuvre d'autres procédures que celle visant à réprimer l'abus de droit fiscal.

Le Comité, après avoir entendu le contribuable et son conseil ainsi que le représentant de l'administration, relève que l'administration a écarté l'acte de cession de la créance en date du 18 février 2009 comme ne lui étant pas opposable au motif qu'il s'agissait d'un acte fictif.

Le Comité relève les particularités du contrat de prêt consenti par la SARL L à la SCI R sans intérêt et pour une durée de 99 ans et qui présente un caractère fictif, la concomitance des faits, la cession intervenant cinq jours après la conclusion du contrat de prêt sans que la justification de la dépréciation de son montant soit apportée.

Le Comité relève en outre l'absence de paiement du prix de 19 500 euros à la date convenue fixée au 31 décembre 2009 et alors que le contrat devait être résolu de plein droit au profit du cédant à défaut de paiement à cette échéance.

Le Comité note enfin que la valeur de cette créance a été portée entre le 18 février 2009 et le 25 mars 2009 de 19 500 euros à 287 500 euros sans qu'aucune justification économique ne soit donnée à l'intérêt de cette acquisition afin de financer des investissements dans la SARL T.

Le Comité déduit de l'ensemble de ces éléments que la cession de créance doit être regardée comme fictive et que c'est à bon droit que l'administration a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal.

Le Comité considère au surplus que M. C doit être regardé comme le principal bénéficiaire de l'opération au sens du b) de l'article 1729 du code général des impôts du montage ainsi mis en œuvre. Il émet donc l'avis que l'administration était fondée à appliquer la majoration de 80 % prévue par ces dispositions.

g) RCM - Opérations visant à bénéficier de la convention franco-luxembourgeoise pour échapper à l'imposition de dividendes

➤ **Affaire n° 2013-23 concernant M. et Mme L**

Le 1^{er} février 2005, M. L a créé, dans l'Etat du Delaware aux Etats-Unis, la société G, dont il est l'administrateur et actionnaire unique et au sein de laquelle il exerce les fonctions de secrétaire et de trésorier.

Cette société, de droit américain, a pour objet de valoriser le savoir-faire en matière de formation et d'animation commerciale de M. L. Elle a pour client la SARL P, société de droit français. Cette dernière société, dont M. L est l'actionnaire principal et le gérant, anime un réseau de distributeurs de produits immobiliers pour le compte du groupe immobilier O. Au cours de l'année 2006, la société P a versé 50 000 euros à la société G au titre de l'utilisation de supports de formation.

Le 1^{er} décembre 2006, la société G a souscrit au capital de la société X, dont le siège social se situe au Luxembourg, à hauteur de 62 actions sur 310 d'une valeur nominale de 100 euros, représentant 20 % du capital.

Au cours de l'année 2007, la société G a perçu de la société X des dividendes d'un montant de 215 432 euros.

L'administration a obtenu auprès de l'autorité judiciaire des renseignements faisant apparaître que M. L avait lui-même reconnu, lors d'une audition dans le cadre d'une instruction judiciaire, que la création de la société G, créée par internet moyennant le paiement de 400 euros, avait pour seul but d'échapper à l'imposition en France et que le compte bancaire de cette société de droit américain avait été ouvert en Suisse dans le but de mettre les sommes en cause à l'abri grâce au secret bancaire.

S'appuyant sur ces déclarations de M. L, par une proposition de rectification en date du 16 décembre 2010, l'administration a considéré que la création de la société G était dénuée de toute substance économique et avait pour but exclusivement fiscal de masquer le caractère imposable en France des dividendes versés par la société X par l'application littérale des dispositions de la convention franco-luxembourgeoise. Elle a mis en œuvre la procédure de répression des abus de droit prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales en vue d'imposer ces dividendes d'un montant de 215 433 euros entre les mains de M. L.

Le Comité constate que M. L a reconnu les faits incriminés par l'administration à l'occasion d'une audition dans le cadre d'une instruction judiciaire.

En conséquence, le Comité émet l'avis que l'administration est fondée à mettre en œuvre la procédure de répression des abus de droit prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

Enfin, le Comité estime que M. L doit être regardé comme ayant eu l'initiative principale du montage constitutif de l'abus de droit et, en outre, en a été le principal bénéficiaire au sens du b) de l'article 1729 du code général des impôts. Il émet donc l'avis que l'administration est fondée à appliquer la majoration de 80 % prévue par ces dispositions

2. Impôt sur les sociétés et retenue à la source

a) Interposition d'une société Luxembourgeoise pour échapper à la retenue à la source

➤ Affaire n° 2013-25 concernant la SAS A.

M et MME B, alors résidents de France, ont constitué en 1997 la SARL A ayant son siège en France et exerçant une activité d'agent immobilier et de conseil financier. Ils sont les deux seuls associés de cette société devenue en 2000 la SAS A. Au début de l'année 2007, ils sont devenus fiscalement résidents de Suisse. En mars 2007, ils ont constitué au Luxembourg la société X, dont l'objet social était la prise de participations et à laquelle, en avril 2007, ils ont fait apport de l'intégralité du capital social de la SAS A.

En 2007 et 2008, la SAS A, société française soumise à l'impôt sur les sociétés, a versé des dividendes, s'élevant respectivement à 4 685 000 € et 21 000 000 € au profit de la société luxembourgeoise X, sa société mère. Ces distributions, faites au profit d'une société établie dans un pays membre de l'Union européenne, n'ont pas été soumises à la retenue à la source, en application de l'article 119 ter du code général des impôts.

A la suite d'une vérification de comptabilité dont la SAS A a fait l'objet en 2009 et portant notamment sur les exercices clos au cours de ces années, l'administration a soumis ces distributions à la retenue à la source, en mettant en œuvre la procédure prévue à l'article L 64 du livre des procédures fiscales. L'administration a en effet considéré que la société luxembourgeoise X était dépourvue de toute substance économique et qu'elle avait été, dans le cadre d'un montage artificiel, interposée entre la société A et les époux B qui, à travers la société luxembourgeoise, avaient conservé un contrôle total de la société française. Elle a, par suite, écarté la distribution faite en apparence au profit de la société luxembourgeoise comme

ne lui étant pas opposable et a imposé cette distribution comme faite au profit de M et Mme B, résidents de Suisse.

Le Comité constate que la société X, dont le siège est sis à une adresse de domiciliation et dont il n'est pas sérieusement contesté qu'elle ne disposait d'aucun moyen matériel ou humain lui permettant d'exercer effectivement l'activité qui constituait son objet social, n'avait réalisé, depuis sa création, aucune opération se rattachant à cet objet social autre que le placement des dividendes perçus de la SAS A. Il relève aussi que, au vu des informations obtenues par l'administration auprès des autorités fiscales luxembourgeoises, l'actif de la société X était constitué, pour une valeur de 19 316 000 €, par les titres de la SAS A apportés par ses associés uniques, ainsi que, pour une valeur de 1998 €, par la participation détenue dans la SCI propriétaire des locaux situés en France dans lesquels la SAS A exerçait son activité professionnelle. Il constate également que l'apport des titres de la SAS A à la société X, le 14 avril 2007, avait été immédiatement suivi d'une première distribution de dividendes pour un montant important, le 19 avril 2007.

