



Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

BULLETIN OFFICIEL DES IMPÔTS

N° 41 DU 9 MAI 2011

DIRECTION GENERALE DES FINANCES PUBLIQUES

13 L-3-11

INSTRUCTION DU 28 AVRIL 2011

RAPPORT DU COMITE DE L'ABUS DE DROIT FISCAL
ANNEE 2010

(LPF art L. 64)

NOR : BCR Z 11 00022 J

Bureau JF-2B

PRESENTATION

L'article L. 64 du Livre des procédures fiscales prévoit que les avis rendus par le Comité de l'abus de droit fiscal font l'objet d'un rapport annuel.

Le rapport adressé par le Président du Comité au Ministre, au titre de l'année 2010 est ainsi porté à la connaissance du public.

Le Chef du Service juridique de la fiscalité

Jean-Pierre LIEB

- 1 -

9 mai 2011

3 507041 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 : 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


MINISTÈRE DU BUDGET
DES COMPTES PUBLICS
DE LA FONCTION PUBLIQUE
ET DE LA RÉFORME DE L'ÉTAT

COMITE DE L'ABUS DE DROIT FISCAL

RAPPORT ANNUEL

2 0 1 0

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, M. Dominique DULIN ;
- M. Gilles ENTRAYGUES, avocat,
- suppléant, M. Patrick MICHAUD ;
- M. Jean-Pierre COSSIN, conseiller maître à la Cour des comptes,
- suppléante, Mme Catherine DEMIER¹ en remplacement de M. Denis MORIN
- 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.

¹ Mme Catherine DEMIER a été nommée par arrêté du Ministre du 9 avril 2010 (cf. BOI 13 M-1-10 du 26 avril 2010).

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,

« 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 ;

... ».

L'article 1653 C du code général des impôts prévoit que

« 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 en application de l'article 1653 E du code général des impôts.

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

En 2010, le Comité, saisi de 18 affaires, a examiné 14 dossiers au cours des six séances qu'il a tenues.

A - Nombre d'affaires reçues et d'avis rendus

TYPOLOGIE DES AFFAIRES (par impôt)	NOMBRE D'AFFAIRES		AVIS	
	Reçues en 2010	Traitées en 2010 ⁽¹⁾	Favorables ⁽³⁾	Défavorables ⁽⁴⁾
Droits d'enregistrement	6	5	2	3
Impôt sur le revenu	8	5	2	3
Impôt sur les sociétés	3	3	2	1
Impôt sur les sociétés et retenue à la source ⁽²⁾	1	1	1 (impôt sur les sociétés)	1 (retenue à la source)
TOTAL	18	14	7	8

- (1) Dont une affaire de l'année 2009. Cinq affaires restent en stock au 31 décembre 2010.
 (2) Un seul avis a été rendu concernant à la fois l'impôt sur les sociétés et la retenue à la source.
 (3) Favorables à la qualification d'abus de droit proposée par l'administration.
 (4) Défavorables à la qualification d'abus de droit proposée par l'administration.

