

BULLETIN OFFICIEL DES IMPÔTS

N° 43 DU 22 AVRIL 2010

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES

13 L-4-10

INSTRUCTION DU 12 AVRIL 2010

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

SEANCE N° 1 DE L'ANNEE 2010

(LPF art. L. 64)

NOR : BCR Z 10 00034 J

Bureau JF-2B

PRESENTATION

Dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du LPF, le litige peut être soumis, à la demande du contribuable ou de l'administration, à l'avis du comité de l'abus de droit fiscal.

Les avis rendus par le comité de l'abus de droit fiscal font l'objet d'un rapport annuel adressé au Ministre par le Président du comité et qui est reproduit sous la forme d'un BOI.

Afin d'assurer une information plus complète et plus rapide, les avis rendus par ce comité sont également publiés.

La position qu'entend adopter l'administration sur chacun des dossiers soumis à l'avis du comité est indiquée à titre informatif.

Il est rappelé que lorsque l'administration ne se conforme pas à l'avis du comité, il lui appartient d'apporter la preuve du bien-fondé de la rectification.

Le présent BOI porte sur l'avis rendu au cours de la première séance de l'année 2010.

Le Chef du Service juridique de la fiscalité

Jean-Pierre LIEB

- 1 -

22 avril 2010

3 507043 P - C.P. n° 817 A.D. du 7-1-1975

B.O.I.

Version imprimée: I.S.S.N. 0982 801 X

Direction générale des finances publiques

Version en ligne : I.S.S.N. 2105 2425

Directeur de publication : Philippe PARINI

Responsable de rédaction : Toussaint CENDRIER

Impression : S.D.N.C.

Rédaction : ENT-CNDT

82, rue du Maréchal Lyautey – BP 3045 – 78103 Saint-Germain-en-Laye cedex

17, Bd du Mont d'Est – 93192 Noisy-le-Grand cedex

Séance n° 1 du 10 février 2010

1. Affaire n° 2009-15 concernant M. R.

« Au cours du second trimestre 2001, le groupe S, par l'intermédiaire de ses filiales F et I, a engagé des négociations avec Z qui ont abouti, par contrat signé le 17 décembre 2001, à la cession de trois actifs détenus par sa filiale I, pour un montant total de 44,2 M€, à savoir :

- 5.500 actions, soit l'intégralité du capital de la société de gestion de parking X, dirigée depuis 1998 par M. R., pour un montant de 20,6 M€ ;
- 750.000 actions, soit l'intégralité du capital de la société V exerçant l'activité de syndic de copropriété, pour un montant de 9,1 M€ ;
- un ensemble de bureaux situés en Ile-de-France pour un montant de 14,5 M€, acquis par la société M1.

Les parties ont décidé que cette acquisition serait réalisée par la société holding SAS E, constituée le 28 mars 2002 à la suite de la transformation en société par actions simplifiée de la société anonyme M2, filiale de la société C.

Le 18 mars 2002, deux promesses d'achat et de cession d'actions sont conclues entre la société C (le promettant) et M. R. (le bénéficiaire), président de la société X. Il y est indiqué :

- que le promettant et le bénéficiaire ont souhaité réaliser ensemble une opération d'acquisition portant sur certains actifs de la société I ;
- que, pour des raisons de confidentialité, le promettant a signé seul, le 17 décembre 2001, le contrat d'acquisition avec I, et qu'ils ont alors décidé que l'acquisition serait réalisée par la société E ;
- qu'afin de respecter l'intention initiale des parties, la société C s'engage à céder à M. R. 1.040 des 2.500 actions composant le capital de la société E au prix de 15,24 € par action.

Le 28 mars 2002, la société E a procédé à deux augmentations de capital pour un montant global de 514.800 € par création de :

- 28.845 actions nouvelles au prix unitaire de 160 € correspondant à un nominal de 16 € et à une prime d'émission de 144 € ;
- 3.330 actions nouvelles à bons de souscription d'actions pour un prix unitaire de 176 €, correspondant à un nominal de 16 € et à une prime d'émission de 160 €.

Le même jour la société C a souscrit l'intégralité de ces actions, cependant que M. R. était nommé membre unique du directoire de E et membre du conseil de surveillance de la société V. Il est chargé de réaliser les acquisitions.

Le 26 juillet 2002, C cède à M. R. :

- 1.040 actions prévues par la promesse d'achat, au prix convenu par les parties de 15,24 € par action ;
- 3.330 actions nouvelles à bons de souscription d'actions au prix unitaire de 16 €, pour une valeur unitaire d'émission de 176 €.

M. R. a inscrit la totalité de ces titres sur son plan d'épargne en actions (PEA) ouvert le 20 décembre 2001.

Le 31 juillet 2002, les sociétés E et I signent un protocole d'accord qui, conformément à la procédure de révision de prix prévue par les dispositions du contrat d'acquisition du 17 décembre 2001 et de la convention de garantie signée au jour de la réalisation de l'acquisition, le 28 mars 2002, prévoit une réduction définitive du prix de 3.251.968 €.

Le 12 décembre 2002, M. R. inscrit 174 nouvelles actions sur son PEA qu'il a acquises au prix unitaire de 160 €.

Le montant total des acquisitions s'élève ainsi à 96.970 € pour un montant de plafond du PEA alors fixé à 120.000 €.