Le Comité déduit de l'ensemble de ces faits, que la société luxembourgeoise, qui n'avait d'autre activité, ni d'autre objet réel avéré que la gestion patrimoniale des titres de la société A dont, à travers la maîtrise complète qu'ils exerçaient sur la société mère, M et Mme B avaient gardé indirectement le contrôle, a été interposée de façon artificielle entre la société française et les actionnaires. Cette interposition a été effectuée dans le seul but de faire échapper à la retenue à la source les distributions effectuées par la SAS A en 2007 et 2008 à leurs véritables bénéficiaires, résidents de Suisse, et contrairement à l'objectif poursuivi par le législateur lorsqu'il a institué le mécanisme de retenue à la source.

Ainsi, dans les circonstances très particulières de l'affaire qui lui est soumise, 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 pour soumettre à la retenue à la source les distributions de dividendes effectuées par la SAS A en les regardant comme ayant été en réalité faites au profit de M et Mme B et à imposer ces distributions au taux prévu à cet effet par la convention fiscale franco-suisse.

Enfin, le Comité estime que la SAS A était la principale bénéficiaire au sens du b) de l'article 1729 du code général des impôts du montage ainsi mis en œuvre. Il émet donc l'avis que l'administration est fondée à appliquer la majoration de 80% prévue par ces dispositions.

b) Requalification de charges d'intérêts d'obligations remboursables en actions en distributions de dividendes

➤ **Affaire n° 2013-27 concernant la SAS M.**

Au cours de l'année 2003, le groupe X a procédé à plusieurs restructurations de nature différente. Ainsi, la société de droit américain, tête de groupe, X Inc., a apporté à la société danoise, la société X Europe Holdings, en décembre 2003 les titres de sa filiale française, la société X France Holding, dont elle détenait 99,31 % du capital. Cet apport a été réalisé pour partie à titre onéreux pour une somme de 315 millions d'euros et le surplus a été rémunéré par des titres de sa filiale danoise.

Le 29 décembre 2003, l'assemblée générale ordinaire et extraordinaire de la société X France Holding a décidé de procéder à une distribution exceptionnelle de dividendes d'un montant de 317 millions d'euros par prélèvement sur le poste "autres réserves", dont environ 315 millions d'euros au profit de son nouvel actionnaire, la société X Europe Holdings.

Au cours de la même assemblée générale, les actionnaires de X France Holding ont souscrit à l'émission par la société d'obligations remboursables en actions (ORA) pour une valeur de 317 millions d'euros dont ils ont libéré l'intégralité de la valeur nominale par compensation

avec la créance détenue sur la société au titre de la distribution des dividendes qui venait d'être décidée.

Ces obligations émises pour une durée de sept ans, sont rémunérées, conformément au contrat d'émission, par un intérêt fixé à un taux de marché (Euribor majoré de 50 points de base). Toutefois, le montant des intérêts courus dus par l'émetteur est plafonné pour chaque exercice à la somme algébrique des résultats comptables de la société X France Holding et de ses filiales détenues à plus de 95 % avant impôts et intérêts dus au titre des ORA. La première échéance pour le paiement de ces intérêts est fixée au 29 décembre 2006, date du troisième anniversaire du contrat.

Le 31 décembre 2003, les obligations détenues par la société X Europe Holdings sont cédées à la société X Inc. en compensation de sa dette de même montant résultant de l'apport à titre onéreux des titres de la société X France Holding.

L'administration a estimé que, par le biais des décisions prises lors de l'assemblée générale du 29 décembre 2003, l'ensemble de ces opérations de distribution de réserves et d'endettement révélait, compte tenu notamment des conditions de remboursement des ORA, un montage purement artificiel ayant pour but exclusivement fiscal de permettre à la société X France Holding de déduire de ses résultats les sommes correspondant aux intérêts dus au titre des ORA souscrites par ses actionnaires, alors que ces sommes constituent en réalité des dividendes et correspondent ainsi à une distribution de bénéfices non déductible.

L'administration a ainsi requalifié les intérêts dus au titre des ORA en dividendes. Elle a en conséquence rehaussé le résultat imposable à l'impôt sur les sociétés de la société X France Holding du montant de ces intérêts s'élevant au titre de l'exercice clos en 2008 à plus de 14,8 millions d'euros.

L'administration a en effet constaté que cette opération avait produit, de manière différée, les mêmes effets qu'une incorporation de réserves au capital social, tout en permettant la déduction d'intérêts.

Elle a considéré que la société X France Holding avait, par les deux décisions prises par l'assemblée générale du 29 décembre 2003, réalisé deux opérations de même montant et contradictoires : une distribution exceptionnelle et une émission d'ORA, réalisée en définitive, compte tenu de la cession immédiate des ORA par la filiale danoise, au profit de la même société, la société tête de groupe X Inc.. Elle a notamment relevé que ces opérations s'étaient traduites par aucun mouvement financier, les sommes prêtées n'ayant pas été versées dès lors qu'elles sont issues de la conversion de réserves en dettes, et que, dans la mesure où les intérêts dus au titre des ORA ne pouvaient excéder la somme algébrique des résultats comptables des sociétés du groupe français constitué par la société X France Holding et ses filiales détenues à plus de 95 %, ces intérêts présentaient les caractéristiques d'un dividende.

Elle a également relevé que la société américaine X Inc. avait opté pour le régime de la transparence fiscale dans le cadre d'un "partnership" (application du dispositif "Check the Box") à raison des résultats de la société X France Holding de sorte que les intérêts qui lui ont été versés à raison des ORA n'étaient pas imposés aux Etats-Unis.

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 d'admettre, en matière de déduction des charges financières, la seule déduction des charges supportées pour le financement d'opération d'endettement réel. Elle a ainsi mis en œuvre la procédure de répression des abus de droit prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

Après avoir entendu ensemble le représentant de la société et son conseil, ainsi que les représentants de l'administration, le Comité a relevé les éléments suivants :

- la distribution exceptionnelle réalisée en 2003 et l'émission d'ORA n'ont généré aucun flux financier mais ont donné lieu à un simple jeu d'écritures comptables ;
- ces deux décisions prises le 29 décembre 2003 par l'assemblée générale ordinaire et extraordinaire n'ont pas réellement modifié la situation financière de la société X France Holding, dès lors que les ORA auxquelles les actionnaires de la société X France Holding avaient souscrit et dont le remboursement s'effectue obligatoirement par l'émission d'actions de la société émettrice, font partie de ses autres fonds propres ;
- ces opérations effectuées entre sociétés liées, qui caractérisent la conversion d'une réserve pendant une période provisoire en dettes, ne se sont traduites en définitive par aucun changement de l'actionnariat, dans l'activité et dans la trésorerie de la société X France Holding.

Par suite, le Comité a déduit de l'ensemble des éléments ainsi portés à sa connaissance que les deux décisions prises le 29 décembre 2003 par l'assemblée générale ordinaire et extraordinaire de la société X France Holding forment un tout indissociable et sont constitutives d'un montage purement artificiel dont le but est exclusivement fiscal, en permettant la déduction, sous la forme d'intérêts versés à raison des ORA, de sommes ayant en réalité la nature de dividendes, et que ce montage va à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur lorsqu'il a autorisé par le 1 de l'article 39 du code général des impôts la déduction des charges financières, lesquelles doivent avoir été supportées à raison d'opérations d'endettement réel.