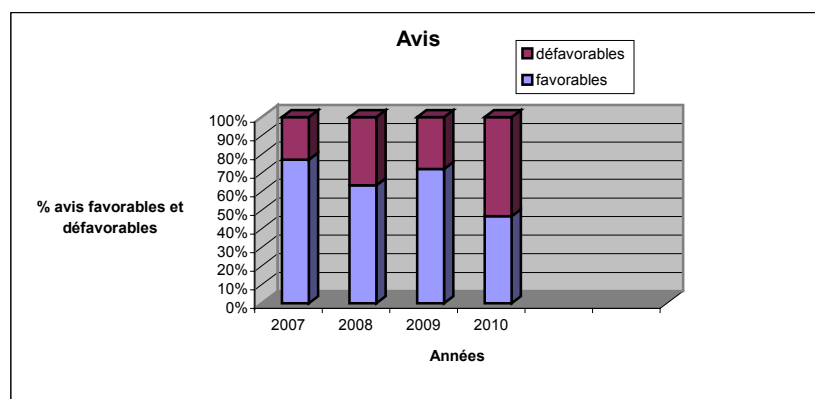
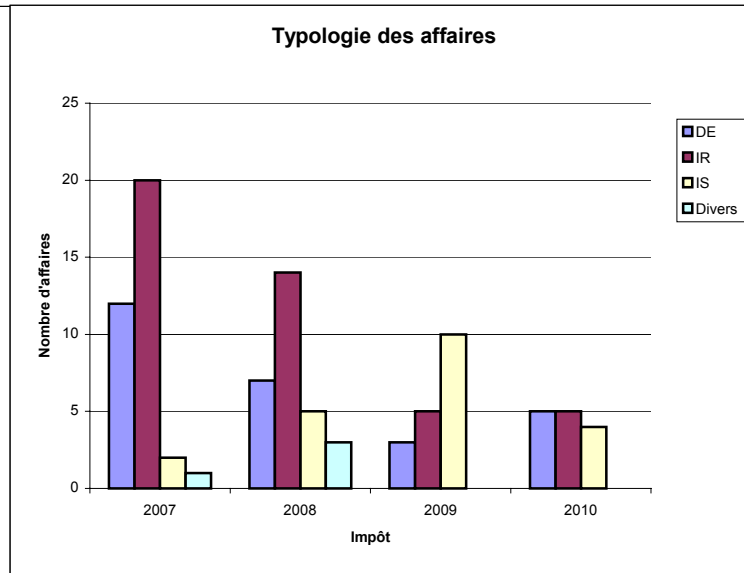
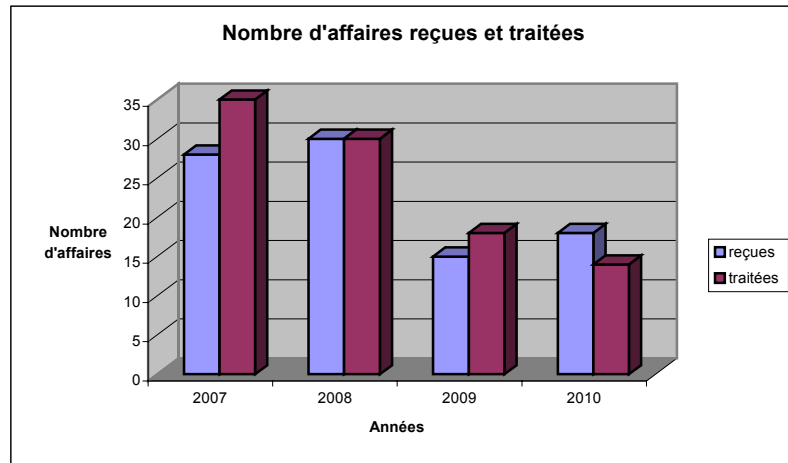
L'activité du Comité au cours de l'année 2010 est relativement stable par comparaison avec celle de l'année 2009 :

- 18 saisines (contre 15 en 2009) et 14 affaires examinées (contre 18 en 2009).

La typologie (par impôts) des affaires traitées par le Comité a toutefois sensiblement varié au cours des quatre dernières années.

Ainsi, la part des dossiers relatifs aux droits d'enregistrement et à l'impôt sur le revenu est en baisse jusqu'en 2009. En 2010, les dossiers se répartissent, à part presque égale, entre l'impôt sur les sociétés, l'impôt sur le revenu et les droits d'enregistrement.

Les graphiques ci-après retracent l'activité du Comité au cours des quatre dernières années, au regard du nombre d'affaires reçues et traitées, de la typologie par impôts des affaires examinées (*droits d'enregistrement, impôt sur le revenu, impôt sur les sociétés, divers*) et du sens des avis émis. Il est toutefois signalé qu'il ne peut être tiré de ces données chiffrées une tendance statistique, le Comité n'ayant pas eu à examiner un nombre suffisant d'affaires permettant de conclure à une orientation particulière.



B - Motifs des redressements

Le tableau ci-dessous porte sur les dossiers examinés par le Comité au cours de l'année 2010.