Le 15 octobre 2004, M. R. cède les titres de la société E inscrits à son PEA soit 1.214 actions pour un montant de 3.213.603 € et 3.330 actions nouvelles à bons de souscription d'actions pour un montant de 8.282.117 €, soit un montant global de cession de 11.495.720 €. En application des dispositions du 5 bis de l'article 157 du code général des impôts, le contribuable n'a pas pris en compte pour la détermination de son revenu net global la plus-value de 11.399.000 € réalisée lors de la cession de ces titres.

L'administration a considéré que le prix d'acquisition des titres de la société E par M. R. était manifestement sous-évalué en considération de celui auquel C les avait souscrits trois mois plus tôt et que les valeurs de convenance qu'il avait ainsi obtenues avaient comme seul objectif de lui permettre d'apporter les titres en cause sur son PEA pour un montant total de 96 970 €, tout en respectant formellement le plafond maximal de versement fixé, en 2002, à 120.000 €. L'administration a estimé, en retenant les valeurs de souscription, que le prix normal d'acquisition de ces titres s'élevait à 780.320 €. L'administration a donc remis en cause, dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal, l'exonération de la plus-value constatée en 2004 par M. R., estimant que le contribuable avait contourné abusivement les conditions de fonctionnement de ce plan et notamment la règle de plafonnement des versements à 120 000 €.

Elle considère, sur le fondement des documents sociaux et juridiques qu'elle invoque, que M. R. ne saurait valablement nier avoir été étroitement associé à la constitution de la société E. Elle observe en outre que le rapport d'audit de la société X, invoqué par M. R. pour justifier l'écart de prix de 90 % obtenu par le contribuable, a été contesté et que les analyses complémentaires entreprises ont abouti en définitive à une réduction de prix de moins de 10% sans commune mesure avec celle qui aurait résulté de ce rapport. Elle en conclut que ces éléments ne sont pas de nature à établir la juste appréciation de M. R. sur la valorisation de son investissement dans la société E.

Elle relève également que, le 12 décembre 2002, M. R. a acquis des titres de la société E au prix de 160 € correspondant à la valeur de souscription au profit de C. Sur ce dernier point, l'administration observe que cette valeur que M. R. a accepté de payer au 12 décembre rend peu plausible la nouvelle valorisation des titres de la société E proposée par le conseil du contribuable au 31 décembre 2002 pour un prix unitaire de 64,83 €.

M. R. expose qu'eu égard aux éléments qu'il produit établissant son absence d'implication dans l'opération et l'absence de prix minoré ou de valeur de convenance du prix des titres dont il a fait l'acquisition, l'abus de droit fiscal retenu par l'administration n'est constitué à aucun titre.

Après avoir entendu ensemble le contribuable et son conseil ainsi que les représentants de l'administration, le Comité a relevé :

- que les éléments évoqués par M. R. ne démontraient pas que le prix auquel il a acquis les titres de la société E était conforme au prix de marché ; qu'en particulier, la réduction de prix proposée par le rapport d'audit ne suffit pas à expliquer l'écart de prix constaté par l'administration et, en toute hypothèse, n'a pas été intégralement retenue par les parties au terme de diligences complémentaires ; qu'en outre, en tant que membre unique du directoire de la société E depuis mars 2002, M. R. n'a émis aucune contestation sur le prix définitif d'acquisition des actifs retenu par l'ensemble des parties cinq jours après qu'il a acquis ses propres titres pour un prix très inférieur à la valeur de souscription par C ;

- qu'au contraire, l'existence d'une minoration de prix est confirmée notamment d'une part par un prix unitaire acquitté par M. R. en juillet 2002 sensiblement inférieur à toutes les valeurs acquittées ou estimées au titre de l'exercice 2002, d'autre part par un ajustement du prix des actifs admis par toutes les parties conduisant à une réduction sans commune mesure avec l'écart constaté entre la souscription et l'acquisition des titres et enfin par l'acquisition des titres pour leur valeur nominale, regardant ainsi comme nulle la prime d'émission pour les 3300 actions nouvelles à bons de souscription d'actions, sans prise en compte d'aucun droit sur des réserves ou sur des plus-values latentes ;

- qu'un faisceau d'indices précis et concordants permet de considérer que M. R. disposait, à tout le moins lors de l'acquisition en juillet 2002 des 1.040 actions et des 3.330 actions nouvelles à bons de souscription d'actions, d'une connaissance suffisante de l'opération ;

- que, si le contribuable a, en exécution de la promesse en date du 18 mars 2002, acquis les 1.040 actions prévues par cette promesse au prix convenu par les parties de 15,24 € par action, la prise en compte à son véritable prix de la seule opération d'acquisition des 3.330 actions nouvelles achetées par M. R., alors dirigeant de la société E, au prix de 16 € dont il ne pouvait ignorer, compte tenu de ses responsabilités, qu'il était de convenance, et pour laquelle, contrairement à ce que le contribuable a indiqué lors de la séance du Comité, aucune promesse d'achat ou de vente n'avait été signée, a pour effet de faire passer le PEA au dessus du plafond maximal de versement fixé, en 2002, à 120 000 €;

Au vu des éléments ainsi portés à sa connaissance, le Comité a considéré que la cession des titres de la société E a été réalisée pour une valeur de convenance, permettant ainsi à M. R. de les loger dans son PEA dans le but d'exonérer la plus-value future, et qu'elle traduit ainsi 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 a émis l'avis que l'administration était fondée à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

Enfin, le Comité estime que M. R. étant l'unique acquéreur auprès de C des titres de la société E dont la cession ultérieure est à l'origine de la plus-value exonérée, il doit être regardé comme ayant eu, en décidant de placer ces titres sur son PEA, l'initiative principale de l'acte constitutif de l'abus de droit ou, à tout le moins, 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. »

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