

# BULLETIN OFFICIEL DES IMPÔTS

N° 9 DU 3 FEVRIER 2011

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES

## 13 L-1-11

INSTRUCTION DU 24 JANVIER 2011

AVIS RENDUS PAR LE COMITE DE L'ABUS DE DROIT FISCAL  
SEANCES N<sup>OS</sup> 5 et 6 DE L'ANNEE 2010

(LPF art. L. 64)

NOR : BCR Z 11 00006 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 les avis rendus au cours des cinquième et sixième séances de l'année 2010.

Le Chef du Service juridique de la fiscalité

Jean-Pierre LIEB

- 1 -

3 février 2011

3 507009 - 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 : CDFiP

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° 5 du 25 novembre 2010****1. Affaire n° 2010-11 concernant Monsieur M.**

« M. M. a constitué, le 29 novembre 2004, avec son neveu, une association syndicale libre (ASL) ayant pour objet la réalisation d'une opération de restauration complète d'un immeuble classé monument historique et appartenant à la commune de Sens (Yonne). Les statuts de l'ASL fixant précisément son fonctionnement et désignant M. M. comme président ont été approuvés. La préfecture de la Gironde a délivré le 21 décembre 2004 le récépissé de la déclaration de constitution de l'ASL. Le 7 mai 2005, la création de l'ASL a été publiée au Journal officiel de la République française.

La commune a, par actes notariés du 27 décembre 2004, vendu la totalité des lots de cet immeuble à M. M., à l'exception de deux lots vendus à son neveu et d'un lot dont elle a conservé la propriété.

L'assemblée générale de l'ASL avait approuvé le 15 décembre 2004 un budget prévisionnel de rénovation de l'immeuble de 1 224 510 euros. Ce budget a été arrêté avec le concours d'un architecte des monuments historiques et d'une société, assistant technique, à partir d'un devis détaillé et chiffré en date du 14 décembre 2004 établi par une entreprise renommée, spécialisée dans la restauration de monuments historiques. Le procès verbal de l'assemblée générale précise que l'ASL procédera à un appel de fonds visant à couvrir un minimum de 60 % du montant des travaux budgétisés sans assortir de justifications le taux ainsi retenu.

Après la réalisation de la vente partielle de l'immeuble, devenu une copropriété, M. M. a versé le 28 décembre 2004 à l'ASL une somme de 734 706 euros au titre de sa participation aux appels de fonds pour la restauration de cet immeuble. Son neveu n'a effectué aucun versement. Cette somme représente 60% du coût total du chantier s'élevant à 1 224 510 euros. Les travaux sont engagés par l'entreprise en janvier 2006 pour une durée prévisible du chantier de 55 semaines. L'ASL avait versé le 10 novembre 2005 une somme de 295 946 euros représentant un acompte de 30% des seuls travaux s'élevant à 986 485 euros hors études et honoraires.

Le 25 novembre 2005, M. M. achète les deux lots de son neveu. Le 10 décembre 2005, M. M. et son neveu créent une SCI au capital de 1 000 euros dont ils détiennent respectivement 90 % et 10 % du capital. Le 19 décembre 2005, à la suite d'un nouveau découpage des lots de l'immeuble, M. M. cède à la SCI deux des nouveaux lots.

M. M. a déduit de son revenu global de l'année 2004, en application des dispositions du 3° du I de l'article 156 du code général des impôts relatives aux déficits fonciers afférents aux monuments historiques, un déficit foncier de 801 769 euros, dont 734 706 euros correspondent au versement effectué le 28 décembre 2004 à l'ASL.

L'administration a, à l'issue d'un contrôle, considéré que l'interposition de l'ASL, dont M. M. maîtrisait seul le processus décisionnel, répondait à un but fiscal réservé à son bénéfice exclusif en rendant possible le versement de la somme de 734 706 euros dès 2004 alors qu'aucune autre motivation ne justifiait la création d'une telle association n'ayant, de surcroît, pas fonctionné conformément à ses statuts.