Le Comité relève d'ailleurs que le 21 décembre 2009, la société X Inc. a fait apport des ORA, dont elle a demandé le remboursement le 15 décembre 2009, à la société X Europe Holdings et lui a cédé la créance représentative des intérêts dus au titre des ORA. Le lendemain, le remboursement des ORA est réalisé par la société X France Holding par augmentation de capital. Le 30 décembre 2009, la société X France Holding procède à une nouvelle augmentation de capital à laquelle souscrit la société X Europe Holdings et dont le montant est libéré par compensation avec la créance représentative des intérêts dus au titre des ORA. La rémunération des ORA était plafonnée en fonction de la somme algébrique des résultats comptables de la société X France Holding et de ses filiales détenues à plus de 95 % avant impôts et intérêts dus au titre des ORA et, donc des capacités de distribution dégagées chaque année, avant déduction de cette rémunération et des impôts, par cette société et ses mêmes filiales. Ainsi, au titre de l'exercice clos en 2009, la société X France Holding n'a constaté aucune charge d'intérêts au titre des ORA, dès lors que la somme algébrique de son résultat comptable et de ceux de ses filiales était négative.

En conséquence, le Comité émet l'avis que l'administration est fondée au titre de l'année 2008 à mettre en œuvre la procédure de répression de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

Enfin, le Comité estime que la société X France Holding 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.

c) Opérations visant à utiliser la convention franco-luxembourgeoise pour se soustraire à l'impôt sur les plus-values

➤ **Affaire n° 2013-26 concernant la SARL S.**

La SARL S, créée le 29 mai 1995, a pour objet la réalisation, tant en France qu'à l'étranger, de toutes opérations industrielles, civiles et commerciales, sous quelque forme que ce soit, portant sur tous terrains et droits immobiliers. Le capital de la société était détenu à hauteur de 2189 parts par M. A qui en était le gérant et pour 1 part par son frère, M. B.

La société S détenait un terrain situé à M (Var) en indivision avec la SARL T dont le capital était détenu à hauteur de 2189 parts par M. B qui en était le gérant et pour 1 part par M. A. Ce terrain avait été apporté en indivision aux deux sociétés par la mère des frères AB.

A partir de 2005 ce terrain a été mis en valeur avec le dépôt d'une demande d'autorisation de lotir portant sur dix lots d'habitation et 6 lots de garage. Une autorisation de lotir a été délivrée le 26 octobre 2006.

Le 5 février 2007, M. A et son frère cèdent l'intégralité du capital de la société S et de la SARL T à la société luxembourgeoise U, représentée par M. C pour un prix global pour chaque cession de 75 000 € (soit pour la cession de la société S, 35 € pour B et 74 965 € pour A et pour la cession de la SARL T, 35 € pour A et 74 965 € pour B). Ils restent gérants de leurs sociétés. Suite à cette cession, les opérations suivantes ont été réalisées :

- le 18 mai 2007, le siège social des deux sociétés S et T est transféré au Luxembourg. La SA U est nommée gérante ;
- le 13 juin 2007, les deux sociétés sont radiées du registre de commerce et des sociétés en France ;
- le 3 août 2007, leurs statuts sont enregistrés au registre des sociétés du Luxembourg ;
- le 19 novembre 2007, une promesse de vente du terrain à la SNC V est signée par la société S et par la société T, représentées respectivement par M. A et M. B, et par la SA U ;
- le 11 mars 2008, les deux SARL signent l'acte authentique de vente de leur terrain à la SNC T pour un prix de 1 700 000 € ;
- le 25 novembre 2009, la SA U absorbe la société S et la société T.

L'administration a relevé que M. A et son frère avait déjà tenté en 2006, de céder leur terrain à la société luxembourgeoise W, représentée par M. C, en concluant le 31 mars 2006 un compromis de vente pour un prix de 145 000 €. Ce prix était déjà sous-évalué dans la mesure où, le 17 juin 2006, les frères AB avaient conclu avec MM. C et D un protocole d'accord prévoyant une répartition du prix de cession du terrain, estimé à 1 520 000 €.

Par ailleurs l'administration a obtenu des informations du tribunal de grande instance de Toulon. M. B avait assigné le 26 septembre 2008 devant le tribunal la société U au motif qu'il n'avait pas perçu la part lui revenant sur le prix de cession du terrain, en violation d'un accord occulte conclu le 12 mars 2007 avec son frère et M. C et qui prévoyait que la société luxembourgeoise ne constituait qu'une interposition de personnes et que le prix de vente ultérieur du terrain serait réparti entre eux à parts égales. Par jugement du 25 mars 2010, le tribunal a annulé la cession des parts de la SARL T au motif que M. B avait cédé ses parts pour un prix dérisoire, preuve en étant que le terrain assorti d'une autorisation de lotir avait été revendu quelques mois plus tard par les SARL S et T pour le prix de 1 700 000 € soit 850 000 € pour chaque société.

L'administration a aussi estimé que, postérieurement à la cession de parts, au transfert du siège au Luxembourg et à la nomination de la SARL U comme gérante de la SARL S, cette

dernière avait continué à être gérée et administrée par M. A et que les opérations réalisées étaient dépourvues de toute justification économique.

L'administration a considéré que la cession des parts de la SARL S à prix minoré à une société luxembourgeoise, suivi du transfert du siège social au Luxembourg avant que la société S ne cède le bien immobilier qu'elle détenait en France, étaient constitutifs d'un montage artificiel réalisé dans l'unique but de soustraire la plus-value dégagée sur la cession du terrain à l'impôt sur les sociétés en France. Elle a estimé que ces opérations n'obéissaient à aucun motif économique et avaient eu pour seul but de faire bénéficier la SARL S des stipulations de la convention fiscale franco-luxembourgeoise dans sa rédaction applicable aux faits de l'espèce.

L'administration a mis en œuvre la procédure d'abus de droit prévue à l'article L 64 du livre des procédures fiscales et a redressé le bénéfice imposable de la société S au titre de l'exercice clos le 31 mars 2008 pour un montant de 789 021 € correspondant à la différence entre la part du prix de cession du terrain revenant à la société S, soit 850 000 € et sa valeur d'inscription à l'actif, soit 60 979 €.

Le Comité a relevé :

- qu'avant l'avenant à la convention franco-luxembourgeoise signé le 24 novembre 2006 et entré en vigueur le 1er janvier 2008, les revenus et gains immobiliers réalisés en France par les sociétés dont le siège était situé au Luxembourg, n'étaient pas imposables en France en l'absence d'établissement stable en France sans pour autant faire l'objet d'une imposition au Luxembourg ;

- que la cession des parts de la société S avait été réalisée pour un prix manifestement sous-évalué et que ce niveau de prix ne s'expliquait que par l'existence d'un accord occulte conclu le 12 mars 2007, auquel M. A était partie, et qui prévoyait les modalités de répartition du prix de vente ultérieur du terrain détenu par la société S pour un montant très supérieur ;

- qu'après la cession des parts de la société S et le transfert de son siège social au Luxembourg, la société avait continué à être gérée et administrée depuis la France par M. A alors que le siège statutaire au Luxembourg correspondait à une adresse de domiciliation, sans qu'aucun moyen et activité n'y soit localisé.

Le Comité déduit de l'ensemble des éléments portés à sa connaissance que les actes passés ont donné l'apparence d'un transfert du siège de la société S au Luxembourg sans maintien d'un établissement stable en France alors que, dans les faits, la société S continuait à être gérée et administrée depuis la France. Ces actes poursuivent ainsi le but exclusivement fiscal de placer artificiellement le produit de la cession du terrain détenu par la société S dans le champ d'application des stipulations de la convention entre la France et le Luxembourg applicables avant l'avenant du 24 novembre 2006.