NATURE DE L'IMPOT	MOTIFS	Références des affaires
Droits d'enregistrement (5)	- Donations déguisées en vente	2010-07 ; 2010-04 ; 2010-05 ; 2010-06 ; 2010-09
Impôt sur le revenu (5)	<i>Plus-values mobilières</i> - Utilisation abusive d'un plan d'épargne en actions. <i>Revenus fonciers</i> - Contournement des dispositions de l'article 15-II du CGI. - Constitution d'une association syndicale libre dans le but de minorer des revenus fonciers.	2009-15 ; 2010-02 ; 2010-03 2010-01 2010-11
Impôt sur les sociétés (3)	- Revendication abusive des régimes des marchands de biens, des mères et filiales et de l'intégration fiscale dans le but d'éviter l'imposition des plus-values immobilières. - Placement sous le régime des sociétés mères et filiales d'une distribution par une société liquide venant d'être acquise. - Montage visant à permettre la déduction de charges d'intérêts d'un emprunt participatif.	2010-08 2010-10 2010-13
Impôt sur les sociétés et retenue à la source (1)	- Requalification de charges d'intérêts d'obligations remboursables en actions en distributions de dividendes.	2010-12

♦ **En matière de droit d'enregistrement**, l'ensemble des dossiers examinés concernait des donations déguisées en vente.

♦ **En matière d'impôt sur le revenu**, trois affaires sont relatives à des contournements des règles de fonctionnement du plan d'épargne en actions (PEA) dans le but d'exonérer les plus-values réalisées lors de la cession des titres qui y sont inscrits (2009-15 ; 2010-02 ; 2010-03).

En particulier, dans les affaires 2010-02 et 2010-03, l'administration a considéré que le prix d'acquisition des titres de la société D inscrits au PEA litigieux, l'avait été à une valeur de convenance, permettant ainsi aux contribuables de contourner abusivement les conditions de fonctionnement du PEA, en respectant formellement le plafond maximal de versement fixé par la loi et, par suite, d'exonérer les plus-values de cession desdits titres.

A l'appui de sa thèse l'administration, contestant l'évaluation des titres effectués par les contribuables, laquelle était conforme à une expertise réalisée par un cabinet d'expertise comptable et confirmée par une seconde expertise, toutes tenant compte d'une décote importante résultant d'une opération de « leverage buy out », a procédé à une nouvelle évaluation des titres.

Le Comité, dans ces affaires, a relevé, que le raisonnement de l'administration, se fondait sur l'exactitude de sa propre évaluation de la valeur unitaire du titre de la société D, effectuée sur la base d'un capital non dilué et qui, selon ses écritures mêmes, était justifiée par le faible niveau de risque de conversion des obligations à la date de la cession. Toutefois, il a également relevé que les investisseurs financiers pouvaient, potentiellement, convertir leurs obligations en actions de la société D, de sorte que cette circonstance relative à la portée du risque de dilution du capital de la société D devait être prise en compte dans le calcul de la valeur du titre.

Le Comité a dès lors considéré que l'administration n'avait pas démontré l'existence d'une minoration de prix, et donc celle d'un prix de convenance dont l'objet aurait été de permettre aux contribuables de contourner les règles de plafonnement des versements autorisés sur un PEA.

♦ **En matière d'impôt sur les sociétés**, le Comité a notamment examiné deux affaires d'apparence similaire, mais qui ont donné lieu à des avis contraires.

Dans la première affaire (2010-12), la société X a décidé de procéder à une distribution exceptionnelle de dividendes par prélèvement sur le poste « autres réserves », au profit de son nouvel actionnaire, la société Y.

Afin de financer cette distribution, les actionnaires de la société X ont souscrit à l'émission par la société d'obligations remboursables en actions (ORA) 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 et de ses filiales détenues à plus de 95 % avant impôts et intérêts dus au titre des ORA.

Les obligations détenues par la société Y sont cédées à la société Z en compensation de sa dette de même montant résultant de l'apport à titre onéreux par la société Z des titres de la société X. Un an plus tard, la société X procède à une nouvelle distribution exceptionnelle.

L'administration a estimé que 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 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 et procédé aux rappels d'impôt sur les sociétés en résultant.