Elle a notamment estimé qu'en versant dès 2004 la somme de 734 706 euros à l'ASL, M. M. avait exclusivement cherché à réduire de façon significative ses revenus imposables de l'année 2004 au cours de laquelle il avait réalisé un gain exceptionnel de 887 682 euros. L'administration a procédé à un examen du profil de ses revenus annuels et en a déduit l'existence d'une corrélation entre ce gain exceptionnel et la provision pour travaux déduite dès 2004.

L'administration a également estimé que, compte tenu des conditions de fonctionnement de l'ASL, la participation du neveu de M. M. à la création de l'ASL permettait uniquement de satisfaire à la condition du nombre minimal de personnes nécessaire à la constitution d'une telle association. Elle a notamment relevé que ce neveu n'avait pas répondu aux appels de fonds de l'ASL en 2004 et 2005, et qu'il s'était désengagé du projet en cédant ses deux lots à son oncle et en ayant une participation symbolique (10 %) dans la SCI propriétaire de deux nouveaux lots cédés par ce dernier.

L'administration en a conclu que, dès 2004, la constitution de l'ASL ne s'inscrivait pas dans le cadre d'une opération collective de restauration d'un immeuble mais visait à favoriser les intérêts personnels de M. M. dans un but exclusivement fiscal. Elle a mis en œuvre la procédure de répression des abus de droit.

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

- que la création de l'ASL ne présentait pas un caractère fictif et que cette association n'était pas dépourvue de toute substance ;

- que cette création ne répondait pas à un but exclusivement fiscal dans la mesure où elle permettait la réalisation du projet privé de restauration de l'immeuble sans y associer la collectivité territoriale copropriétaire, dont les contraintes de gestion et le processus décisionnel sont tels qu'ils auraient fait obstacle à la bonne fin du projet, à tout le moins dans des délais compatibles avec une mise en location rapide des biens conformément à l'objectif poursuivi ;

- que les sommes avaient été versées en 2004 à partir d'un budget global de travaux conforme (et même inférieur) aux sommes effectivement payées au terme du chantier qui sera mené à terme avec le concours de l'architecte des monuments historiques ;

- que ces sommes ne constituaient en 2004 qu'un apport qui sera effectivement utilisé pour le financement global des travaux, lesquels ont été réalisés dans un délai conforme aux usages, compte tenu des spécificités d'un chantier réalisé sur un immeuble classé monument historique et au surplus, en 2005, des exigences imprévues des services chargés de délivrer l'autorisation au regard des règles de l'urbanisme, exigences qui ont, avant l'engagement des travaux, rendu nécessaire une modification substantielle de la division de l'immeuble ;

- que la commune avait un intérêt financier à céder la propriété de la majeure partie de l'immeuble dès 2004 et qu'elle avait un intérêt évident à ce que, sans qu'elle y soit partie, les travaux puissent être effectivement réalisés dans le délai le plus bref possible, ce qui a permis dès cette date l'engagement par M. M. du projet conduit par l'ASL de restauration de ce monument historique de sorte que, dès 2004, toutes les conditions juridiques étaient réunies pour que la réalisation de ce projet incombait de façon irrévocable à M. M., qui a investi dans un immeuble classé monument historique conformément aux objectifs recherchés par le législateur au travers des dispositions du 3° du I de l'article 156 du code général des impôts.

En conséquence, le Comité a, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, émis l'avis que l'administration n'était pas fondée à mettre en œuvre la procédure de répression des abus de droit prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales. »

**Nota : L'administration a décidé de ne pas se ranger à l'avis émis par le Comité.**

**En effet, elle estime :**

- en premier lieu, que l'ASL est, au 31/12/2004, fictive dès lors notamment que sa création a été publiée au JO le 7 mai 2005, qu'elle n'a pas fonctionné conformément à ses statuts et que l'un de ses deux membres, pour lequel il est avéré à cette date que les revenus déclarés ne lui permettaient pas d'assumer le coût de l'opération, s'est retiré dès novembre 2005 de l'ASL et n'a pas contribué financièrement aux travaux avant la notification adressée en décembre 2007 à l'autre membre de l'ASL ;