En conséquence, le Comité émet l'avis que l'administration est fondée à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

Enfin, le Comité estime que la société 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 donc l'avis que l'administration est fondée à appliquer la majoration de 80 % prévue par ces dispositions.

d) Utilisation de billets à ordre fictifs

➤ Affaire n° 2013-36 concernant la SARL I

A) Présentation des données de l'affaire

I - Position de l'administration

L'administration a identifié un montage complexe réalisé par M. H faisant intervenir des sociétés qu'il contrôle directement ou indirectement et reposant sur une succession d'opérations qui ont permis à l'intéressé de conserver à son profit la trésorerie de deux sociétés ayant fait l'objet d'une acquisition dans les conditions décrites ci-après. Cette trésorerie devait permettre d'acquitter l'impôt sur les sociétés dont ces sociétés auraient été redevables à la clôture de l'exercice à raison des plus-values de cession d'immeubles qu'elles ont réalisées préalablement à leur acquisition et qui seront complètement effacées à l'issue des opérations effectuées dans le cadre de ce montage.

La SARL I, qui est au centre des opérations constitutives de ce montage, a été créée en 1998 et exerçait une activité de conception de logiciels et de sites internet. Après avoir tenté de développer un site internet interactif, son activité ayant été très déficitaire, elle a bénéficié en 2004 d'un abandon de créances, d'un montant de 5 508 000 euros, consenti par deux conventions par ses deux associés. Son associé majoritaire, détenant 90 % de son capital, a ainsi abandonné une créance de 5 388 000 euros. Cet abandon de créance était assorti d'une clause de retour à meilleure fortune. La SARL I a cessé son activité en 2005 et n'a plus de salariés.

La SARL I est cédée le 12 novembre 2007 pour 2 500 euros, d'une part, à la SA X, qui acquiert 10 % du capital et, en outre, pour 7 671 euros, la totalité de la créance abandonnée en 2004 et, d'autre part, à la SA Y, qui acquiert les 90 % restants du capital. Ces deux sociétés sont établies au Luxembourg. La SA X a pour actionnaires deux sociétés établies dans les Iles vierges britanniques.

1) L'acquisition de la SCI A en 2007.

Le 12 novembre 2007 les opérations suivantes sont effectuées :

- la SARL I rachète pour 800 euros à la SNC V, société contrôlée par M. H, les titres de la SCI A, société soumise à l'impôt sur les sociétés. Au moment de ce rachat, la SCI A n'a plus d'activité et a cédé le seul immeuble qu'elle détenait. Lors de la cession de cet immeuble, elle avait réalisé une plus-value faisant apparaître un bénéfice comptable de 1 971 086 euros auquel est attaché un impôt sur les sociétés au taux de 33,33 % s'élevant potentiellement à 657 029 euros. Par ailleurs, la SCI A, qui disposait d'une trésorerie de 1 700 000 euros, avait, avant son acquisition par la SARL, versé à la SNC V des acomptes sur dividendes ;

- la SARL I absorbe la SCI A par confusion de patrimoine avec effet rétroactif au plan fiscal au 1^{er} janvier 2007.

Le 10 décembre 2007 la SA X émet quatre billets à ordre à échéance du 11 mars 2008 au bénéfice de la SA Y, pour un montant global de 2 100 000 euros. A la suite d'une chaîne d'endossement ayant lieu entre le 11 et le 14 décembre 2007 et faisant intervenir trois sociétés contrôlées directement ou indirectement par M. H, ces billets à ordre sont endossés au profit de la SARL I. Au terme de ces opérations, l'arrivée des billets à ordre au bilan de cette SARL se traduit par le débit du compte client et le crédit de comptes courants ouverts au bénéfice de ces sociétés.

Le 27 décembre 2007, ces comptes courants sont incorporés au capital de la SARL dans le cadre d'une augmentation de capital s'élevant à 2 100 000 euros. Le compte de résultat n'est

pas impacté par ces opérations. Les billets à ordre feront tous l'objet d'un endossement final au profit de la SA X qui les annulera.

L'administration a relevé que, le 27 décembre 2007, à l'issue de ces opérations comptables, qui n'ont donné lieu à aucun flux de trésorerie, les capitaux propres de la SARL I s'établissaient à 2 032 297 euros tandis que le résultat comptable provisoire s'élevait à 1 965 654 euros.

La SARL I a estimé qu'en présence de capitaux propres reconstitués et d'un résultat comptable positif, les conditions étaient réunies pour que joue la clause de retour à meilleure fortune. Dès lors, par l'exercice de la seconde option prévue par les conventions d'abandon de créances, est apparue une dette à l'égard de la SA X, passée en charge exceptionnelle, de 1 910 195 euros. Toutefois la SARL I dégage, à la clôture de l'exercice le 31 décembre 2007, une perte comptable de 3 884 920 euros compte tenu de la dotation d'une provision pour complément de clause de retour à meilleure fortune au titre de la première option s'élevant à 1 974 958 euros.

Au terme de l'ensemble de ces opérations effectuées entre le 12 novembre et le 31 décembre 2007, le résultat, constitué par la plus-value réalisée par la SCI A, a été totalement effacé dans les écritures de la SARL I tandis que la trésorerie de la SCI qui devait servir au paiement de l'impôt sur les sociétés était acquise aux sociétés appartenant à M. H. Le résultat fiscal réalisé par cette SARL s'élève à 61 124 euros compte tenu de la réintégration extracomptable, d'une part, du résultat de la SCI A et, d'autre part, de la dotation de la provision mentionnée ci-dessus sur lequel sera imputé le déficit reportable de 76 228 euros.

2) L'acquisition de la SA B en 2009.

A la clôture de l'exercice 2008, avancée au 31 octobre à la suite d'une décision de changement de la date de clôture de l'exercice, une nouvelle charge exceptionnelle est constatée au titre de la clause de retour à meilleure fortune sur la base de l'accroissement de la situation nette sur l'exercice compte tenu de l'opération d'augmentation-réduction du capital et de la reprise de la provision dotée au cours de l'exercice précédent. La perte comptable de la SARL I s'élève à 36 808 euros et le déficit fiscal à 187 807 euros.

Au cours de l'exercice ouvert le 1^{er} novembre 2008 et clos le 31 octobre 2009, la SARL I acquiert le 10 septembre 2009 la SNC W laquelle détient les titres de la SA B.

Cette dernière société avait cédé au préalable les biens immobiliers qu'elle détenait. A la date du 15 septembre 2009, date de son acquisition, pour 260 000 euros, par la SARL I, la SA B présente un résultat bénéficiaire de 6 156 307 euros, auquel est attaché un impôt sur les sociétés au taux de 33,33 % s'élevant potentiellement à 2 054 622 euros. Elle ne disposait plus à son actif que d'une trésorerie de 2 184 273 euros.

Le 25 septembre 2009, la SARL I absorbe la SA B par confusion de patrimoine avec effet rétroactif au plan fiscal au premier jour de l'ouverture de son exercice.

L'administration a relevé que, par diverses opérations effectuées avant même cette acquisition,

M. H s'était attaché à réunir toutes les conditions conduisant à la neutralisation du bénéfice de la SA B le jour de cette transmission universelle de patrimoine.

Elle a ainsi constaté que la SARL I avait procédé successivement à deux augmentations de capital s'élevant respectivement à 2 977 500 euros et 1 324 700 euros par incorporation de comptes courants créditeurs détenus par diverses sociétés, résultant de l'endossement par ces sociétés de billets à ordre au profit de la SARL I. Le jour de la seconde augmentation de capital, la SARL I a réduit son capital à 0 puis a immédiatement procédé à une nouvelle

augmentation de capital à hauteur de 10 000 euros souscrite par les associés d'origine (à hauteur de 95 % par la SA Y et de 5 % par la SA X.