Le Comité a confirmé l'abus de droit constatant :

- que la première distribution exceptionnelle et l'émission d'ORA n'avait généré aucun flux financier, mais donné lieu à de simples écritures comptables ;
- que la situation financière de la société X n'avait pas été modifiée par ces opérations ;
- que ces opérations caractérisaient la conversion d'une réserve en dettes, ne modifiant en rien l'actionnariat de la société, ni sa trésorerie.

Dans la seconde affaire (2010-13), la société X a procédé à trois réductions de capital par annulation de titres et souscrit un prêt participatif pour financer ces opérations. L'administration a remis en cause la déduction des intérêts d'emprunt relatifs au prêt participatif sur le fondement de l'abus de droit, estimant que les opérations en cause ne répondaient à aucune logique d'arbitrage entre fonds propres et endettement, mais à un but exclusivement fiscal.

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 traduites par des mouvements financiers et non de simples jeux d'écritures comptables ;

- du fait des opérations critiquées, la structure financière de la société s'était améliorée ainsi que ses capacités d'endettement ;

- le montant de ses capitaux propres avait diminué.

Le Comité a en conséquence émis l'avis que l'administration n'était pas fondée à mettre en œuvre la procédure visée à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

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

A - DROITS D'ENREGISTREMENT

• Donations déguisées en vente

1. Affaire 2010-07 concernant Monsieur S.

Par acte du 13 juillet 2004, Mme G. a cédé à M. S. un bien immobilier sis à M. moyennant un prix de 61 000 € converti pour moitié en obligation de soin et pour l'autre moitié en une rente viagère d'un montant mensuel de 320 €.

L'administration a estimé que cette cession dissimulait en réalité une donation et a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit prévue par les dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales afin de poursuivre le recouvrement des droits de mutation à titre gratuit.

Le Comité note tout d'abord que la crédièntière n'a pas encaissé le montant des arrérages que le débirentier prétend lui avoir remis au moyen de chèques qu'il déclare avoir lui-même retrouvés après son décès, tandis que, durant la même période, ce dernier a pour sa part encaissé plusieurs chèques remis par Mme G. pour un montant de 3 300 € sans que la cause de ces paiements soit connue.

Il estime, par ailleurs, que les éléments de fait de l'espèce ne sont pas de nature à caractériser l'exécution de l'obligation de soins stipulée au contrat, alors que M. S. n'apporte, au surplus, aucun élément propre à combattre les éléments présentés par l'administration.

Il en déduit que ces faits caractérisent l'intention libérale de Mme G. à l'égard de M. S..

En conséquence, le Comité émet, au vu des éléments portés à sa connaissance, l'avis que l'administration était, en l'espèce, 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. S. 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.

2. Affaire n° 2010-04 concernant Madame J. P.

Par acte du 19 mai 1998, M. M. a vendu à la société civile immobilière (SCI) X, dont il était associé à hauteur de 30 % des parts et dont les autres parts sont détenues par ses deux nièces et son neveu par alliance, la propriété d'un immeuble de rapport lui appartenant. Le prix de cession, fixé à 30 millions de francs, a été financé intégralement par un prêt in fine d'une durée de 15 ans, le capital étant intégralement remboursable à cette échéance.

En garantie de ce prêt, M. M. et les trois autres associés de la SCI se sont portés cautions solidaires, le premier à hauteur de l'intégralité du prêt, les seconds dans la limite de 1 million de francs chacun. Le prêt était en outre garanti par le nantissement au profit du prêteur de trois contrats d'assurance vie souscrits par M. M. au bénéfice de chacun des autres associés à hauteur de 10 millions de francs par contrat.

Le 5 juin 1998, M. M. a rédigé un testament olographe par lequel il léguait à chacun des trois autres associés un tiers de ses parts dans la SCI.

Après le décès de l'intéressé le 4 décembre 1999, Mme J. P. a déposé une déclaration de succession comprenant les parts reçues au titre de ce legs particulier, soit 39 650 F, ainsi que la somme de 755 456 F lui revenant au titre du contrat d'assurance-vie précité et une somme de 19 417 F au titre d'un autre contrat d'assurance vie et a acquitté les droits de mutation correspondants.