- en deuxième lieu, que la création de l'ASL sur les lots détenus par M. M. et son neveu n'a nullement fait disparaître la copropriété avec la commune (propriétaire du rez-de-chaussée) et que la simplification alléguée à cet égard pour justifier la création de l'ASL par un motif autre que fiscal, est inopérante ;

- en troisième lieu, que ce sous-ensemble « ASL » ainsi artificiellement créé au sein de la copropriété et que M. M. dirige, dans les faits, seul, recherchait un contournement des règles normales qui s'imposent aux syndicats de copropriétés en matière de financement des travaux immobiliers, notamment en lui permettant de se faire en 2004 un appel de fonds « à lui-même » dans son intérêt fiscal exclusif, aucun justificatif n'ayant pu être présenté pour justifier de la nécessité d'effectuer un versement de 60 % du coût total de l'opération (travaux + honoraires divers) dès le 28 décembre 2004. La réalisation réelle à compter de 2006 de la restauration du bâtiment classé monument historique, n'est pas de nature à modifier l'analyse portée sur la fictivité de l'ASL et l'intérêt fiscal exclusif des opérations réalisées par son intermédiaire en 2004.

## **2. Affaire n° 2010-10 concernant la société A.**

« La société A a acquis au cours des exercices clos en 2002, 2003 et 2004 des titres des sociétés C et T pour un prix global de 14 120 040 euros.

La société A, qui a entendu se prévaloir du régime des sociétés mères prévu aux articles 145, 146 et 216 du code général des impôts, a pris l'engagement formel, alors exigé par l'article 54 de l'annexe II à ce code, de conserver les titres acquis pendant une durée minimale de deux ans.

En 2002, la société A a perçu un montant global de dividendes de 12 952 320 euros en provenance de ses deux filiales.

Les 25 juin 2004 et 28 décembre 2004, la société A a reçu des distributions de dividendes provenant de la société T pour un montant de 150 000 euros et de la société C pour un montant de 1 556 512,65 euros.

Ces distributions ont ainsi été placées sous le régime des sociétés mères et ont par suite été retranchées du bénéfice net total de la société A à concurrence de la somme de 1 621 187 euros correspondant à la somme totale perçue sous déduction d'une quote-part de frais et charges de 5%.

Au cours de l'exercice 2004, la société A a cédé les titres des deux filiales pour un prix global de 483 000 euros, réparti à hauteur de 120 000 euros pour les titres de la société T et 363 000 euros pour les titres de la SA C. Ces cessions ont dégagé une moins-value globale de 13 637 040 euros.

Cependant, les distributions antérieures effectuées par les deux sociétés avaient entraîné la dépréciation des titres et donc la constitution d'une provision pour dépréciation par la société A, provision déduite de son résultat fiscal au taux de droit commun pour un montant de 11 592 484,70 euros.

Compte tenu de la reprise totale de cette provision, la perte rattachée à l'exercice 2004 par la société A s'est élevée à 2 044 255 euros.

L'administration a constaté qu'à la date d'acquisition des titres, les sociétés C et T ne détenaient plus aucun actif corporel ou incorporel, n'exerçaient plus aucune activité économique mais disposaient de liquidités importantes. Elle a estimé que sous le couvert d'une acquisition de titres de ces deux sociétés suivie de la distribution importante de dividendes par celles-ci, la société A avait en fait réalisé une opération qui, dans son ensemble dissimulait une réalité économique et financière différente. Elle a relevé, d'une part, que la société A n'ignorait pas que, lors de l'acquisition des titres des sociétés T et C, celles-ci n'avaient plus d'activité économique, de sorte que ces acquisitions ne présentaient aucun intérêt économique et que l'objectif poursuivi par la société avait été uniquement de rechercher l'exonération des dividendes en utilisant à cette fin et de manière abusive le régime des sociétés mères ce qui lui a permis d'éviter la soumission à l'impôt sur les sociétés de la somme de 1 621 187 euros. Elle a constaté d'autre part, que les distributions avaient été suivies de la cession des titres sur l'exercice 2004 dégagant ainsi une moins-value déductible de son résultat et ayant concouru à la formation d'un déficit fiscal reportable au 31 décembre 2004. Elle en a déduit que l'acquisition des titres des deux sociétés C et T, ne correspondait à aucune réalité économique mais visait exclusivement à l'obtention d'un avantage fiscal au travers d'une situation artificiellement créée.