L'administration a également constaté que la SARL I avait racheté le 1^{er} juillet 2009 la SNC V pour 1 000 euros. Cette société, relevant de l'article 8 du code général des impôts, n'avait ni activité ni salarié ni projet de développement et avait réalisé en 2009 un déficit fiscal de 961 202 euros.

L'administration a relevé que, compte tenu de la remontée de déficits en provenance de la SCI R et de la SNC V, sociétés transparentes fiscalement, le résultat imposable réalisé par la SA B avait été effacé et que la trésorerie conservée pour payer l'impôt sur les sociétés avait été définitivement distribuée aux sociétés contrôlées par M. H.

3) L'administration a ainsi estimé être en présence d'un montage réalisé par M. H au cours des années 2007 à 2009, qui a permis, au terme de son déroulement, de neutraliser complètement les bénéfices des sociétés A et B grâce à leur reprise dans les comptes de la SARL I et aux charges exceptionnelles nées de l'activation de la clause de retour à meilleure fortune.

L'administration a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal afin de remettre en cause les conséquences fiscales de l'ensemble de ces opérations au motif, d'une part, que l'absence d'activité de la SARL I ne pouvait justifier les investissements réalisés par un autre but que fiscal et, d'autre part, que les billets à ordre utilisés, dépourvus de cause, présentaient un caractère fictif.

II - Position du contribuable

La SARL I soutient que l'ensemble de ces opérations poursuivait le but économique de développement d'une activité nouvelle par internet relative au secteur immobilier et n'avait nullement pour objectif l'activation de la clause de retour à meilleure fortune ainsi que par voie de conséquence la défiscalisation des bénéfices réalisés par les sociétés A et B. Elle fait valoir en outre qu'aucun des actes critiqués par l'administration ne peut juridiquement se voir entaché d'irrégularité et que les billets à ordre ont été causés par l'existence d'engagements juridiques préexistants (contrat de financement, convention d'abandon de créances...).

B) Avis du Comité

Le Comité, après avoir entendu M. H et les conseils de la société ainsi que le représentant de l'administration, relève que la SARL I avait cessé toute activité en 2005 mais restait débitrice d'une dette potentielle résultant de la clause de retour à meilleure fortune de 5 508 0000 euros correspondant au montant de l'abandon de créance qui lui a été consenti en 2004.

1) En premier lieu, le Comité note que, le 12 novembre 2007, soit le jour de son propre rachat par deux investisseurs établis au Luxembourg, la SARL I, qui a modifié le même jour son objet social en l'étendant à la prise de participations dans des sociétés immobilières, a acquis la SCI A, pour la somme de 800 €, auprès de la SNCV contrôlée par M. H.

Il constate, d'une part, que cette SCI, soumise à l'impôt sur les sociétés, avait cédé le seul bien immobilier lui appartenant en réalisant une plus-value de 1 971 086 euros, somme passible potentiellement à la clôture de son exercice d'un impôt sur les sociétés au taux de 33,33 %, soit 657 028 euros, et, d'autre part, qu'avant son acquisition par la SARL I, la SCI A avait versé trois acomptes sur dividendes à la SNC V, dont l'un s'élevant à 1 388 000 euros a permis à cette société de payer le prix d'acquisition de la SCI aux vendeurs, de sorte que la SCI ne disposait plus, à la date de son acquisition par la SARL, que d'une trésorerie de 121 476 euros.

Il relève encore que toujours le même jour, soit le 12 novembre 2007, la SARL I a absorbé la SCI A par confusion de patrimoine avec effet rétroactif au plan fiscal au 1^{er} janvier 2007 et

qu'ainsi, à la suite de cette transmission universelle du patrimoine, le bénéfice comptable (boni de confusion) et le résultat fiscal de cette société ont été repris par la SARL I, le résultat fiscal de la SCI étant réintégré sur la liasse fiscale par voie extracomptable de la SARL.

Le Comité observe que la clause de retour à meilleure fortune des deux conventions stipule que “ *Le retour à meilleure fortune s'entend de la réalisation, par le Débiteur, alternativement, soit d'un bénéfice comptable avant impôt au plus tard le 31 décembre 2014, soit d'une variation positive du montant de la situation nette comptable à la clôture et à l'ouverture de l'exercice (...)* ” et que “ *Si l'événement de retour à meilleure fortune se réalise, le Débiteur sera redevable envers le Créancier, alternativement et au choix du Débiteur, soit d'un montant minimum de 85 % du résultat net comptable avant impôt sur les sociétés (déclarations fiscales annuelles : tableau 2058 A : Différence entre le montant figurant à la ligne WA et le montant figurant ligne WK, que ces montants aient été déclarés spontanément par le Débiteur ou aient été rectifiés par l'administration fiscale) soit de 85 % de la différence entre les valeurs d'actif net à la clôture et l'ouverture de l'exercice (déclarations fiscales annuelles : tableau 2051...)* ”.

Il note que, du fait de la confusion de patrimoine, la SARL I s'est mise en situation d'honorer la clause de retour à meilleure fortune ce qui a permis d'effacer le bénéfice de la SCI A. Il constate en effet que, par délibération de son assemblée générale ordinaire, la société a reconnu à ce titre une dette dont la SA X pouvait se prévaloir et dont le montant s'élevait à 1 670 806 euros (soit 85 % du résultat fiscal après confusion), ce montant étant assorti de 239 389 euros d'intérêts, soit au total 1 910 195 euros.

Le Comité relève au surplus que, pour donner toute sa portée à la clause de retour à meilleure fortune, la SA X, située au Luxembourg, a entendu permettre la reconstitution des capitaux propres de la SARL I en émettant au profit de l'autre actionnaire de cette société, également établi au Luxembourg, des billets à ordre qui ont permis, via une chaîne d'endossements, cette reconstitution par incorporation au capital du montant inscrit aux comptes courants créditeurs ouverts au nom de trois sociétés ayant endossé ces billets. Le Comité observe qu'étant dépourvus de cause fautive pour la société de produire, au-delà de la simple référence à l'existence de contrats de financement, toute justification de la réalité de l'opération économique servant de support à l'émission de ces billets ou à leur endossement, ces billets à ordre présentent un caractère fictif à chaque étape de leur utilisation.

Le Comité déduit de tout ce qui précède que la charge exceptionnelle de 1 670 806 euros résultant de la clause de retour à meilleure fortune, majorée des 239 389 euros d'intérêts, ne se justifie que par le souci d'effacer toute imposition au titre de l'exercice clos en 2007 de la plus-value réalisée par la SCI A.

2) En second lieu, le Comité relève que le rachat, réalisé en 2009, par la SARL I de la SA B, qui avait à son actif, à la date de cette acquisition, exclusivement une trésorerie s'élevant à 2 184 273 euros et permettant d'acquitter l'impôt sur les sociétés dont elle était potentiellement redevable, procède de la même démarche, que ce rachat et la dissolution de cette dernière par confusion de patrimoine qui a suivi, comme les augmentations et réduction de capital, ont permis ensemble à la SARL I d'activer la clause de retour à meilleure fortune et ainsi de générer une charge de 3 656 513 euros majorée de 1 007 985 euros d'intérêts, qui, ajoutée aux déficits constatés du fait des filiales de la SARL relevant des dispositions de l'article 8 du code général des impôts, a été de nature à effacer toute imposition du résultat bénéficiaire de la SA B qui s'élevait, au moment de son rachat, à 6 156 307 euros.