L'administration a estimé que l'ensemble de ces opérations dissimulait une transmission à titre gratuit de l'immeuble à ses nièces et à son neveu par alliance dans le cadre d'un montage ayant permis d'éviter, pour sa plus grande part, l'application des droits de mutation exigibles au taux de 60 % entre non-parents en vertu de l'article 777 du code général des impôts et reposant sur la constitution de la SCI X dans un but exclusivement fiscal, ainsi que sur la cession du 19 mai 1998 dénuée de tout intérêt économique pour le vendeur et dissimulant une donation. Elle a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal en vue de la liquidation des droits de mutation à titre gratuit sur le montant du prix de cession de l'immeuble.

Le Comité constate au préalable :

- qu'aux fins de garantie du paiement du capital emprunté, le prêteur a demandé le nantissement des contrats d'assurance vie souscrits par M. M., nantissement auquel les bénéficiaires acceptants ont consenti,
- que le décès de M. M. a entraîné l'exigibilité anticipée du prêt in fine et la mise en œuvre auprès de l'assureur de la sûreté prise sur les contrats d'assurance-vie.

Il relève toutefois que, par une convention du 8 juin 2001, les associés de la SCI et le prêteur ont mis en œuvre un accord antérieur permettant la prorogation jusqu'à son terme de ce prêt en échange de la constitution par les associés de la SCI d'une nouvelle garantie sous forme de souscription de contrats d'assurance-vie nantis à son profit.

Le Comité note qu'en exécution de cette convention, le prêteur a libéré les sommes réclamées à l'assureur en vertu du nantissement et les a restituées aux associés, bénéficiaires désignés par M. M. de ces contrats.

Il constate que cette convention a ainsi eu pour effet de faire entrer les sommes en cause dans le champ d'application des droits de mutation par décès en vertu des dispositions de l'article 757 B du code général des impôts dans leur rédaction applicable en la cause même si aucune déclaration complémentaire des sommes ainsi libérées n'a été déposée par les bénéficiaires.

Ainsi, appréhendé dans sa globalité, le montage juridique et financier mis en œuvre ne permettait de réaliser aucune économie d'impôt.

Cela dit, le Comité relève d'une part que la SCI X ne peut être qualifiée de fictive, ni être regardée comme ayant été constituée dans un but exclusivement fiscal dès lors qu'elle a fonctionné normalement, avant comme après le décès de M. M., et a répondu à l'objectif de ses fondateurs d'assurer la pérennité de la détention et de l'exploitation dans un cadre familial d'un immeuble de rapport d'une manière plus efficace que n'aurait pu le faire une indivision.

Le Comité constate d'autre part que la cession par M. M. de l'immeuble de rapport en cause à la société X a eu pour contrepartie l'entrée dans le patrimoine du vendeur d'une somme de 30 millions de francs ; qu'il importe peu à cet égard que le prix, financé par un emprunt in fine d'une durée de 15 ans de la société, ait été remployé par le vendeur dans la souscription de contrats d'assurance vie au bénéfice des autres associés de la société acquéreuse dès lors d'une part, que cette société avait une personnalité juridique et un patrimoine distincts de ceux de ses associés et, d'autre part, que chacun des patrimoines de la SCI et de M. M. a effectivement reçu, pour le premier, l'immeuble vendu, et pour le second, le prix de vente. Il en résulte que l'acte de cession ne peut être requalifié en donation.

Par suite, et au vu de cette double considération, 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.

3. Affaire n° 2010-05 concernant Monsieur G. P.

Par acte du 19 mai 1998, M. M. a vendu à la société civile immobilière (SCI) X, dont il était associé à hauteur de 30 % des parts et dont les autres parts sont détenues par ses deux nièces et son neveu par alliance, la propriété d'un immeuble de rapport lui appartenant. Le prix de cession, fixé à 30 millions de francs, a été financé intégralement par un prêt in fine d'une durée de 15 ans, le capital étant intégralement remboursable à cette échéance.