L'administration a donc mis en œuvre la procédure de répression des abus de droit et a ainsi refusé, sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, l'application du régime des sociétés mères et filiales ce qui s'est traduit par une rectification du résultat de la société A de la somme de 1 621 187 euros au titre de l'exercice clos le 31 décembre 2004.

Après avoir entendu ensemble les représentants de la société et de l'administration fiscale, le Comité a relevé :

- que la société A avait souscrit l'engagement de garder les titres des sociétés C et T pendant deux ans afin de bénéficier du régime des sociétés mères ;
- que les sociétés C et T, dont les réserves ont été distribuées, étaient vidées de toute substance et n'avaient plus d'activité opérationnelle ;

Par suite, le Comité a déduit de l'ensemble des éléments ainsi portés à sa connaissance, que dans le cadre des opérations successives décrites ci-dessus et formant un tout indissociable, la société A avait souscrit l'engagement formel de conservation des titres pendant une durée de deux ans dans le but exclusif d'atténuer ses charges fiscales grâce à une application littérale des dispositions fiscales relatives au régime des sociétés mères à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur lorsqu'il a adopté ce régime lequel permet, afin d'éviter une double imposition, de ne pas soumettre à l'impôt sur les sociétés dû par la société mère, sous déduction d'une quote-part de frais et charges de 5%, les dividendes qu'elle a reçus de ses filiales, mais suppose une poursuite effective de l'activité des filiales.

En conséquence, le Comité a émis l'avis que l'administration était fondée à mettre en œuvre la procédure de répression des abus de droit prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales dans sa rédaction applicable au litige.

Enfin, le Comité estime que la société A 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. »

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

**Séance n° 6 du 7 décembre 2010****3. Affaire n° 2010-12 concernant la société X France Holding.**

« 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 décidé de créer au Danemark une société holding au niveau européen, la société X Europe Holdings, pour gérer et coordonner les opérations de ses différentes filiales.

Dans ce cadre, la société X Inc. lui a apporté en décembre 2003 les titres de sa filiale française 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 la société 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.

Le 21 décembre 2004, la société X France Holding procède à une nouvelle distribution exceptionnelle d'un montant de 277 millions d'euros.

L'administration a considéré que ces opérations étaient constitutives, sur le fondement de l'article L 64 du livre des procédures fiscales, de deux abus de droit distincts.

Le premier abus de droit est fondé sur la fraude à la loi. 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 révélaient, compte tenu notamment des conditions de remboursement des ORA, un montage purement artificiel ayant eu 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 globalement à plus de 38,5 millions d'euros au titre des exercices clos respectivement en 2004, 2005, 2006 et 2007.

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 ne 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 de droit américain 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'opérations d'endettement réel.

Le second abus de droit est fondé sur la fictivité. L'administration a estimé que l'interposition de la société danoise X Europe Holdings avait eu pour seule finalité d'éviter l'application de la retenue à la source sur la distribution exceptionnelle de dividendes effectuée le 21 décembre 2004 par la société X France Holding alors que cette retenue aurait été due si ces dividendes avaient été versés directement à la société X Inc.

L'administration a, au vu des renseignements obtenus dans le cadre de la procédure d'assistance administrative avec l'administration fiscale danoise, considéré que, si elle existait formellement et si ses organes sociaux se réunissaient effectivement, la société danoise devait être regardée comme fictive dès lors qu'elle était dépourvue de substance en l'absence d'activité réelle et de personnel. Elle a noté que cette société était gérée par une tierce personne et que son chiffre d'affaires ainsi que son résultat opérationnel étaient nuls. Elle a ainsi estimé que l'absence de substance de la société danoise mettait à elle seule en évidence le fait que le transfert des titres des sociétés européennes du groupe X était purement formel et ne correspondait à aucune réorganisation fonctionnelle au sein des différentes entités du groupe mais servait uniquement les intérêts particuliers de son associé unique.