Le Comité relève en particulier que le rachat en 2009 par la SARL I de la SNC V, société relevant de l'article 8 du code général des impôts, qui ne présentait aucun actif ni aucune activité mais un déficit fiscal de 961 202 euros ne peut se justifier autrement que par la

volonté d'imputer le déficit fiscal qu'elle présentait et de permettre d'effacer totalement le bénéfice de la SA B.

Au vu des éléments qui lui sont soumis, le Comité estime que l'ensemble de ces opérations de la SARL I, qui n'a exercé aucune activité économique depuis 2005, a eu pour but exclusif, par la mise en place d'un montage sophistiqué, d'éviter l'impôt qui aurait été légalement dû par la SCI A et la SA B si ces opérations n'avaient pas été réalisées.

Le Comité émet donc 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.

Le Comité estime en outre que la SARL I doit être regardée comme la principale bénéficiaire au sens du b) de l'article 1729 du code général des impôts du montage ainsi mis en œuvre. Il émet donc l'avis que l'administration est fondée à appliquer la majoration de 80% prévue par ces dispositions.

➤ **Affaire n° 2013-41 concernant la SARL S**

L'administration a identifié un montage complexe réalisé par M. H faisant intervenir des sociétés qu'il contrôle directement ou indirectement et reposant sur une succession d'opérations qui ont permis à l'intéressé de conserver à son profit la trésorerie de la SCI A ayant fait l'objet d'une acquisition dans les conditions décrites ci-après. Cette trésorerie devait permettre d'acquitter l'impôt sur les sociétés dont cette société aurait été redevable à la clôture de l'exercice à raison des plus-values réalisées, préalablement à son acquisition, lors de la cession du seul immeuble qu'elle détenait et qui seront complètement effacées à l'issue des opérations effectuées dans le cadre de ce montage.

La SARL I, qui est au centre des opérations constitutives de ce montage, a été créée en 1998 et exerçait une activité de conception de logiciels et de sites internet. Après avoir tenté de développer un site internet interactif, son activité ayant été très déficitaire, elle a bénéficié en 2004 d'un abandon de créances, d'un montant de 5 508 000 euros, consenti par deux conventions par ses deux associés. Son associé majoritaire, détenant 90 % de son capital, a ainsi abandonné ainsi une créance de 5 388 000 euros. Cet abandon de créance était assorti d'une clause de retour à meilleure fortune. La SARL I a cessé son activité en 2005 et n'a plus de salariés.

La SARL I est cédée pour 2 500 euros, d'une part, à la SA X, qui acquiert 10 % du capital de cette société et, en outre, pour 7 671 euros, la totalité de la créance abandonnée en 2004 et, d'autre part, à la SA Y, qui acquiert les 90 % restants du capital. Ces deux sociétés sont établies au Luxembourg. La SA X a pour actionnaires deux sociétés établies dans les Iles vierges britanniques.

La SARL S a participé aux opérations de la SARL I selon les modalités suivantes.

L'acquisition de la SCI A par la SARL I est intervenue en 2007.

Le 12 novembre 2007 les opérations suivantes sont effectuées :

- la SARL I rachète pour 800 euros à la SNC V, société contrôlée par M. H, les titres de la SCI A, société soumise à l'impôt sur les sociétés. Au moment de ce rachat, la SCI A n'a plus d'activité et a cédé le seul immeuble qu'elle détenait. Lors de la cession de cet immeuble, elle avait réalisé une plus-value faisant apparaître un bénéfice comptable de 1 971 086 euros auquel est attaché un impôt sur les sociétés au taux de 33,33 % s'élevant potentiellement à 657 029 euros. Par ailleurs, la SCI A, qui disposait d'une trésorerie de 1 700 000 euros, avait, avant son acquisition par la SARL, versé à la SNC V des acomptes sur dividendes ;

- la SARL I absorbe la SCI A par confusion de patrimoine avec effet rétroactif au plan fiscal au 1^{er} janvier 2007.

Le 10 décembre 2007 la SA X émet quatre billets à ordre à échéance du 11 mars 2008 au bénéfice de la SA Y, pour un montant global de 2 100 000 euros. A la suite d'une chaîne d'endossement ayant lieu entre le 11 et le 14 décembre 2007 et faisant intervenir trois sociétés contrôlées directement ou indirectement par M. H, ces billets à ordre sont endossés au profit de la SARL I. Au terme de ces opérations, l'arrivée des billets à ordre au bilan de cette SARL se traduit par le débit du compte client et le crédit de comptes courants ouverts au bénéfice de ces sociétés.

Le 27 décembre 2007, ces comptes courants sont incorporés au capital de la SARL dans le cadre d'une augmentation de capital s'élevant à 2 100 000 euros. Le compte de résultat n'est pas impacté par ces opérations. Les billets à ordre feront tous l'objet d'un endossement final au profit de la SA X qui les annulera.

L'administration a relevé que, le 27 décembre 2007, à l'issue de ces opérations comptables, qui n'ont donné lieu à aucun flux de trésorerie, les capitaux propres de la SARL I s'établissaient à 2 032 297 euros tandis que le résultat comptable provisoire s'élevait à 1 965 654 euros.

La SARL I a estimé qu'en présence de capitaux propres reconstitués et d'un résultat comptable positif, les conditions étaient réunies pour que joue la clause de retour à meilleure fortune. Dès lors, par l'exercice de la seconde option prévue par les conventions d'abandon de créances, est apparue une dette à l'égard de la SA X, passée en charge exceptionnelle, de 1 910 195 euros. Toutefois la SARL I dégage, à la clôture de l'exercice le 31 décembre 2007, une perte comptable de 3 884 920 euros compte tenu de la dotation d'une provision pour complément de clause de retour à meilleure fortune au titre de la première option s'élevant à 1 974 958 euros.

Au terme de l'ensemble de ces opérations effectuées entre le 12 novembre et le 31 décembre 2007, le résultat, constitué par la plus-value réalisée par la SCI A, a été totalement effacé dans les écritures de la SARL I tandis que la trésorerie de la SCI qui devait servir au paiement de l'impôt sur les sociétés était acquise aux sociétés appartenant à M. H. Le résultat fiscal réalisé par cette SARL s'élève à 61 124 euros compte tenu de la réintégration extracomptable, d'une part, du résultat de la SCI A et, d'autre part, de la dotation de la provision mentionnée ci-dessus sur lequel sera imputé le déficit reportable de 76 228 euros.

La participation de la SARL S à cette opération d'ensemble est intervenue le 11 décembre 2007, date à laquelle elle a endossé, pour un montant de 700 000 euros chacun, deux des quatre billets à ordre.

D'une part, le 13 décembre 2007, un contrat est signé entre la SARL S et la SCI P par lequel la première prête 700 000 euros à la seconde. Le contrat de prêt a été conclu aux conditions suivantes : le prêt est accordé sans garantie financière au profit du prêteur et l'emprunteur est libre de rembourser le prêteur à sa convenance à tout moment et au plus tard dans les 12 mois de l'attribution du prêt sous réserve d'une tacite reconduction. Il est prévu que le prêt pourra être remboursé par le transfert des titres de la SARL I, obtenus par la SCI dans le cadre de l'augmentation de capital de cette société. En règlement de ce prêt, la SARL S remet à la SCI P un des deux billets à ordre précités d'un montant de 700 000 euros et détient donc une créance de même montant sur la SCI.