En garantie de ce prêt, M. M. et les trois autres associés de la SCI se sont portés cautions solidaires, le premier à hauteur de l'intégralité du prêt, les seconds dans la limite de 1 million de francs chacun. Le prêt était en outre garanti par le nantissement au profit du prêteur de trois contrats d'assurance vie souscrits par M. M. au bénéfice de chacun des autres associés à hauteur de 10 millions de francs par contrat.

Le 5 juin 1998 M. M. a rédigé un testament olographe par lequel il léguait à chacun des trois autres associés un tiers de ses parts dans la SCI.

Après le décès de l'intéressé le 4 décembre 1999, M. G. P. a déposé une déclaration de succession comprenant les parts reçues au titre de ce legs particulier, soit 39 650 F, ainsi que la somme de 755 456 F lui revenant au titre du contrat d'assurance-vie précité et une somme de 19 417 F au titre d'un autre contrat d'assurance vie et a acquitté les droits de mutation correspondants.

L'administration a estimé que l'ensemble de ces opérations dissimulait une transmission à titre gratuit de l'immeuble à ses nièces et à son neveu par alliance dans le cadre d'un montage ayant permis d'éviter, pour sa plus grande part, l'application des droits de mutation exigibles au taux de 60 % entre non-parents en vertu de l'article 777 du code général des impôts et reposant sur la constitution de la SCI X dans un but exclusivement fiscal ainsi que sur la cession du 19 mai 1998 dénuée de tout intérêt économique pour le vendeur et dissimulant une donation. Elle a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal en vue de la liquidation des droits de mutation à titre gratuit sur le montant du prix de cession de l'immeuble.

Le Comité constate au préalable :

- qu'aux fins de garantie du paiement du capital emprunté, le prêteur a demandé le nantissement des contrats d'assurance vie souscrits par M. M., nantissement auquel les bénéficiaires acceptants ont consenti,
- que le décès de M. M. a entraîné l'exigibilité anticipée du prêt in fine et la mise en œuvre auprès de l'assureur de la sûreté prise sur les contrats d'assurance-vie.

Il relève toutefois que, par une convention du 8 juin 2001, les associés de la SCI et le prêteur ont mis en œuvre un accord antérieur permettant la prorogation jusqu'à son terme de ce prêt en échange de la constitution par les associés de la SCI d'une nouvelle garantie sous forme de souscription de contrats d'assurance-vie nantis à son profit.

Le Comité note qu'en exécution de cette convention, le prêteur a libéré les sommes réclamées à l'assureur en vertu du nantissement et les a restituées aux associés, bénéficiaires désignés par M. M. de ces contrats.

Il constate que cette convention a ainsi eu pour effet de faire entrer les sommes en cause dans le champ d'application des droits de mutation par décès en vertu des dispositions de l'article 757 B du code général des impôts dans leur rédaction applicable en la cause même si aucune déclaration complémentaire des sommes ainsi libérées n'a été déposée par les bénéficiaires.

Ainsi, appréhendé dans sa globalité, le montage juridique et financier mis en œuvre ne permettait de réaliser aucune économie d'impôt.

Cela dit, le Comité relève d'une part que la SCI X ne peut être qualifiée de fictive, ni être regardée comme ayant été constituée dans un but exclusivement fiscal dès lors qu'elle a fonctionné normalement, avant comme après le décès de M. M., et a répondu à l'objectif de ses fondateurs d'assurer la pérennité de la détention et de l'exploitation dans un cadre familial d'un immeuble de rapport d'une manière plus efficace que n'aurait pu le faire une indivision.

Le Comité constate d'autre part que la cession par M. M. de l'immeuble de rapport en cause à la société X a eu pour contrepartie l'entrée dans le patrimoine du vendeur d'une somme de 30 millions de francs ; qu'il importe peu à cet égard que le prix, financé par un emprunt in fine d'une durée de 15 ans de la société, ait été remployé par le vendeur dans la souscription de contrats d'assurance vie au bénéfice des autres associés de la société acquéreuse dès lors d'une part, que cette société avait une personnalité juridique et un patrimoine distincts de ceux de ses associés et, d'autre part, que chacun des patrimoines de la SCI et de M. M. a effectivement reçu, pour le premier, l'immeuble vendu, et pour le second, le prix de vente. Il en résulte que l'acte de cession ne peut être requalifié en donation.