L'administration a constaté par ailleurs que la création de la société danoise était intervenue après la signature d'un protocole additionnel à la convention entre le Danemark et les Etats-Unis d'où il résulte qu'aucune retenue à la source n'est due au titre des dividendes versés à des sociétés américaines détenant au moins 80 % des droits de la société danoise distributrice.

L'administration a ainsi soumis la distribution opérée en décembre 2004 à la retenue à la source.

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.

➤ **S'agissant de l'abus de droit en matière d'impôt sur les sociétés :**

- 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 obligations remboursables en actions 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 dans l'actionariat, 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.

En conséquence, le Comité émet l'avis que l'administration est fondée à mettre en œuvre, pour les propositions de rectifications adressées au titre des exercices clos en 2004 et 2005, la procédure de répression des abus de droit prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales dans sa rédaction antérieure à la loi de finances rectificative pour 2008 et, pour les propositions de rectifications adressées au titre des exercices clos en 2006 et 2007, la procédure d'abus de droit prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

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.

➤ **S'agissant de l'abus de droit en matière de retenue à la source :**

- la création de la société danoise X Europe Holdings s'inscrit dans le cadre de la politique de la société mère de droit américain, X Inc., de disposer d'une société holding au niveau européen ayant pour objet de gérer les filiales du groupe dans plus de 20 pays ;

- la société danoise détient directement et indirectement plus de 140 filiales réparties dans 20 pays ;

- l'installation de cette société holding au Danemark résulte d'une décision de la société X Inc. ;

- la société danoise est une société holding qui fonctionne conformément à son objet.

Par suite, le Comité estime que les éléments portés à sa connaissance ne permettent pas de considérer que la société X Europe Holdings est dépourvue de substance et devrait ainsi être regardée comme fictive.

En conséquence, le Comité émet l'avis que l'administration n'est pas fondée à mettre en œuvre la procédure de répression des abus de droit prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales dans sa rédaction antérieure à la loi de finances rectificative pour 2008. »

**Nota : l'administration a pris note de l'avis favorable de Comité en matière d'impôt sur les sociétés. S'agissant de l'abus de droit en matière de retenue à la source, l'administration s'est rangée à l'avis émis par le Comité.**

#### 4. **Affaire n° 2010-13 concernant la SAS Z France Holdings.**

« A la fin de l'année 2002, le groupe américain Z a réorganisé son groupe au niveau européen. Il a ainsi créé deux sociétés holdings au Luxembourg : la société Z Luxembourg SNC qui détient l'intégralité des parts de la société Z Luxembourg Holdings SARL. Outre son activité de holding, la société Z Luxembourg SNC gère la trésorerie d'une vingtaine de sociétés européennes du groupe Z.

Après avoir créé ces deux sociétés luxembourgeoises, la société mère Z Corporation a transféré, le 2 février 2003, l'intégralité des titres qu'elle détenait de la société Z France Holdings à la société Z Luxembourg Holdings SARL.

A la suite de ces opérations, la société Z France holdings a procédé à trois opérations de réduction de capital par rachat de ses propres titres les 2 juin 2003, 9 juillet 2004 et 14 novembre 2005, pour une valeur respective de 110, 147 et 150 millions d'euros.

La première opération de rachat de ses titres opérée par la société Z France holdings a été financée dans un premier temps par son actionnaire unique, la société Z Luxembourg Holdings SARL, par une avance en compte courant rémunérée au taux de 4,5%. Le 26 mai 2004, la société Z France Holdings a souscrit auprès de la société Z Luxembourg SNC un prêt participatif de 111 812 164 d'euros environ. Le montant de ce prêt correspond en grande partie au solde du compte courant de la société Z Luxembourg Holdings SARL.