La SCI P est une société relevant des dispositions de l'article 8 du code général des impôts. Elle est détenue à 99,6 % par la SNC M, relevant de ces mêmes dispositions. Cette société est elle-même détenue à 100 % par la SARL N. Cette dernière société est détenue à 100 % par M. H.

Le 7 juillet 2008 la SARL S cède pour le prix de 700 euros cette créance à la SCI U, détenue par le groupe familial de M. H, et constate une perte de 699 300 euros.

D'autre part, le 14 décembre 2007 la SARL S endosse l'autre billet à ordre de 700 000 euros au profit de la SARL I en contrepartie d'un compte courant ouvert dans les comptes de cette dernière société et crédité de cette somme.

Le 27 décembre 2007, le compte courant créditeur de la SARL S est incorporé au capital de la SARL I.

Le 30 octobre 2008, la SARL I réduit son capital par diminution de la valeur nominale de ses titres. Lors de cette opération, la SARL S constate une perte exceptionnelle de 654 083 euros. La SARL I procède ensuite au rachat de ses propres titres auprès de la SARL S qui constate alors une perte complémentaire. La SARL S constate à ce titre une perte de 682 894 euros.

Ainsi à la clôture de l'exercice le 31 décembre 2008, la SARL S constate une perte globale de 1 382 194 euros ayant pour origine les conséquences de la circulation dans ses comptes des deux billets à ordre émis par la SA X. La société S étant membre d'une intégration fiscale dont la société intégrante est la SELARL H et associés, cette dernière société intégrera sur le plan fiscal le déficit de 1 480 759 euros pour la détermination du résultat d'ensemble du groupe intégré pour l'exercice clos en 2008 et qui sera de ce fait déficitaire.

L'administration a rejeté la déduction de ces deux pertes en application de la procédure de l'abus de droit fiscal. L'administration a en effet estimé que la SARL S a participé à l'augmentation de capital et a accordé un prêt en utilisant deux billets à ordre présentant un caractère fictif dans leurs émissions et dans leurs endossements. La société conteste les redressements ainsi effectués et souligne l'intérêt que représentait l'investissement dans la SARL I si le projet de cette dernière avait pu voir le jour.

Après avoir entendu ensemble M. H ainsi que les conseils de la société et le représentant de l'administration, le Comité relève que la SARL S ne pouvait ignorer qu'en souscrivant à l'augmentation de capital de la SARL I elle permettait l'activation de la clause de retour à meilleure fortune dont cette dernière était débitrice.

Le Comité observe que la réduction de capital par annulation des titres de la SARL I, qui s'en est suivie, a été motivée par l'apurement de la perte générée par l'activation de la clause de retour à meilleure fortune.

Le Comité relève également que le prêt accordé dans des conditions anormales à la SCI P avait pour objet de permettre à cette dernière société de souscrire également au capital de la SARL I et que cette souscription avait pour même effet de permettre l'activation de la clause de retour à meilleure fortune.

Il note qu'il n'a été apporté aucune justification de la réalité de l'opération économique servant de support à l'émission des billets à ordre ou à leur endossement de sorte qu'ils présentent un caractère fictif à chaque étape de leur utilisation. Il en va ainsi du billet à ordre d'un montant de 700 000 euros remis par la SARL S à la SCI P et que celle-ci endossera au profit de la SARL I en contrepartie d'une créance portée au crédit du compte courant ouvert en son nom avant que ce compte courant créditeur soit incorporé au capital de la SARL I. Il en va de même du second billet à ordre détenu par la SARL S et endossé au profit de la SARL I.

Le Comité estime qu'en l'absence de tout réel apport de fonds, ces opérations ont eu pour but exclusivement fiscal de générer une perte fiscale déductible.

Le Comité émet donc 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.

Le Comité estime en outre que la SARL S doit être regardée comme la principale bénéficiaire au sens du b) de l'article 1729 du code général des impôts du montage ainsi mis en œuvre. Il émet donc l'avis que l'administration est fondée à appliquer la majoration de 80 % prévue par ces dispositions.

➤ **Affaire n° 2013-42 concernant la SARL L**

L'administration a identifié un montage complexe réalisé par M. H faisant intervenir des sociétés qu'il contrôle directement ou indirectement et reposant sur une succession d'opérations qui ont permis à l'intéressé de conserver à son profit la trésorerie de la SCI A ayant fait l'objet d'une acquisition dans les conditions décrites ci-après. Cette trésorerie devait permettre d'acquitter l'impôt sur les sociétés dont cette société aurait été redevable à la clôture de l'exercice à raison des plus-values réalisées, préalablement à son acquisition, lors de la cession du seul immeuble qu'elle détenait et qui seront complètement effacées à l'issue des opérations effectuées dans le cadre de ce montage.

La SARL I, qui est au centre des opérations constitutives de ce montage, a été créée en 1998 et exerçait une activité de conception de logiciels et de sites internet. Après avoir tenté de développer un site internet interactif, son activité ayant été très déficitaire, elle a bénéficié en 2004 d'un abandon de créances, d'un montant de 5 508 000 euros, consenti par deux conventions par ses deux associés. Son associé majoritaire, détenant 90 % de son capital, a ainsi abandonné ainsi une créance de 5 388 000 euros. Cet abandon de créance était assorti d'une clause de retour à meilleure fortune. La SARL I a cessé son activité en 2005 et n'a plus de salariés.

La SARL I est cédée pour 2 500 euros, d'une part, à la SA X, qui acquiert 10 % du capital de cette société et, en outre, pour 7 671 euros, la totalité de la créance abandonnée en 2004 et, d'autre part, à la SA Y, qui acquiert les 90 % restants du capital. Ces deux sociétés sont établies au Luxembourg. La SA X a pour actionnaires deux sociétés établies dans les Iles vierges britanniques.

La SARL L a participé aux opérations de la SARL I selon les modalités suivantes

L'acquisition de la SCI A par la SARL I est intervenue en 2007.

Le 12 novembre 2007 les opérations suivantes sont effectuées :

- la SARL I rachète pour 800 euros à la SNC V, société contrôlée par M. H, les titres de la SCI A, société soumise à l'impôt sur les sociétés. Au moment de ce rachat, la SCI A n'a plus d'activité et a cédé le seul immeuble qu'elle détenait. Lors de la cession de cet immeuble, elle avait réalisé une plus-value faisant apparaître un bénéfice comptable de 1 971 086 euros auquel est attaché un impôt sur les sociétés au taux de 33,33 % s'élevant potentiellement à 657 029 euros. Par ailleurs, la SCI A, qui disposait d'une trésorerie de 1 700 000 euros, avait, avant son acquisition par la SARL, versé à la SNC V des acomptes sur dividendes ;

- la SARL I absorbe la SCI A par confusion de patrimoine avec effet rétroactif au plan fiscal au 1^{er} janvier 2007.

Le 10 décembre 2007 la SA X émet quatre billets à ordre à échéance du 11 mars 2008 au bénéfice de la SA Y, pour un montant global de 2 100 000 euros. A la suite d'une chaîne d'endossement ayant lieu entre le 11 et le 14 décembre 2007 et faisant intervenir trois sociétés contrôlées directement ou indirectement par M. H, ces billets à ordre sont endossés au profit de la SARL I. Au terme de ces opérations, l'arrivée des billets à ordre au bilan de cette SARL se traduit par le débit du compte client et le crédit de comptes courants ouverts au bénéfice de ces sociétés.

Le 27 décembre 2007, ces comptes courants sont incorporés au capital de la SARL dans le cadre d'une augmentation de capital s'élevant à 2 100 000 euros. Le compte de résultat n'est pas impacté par ces opérations. Les billets à ordre feront tous l'objet d'un endossement final au profit de la SA X qui les annulera.

L'administration a relevé que, le 27 décembre 2007, à l'issue de ces opérations comptables, qui n'ont donné lieu à aucun flux de trésorerie, les capitaux propres de la SARL I

s'établissaient à 2 032 297 euros tandis que le résultat comptable provisoire s'élevait à 1 965 654 euros.

La SARL I a estimé qu'en présence de capitaux propres reconstitués et d'un résultat comptable positif, les conditions étaient réunies pour que joue la clause de retour à meilleure fortune. Dès lors, par l'exercice de la seconde option prévue par les conventions d'abandon de créances, est apparue une dette à l'égard de la SA X, passée en charge exceptionnelle, de 1 910 195 euros. Toutefois la SARL I dégage, à la clôture de l'exercice le 31 décembre 2007, une perte comptable de 3 884 920 euros compte tenu de la dotation d'une provision pour complément de clause de retour à meilleure fortune au titre de la première option s'élevant à 1 974 958 euros.

Au terme de l'ensemble de ces opérations effectuées entre le 12 novembre et le 31 décembre 2007, le résultat, constitué par la plus-value réalisée par la SCI A, a été totalement effacé dans les écritures de la SARL I tandis que la trésorerie de la SCI qui devait servir au paiement de l'impôt sur les sociétés était acquise aux sociétés appartenant à M. H. Le résultat fiscal réalisé par cette SARL s'élève à 61 124 euros compte tenu de la réintégration extracomptable, d'une part, du résultat de la SCI A et, d'autre part, de la dotation de la provision mentionnée ci-dessus sur lequel sera imputé le déficit reportable de 76 228 euros.

La participation de la SARL L à cette opération d'ensemble est intervenue à un double titre.

D'une part, le 11 décembre 2007, elle a endossé, pour un montant de 350 000 euros chacun, deux des quatre billets à ordre.

Le 14 décembre 2007 la SARL L endosse ces deux billets à ordre au profit de la SARL I en contrepartie d'un compte courant ouvert dans les comptes de cette dernière société et crédité de cette somme.

Le 27 décembre 2007, le compte courant créditeur de la SARL L est incorporé au capital de la SARL I.

Le 30 octobre 2008, la SARL I réduit son capital par diminution de la valeur nominale de ses titres. Lors de cette opération, la SARL L constate une perte exceptionnelle de 654 083 euros. La SARL I procède ensuite au rachat de ses propres titres auprès de la SARL L qui constate alors une perte complémentaire. A la clôture de l'exercice le 30 juin 2009, la SARL L constate à ce titre une perte de 682 894 euros. Lors de l'exercice suivant clos le 30 juin 2010, la SARL L constate une perte de 900 euros correspondant à la valeur comptable des titres de la SARL I à la suite de la réduction du capital de cette société à zéro euro.

D'autre part, le 13 février 2009, un contrat est signé entre la SARL L et la SCI R par lequel la première prête 287 500 euros à la seconde. Le contrat de prêt a été conclu aux conditions suivantes : le prêt est accordé sur une période de 99 ans et est consenti sans le versement d'intérêt tandis que le remboursement du capital intervient au choix de l'emprunteur selon ses capacités contributives. Il est prévu qu'en cas de demande de remboursement du prêt, la SCI R pourra s'y opposer et incorporer sa dette à son capital social sans que le prêteur puisse s'y opposer. Le règlement de ce prêt se traduit le même jour par l'émission d'un billet à ordre qui permettra à la SCI R de participer le 20 février 2009 par voie d'endossement à une augmentation de capital de la SARL I. Ce billet à ordre sera à nouveau endossé le 27 février suivant au profit de la SCI R.

Le 18 février 2009, la SARL L cède la créance de 287 500 euros qu'elle détient sur la SCI R pour 19 500 euros à M. C et constate ainsi à la clôture de l'exercice le 30 juin 2009 une perte de 268 000 euros.

L'administration a rejeté la déduction de ces pertes en application de la procédure de l'abus de droit fiscal. L'administration a en effet estimé que la SARL L a participé à l'augmentation de

capital et a accordé un prêt en utilisant des billets à ordre présentant un caractère fictif dans leurs émissions et dans leurs endossements.

La société conteste les redressements ainsi effectués et souligne l'intérêt que représentait l'investissement dans la SARL Isi le projet de cette dernière avait pu voir le jour.

Après avoir entendu ensemble M. H ainsi que les conseils de la société et le représentant de l'administration, Comité relève que la SARL L ne pouvait ignorer qu'en souscrivant à l'augmentation de capital de la SARL I elle permettait l'activation de la clause de retour à meilleure à fortune dont cette dernière était débitrice.

Le Comité observe que la réduction de capital par annulation des titres de la SARL I, qui s'en est suivie, a été motivée par l'apurement de la perte générée par l'activation de la clause de retour à meilleure fortune.

Le Comité relève également que le prêt accordé dans des conditions anormales à la SCI Ravait pour objet de permettre à cette dernière de souscrire également au capital de la SARL I, et que cette souscription aurait pour même effet de permettre l'activation de la clause de retour à meilleure fortune.

Il note qu'il n'a été apporté aucune justification de la réalité de l'opération économique servant de support à l'émission des billets à ordre ou à leur endossement de sorte qu'ils présentent un caractère fictif à chaque étape de leur utilisation. Il en va ainsi des deux billets à ordre d'un montant de 350 000 euros endossés par la SARL L et que la SARL I endossera à son profit en contrepartie d'une créance portée au crédit du compte courant ouvert en son nom avant que ce compte courant créditeur soit incorporé au capital de la SARL I. Il en va de même du billet à ordre émis par la SARL L permettant à la SCI R de participer par voie d'endossement à une augmentation de capital de la SARL I.

Le Comité estime qu'en l'absence de tout réel apport de fonds, ces opérations ont eu pour but exclusivement fiscal de générer une perte fiscale déductible.

Au surplus le Comité note que le prêt de 287 500 euros consenti par la SARL L à la SCI R sans intérêt et pour une durée de 99 ans présente un caractère fictif. La cession de cette créance détenue par la SARL L intervenue cinq jours après la conclusion du prêt pour 19 500 euros, prix que l'acquéreur n'a pas acquitté dans les conditions contractuelles prévues, et alors que, six jours seulement après la cession, intervenue un mois plus tard, par son acquéreur de cette créance à la société dont il était le gérant, cette créance a fait l'objet d'un remboursement pour une somme de 282 500 euros, soit le nominal diminué de 5 000 euros, montre également la fictivité de cette cession et le caractère artificiel de la perte qui en a été la conséquence.

Le Comité émet donc 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.

Le Comité estime en outre que la SARL L doit être regardée comme la principale bénéficiaire au sens du b) de l'article 1729 du code général des impôts du montage ainsi mis en œuvre. Il émet donc l'avis que l'administration est fondée à appliquer la majoration de 80 % prévue par ces dispositions.

e) Dissimulation d'un financement en capital sous l'apparence d'un prêt

➤ **Affaire n° 2013-44 concernant la SAS S**

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, révélait 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.