Ce prêt participatif, dont le remboursement du capital et des intérêts est fixé en 2012, est rémunéré à la fois par un intérêt fixe de 1% et une part variable fixée à 80 % des bénéfices consolidés de la société Z France Holdings. Par ailleurs, le contrat de prêt stipule que le montant de cet intérêt composé est plafonné à 50 % des cash flow consolidés de la société Z France Holdings, que le taux de cet intérêt composé ne peut excéder 6 % par an et que les intérêts ainsi dus sont capitalisés au nominal.

Les deux autres opérations de rachat de ses propres titres par la société Z France Holdings ont été financées pour une majeure partie sur sa trésorerie et ont été suivies de deux avenants au contrat de prêt participatif ayant conduit à une augmentation du montant de ce prêt à hauteur de 50 millions d'euros le 9 août 2004 et de 80 millions d'euros le 19 décembre 2005.

L'administration a estimé que ces trois opérations de réduction du capital parallèlement à la signature d'un contrat de prêt participatif et de deux avenants à ce contrat, qui n'ont fait intervenir aucun tiers au groupe, ne répondaient à aucune logique d'arbitrage entre fonds propres et endettement, dès lors que l'article L. 313-4 du code monétaire et financier assimile les prêts participatifs à des quasi fonds propres pour l'appréciation de la situation financière des entreprises et n'aboutissaient, compte tenu des conditions de rémunération de ce prêt, qu'à une présentation comptable provisoirement différente du bilan de la société Z France Holdings, dont le seul effet était de permettre à cette société la déduction fiscale d'intérêts qui, en l'absence de ce montage purement artificiel, prendraient nécessairement la forme de dividendes non déductibles.

L'administration a relevé que ces opérations avaient eu pour effet de réduire le résultat fiscal de la société Z France Holdings dans un but exclusivement fiscal et que ces mêmes intérêts n'avaient pas été soumis effectivement à l'impôt, ni au Luxembourg, ni au niveau de la société mère du groupe Z sise aux Etats-Unis.

Estimant que ce montage caractérisait une fraude à la loi, elle a en conséquence remis en cause sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, la déduction des intérêts dus au titre de ce prêt participatif pendant les exercices clos en 2004 et 2005.

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

- les opérations de rachat par la société de ses propres titres et leur financement par un prêt participatif s'étaient bien traduites par des mouvements financiers et non par de simples jeux d'écritures comptables. En effet, la société Z France Holdings a effectivement payé le rachat de ses propres titres à la société Z Luxembourg Holdings SARL pour partie grâce à ses excédents de trésorerie et a remboursé l'avance en compte courant initialement accordée par cette société pour financer le premier rachat de titres ;

- la souscription de ce prêt participatif en mai 2004 avait permis, ainsi qu'il vient d'être dit, le remboursement de l'avance en compte courant, et avait ainsi eu pour conséquence de substituer à cette avance, qui a la nature d'une dette à court terme, une dette à plus long terme, ce qui s'est traduit par une amélioration de la structure financière de la société ainsi que de ses capacités d'endettement ;

- le rachat de ses propres titres par la société Z France Holdings avait eu pour effet de réduire le montant de ses capitaux propres. En effet, ces trois réductions successives de son capital n'avaient pas été compensées par la souscription du contrat de prêt participatif et de ses avenants, qui ont eu pour conséquence d'augmenter son endettement, les prêts participatifs ayant la nature sur le plan juridique et comptable d'une dette devant être classée comme telle au passif du bilan et non parmi les fonds propres de la société.

Par suite, le Comité a estimé, au regard de l'ensemble des éléments ainsi portés à sa connaissance, que les décisions prises par la société Z France Holdings de rachat de ses titres et de souscription d'un prêt participatif, appréciées dans leur ensemble, n'étaient pas constitutives d'un montage purement artificiel effectué dans un but exclusivement fiscal allant 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.

En conséquence, et alors que, de manière surabondante, le prêt participatif a fait l'objet d'un remboursement anticipé en 2007, le Comité a émis l'avis que l'administration n'était pas fondée à mettre en œuvre la procédure de répression des abus de droit prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales dans sa rédaction antérieure à la loi de finances rectificative pour 2008. »

**Nota : l'administration s'est rangée à l'avis émis par le Comité.**