Par suite, et au vu de cette double considération, 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.

4. Affaire n° 2010-06 concernant Madame Y

Par acte du 19 mai 1998, M. M. a vendu à la société civile immobilière (SCI) X, dont il était associé à hauteur de 30 % des parts et dont les autres parts sont détenues par ses deux nièces et son neveu par alliance, la propriété d'un immeuble de rapport lui appartenant. Le prix de cession, fixé à 30 millions de francs, a été financé intégralement par un prêt in fine d'une durée de 15 ans, le capital étant intégralement remboursable à cette échéance.

En garantie de ce prêt, M. M. et les trois autres associés de la SCI se sont portés cautions solidaires, le premier à hauteur de l'intégralité du prêt, les seconds dans la limite de 1 million de francs chacun. Le prêt était en outre garanti par le nantissement au profit du prêteur de trois contrats d'assurance vie souscrits par M. M. au bénéfice de chacun des autres associés à hauteur de 10 millions de francs par contrat.

Le 5 juin 1998 M. M. a rédigé un testament olographe par lequel il léguait à chacun des trois autres associés un tiers de ses parts dans la SCI.

Après le décès de l'intéressé le 4 décembre 1999, Mme Y a déposé une déclaration de succession comprenant les parts reçues au titre de ce legs particulier, soit 39 650 F, ainsi que la somme de 755 456 F lui revenant au titre du contrat d'assurance-vie précité et une somme de 19 417 F au titre d'un autre contrat d'assurance vie et a acquitté les droits de mutation correspondants.

L'administration a estimé que l'ensemble de ces opérations dissimulait une transmission à titre gratuit de l'immeuble à ses nièces et à son neveu par alliance dans le cadre d'un montage ayant permis d'éviter, pour sa plus grande part, l'application des droits de mutation exigibles au taux de 60 % entre non-parents en vertu de l'article 777 du code général des impôts et reposant sur la constitution de la SCI X dans un but exclusivement fiscal ainsi que sur la cession du 19 mai 1998 dénuée de tout intérêt économique pour le vendeur et dissimulant une donation. Elle a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal en vue de la liquidation des droits de mutation à titre gratuit sur le montant du prix de cession de l'immeuble.

Le Comité constate au préalable :

- qu'aux fins de garantie du paiement du capital emprunté, le prêteur a demandé le nantissement des contrats d'assurance vie souscrits par M. M., nantissement auquel les bénéficiaires acceptants ont consenti,
- que le décès de M. M. a entraîné l'exigibilité anticipée du prêt in fine et la mise en œuvre auprès de l'assureur de la sûreté prise sur les contrats d'assurance-vie.

Il relève toutefois que, par une convention du 8 juin 2001, les associés de la SCI et le prêteur ont mis en œuvre un accord antérieur permettant la prorogation jusqu'à son terme de ce prêt en échange de la constitution par les associés de la SCI d'une nouvelle garantie sous forme de souscription de contrats d'assurance-vie nantis à son profit.

Le Comité note qu'en exécution de cette convention, le prêteur a libéré les sommes réclamées à l'assureur en vertu du nantissement et les a restituées aux associés, bénéficiaires désignés par M. M. de ces contrats.

Il constate que cette convention a ainsi eu pour effet de faire entrer les sommes en cause dans le champ d'application des droits de mutation par décès en vertu des dispositions de l'article 757 B du code général des impôts dans leur rédaction applicable en la cause même si aucune déclaration complémentaire des sommes ainsi libérées n'a été déposée par les bénéficiaires.

Ainsi, appréhendé dans sa globalité, le montage juridique et financier mis en œuvre ne permettait de réaliser aucune économie d'impôt.

Cela dit, le Comité relève d'une part que la SCI X ne peut être qualifiée de fictive, ni être regardée comme ayant été constituée dans un but exclusivement fiscal dès lors qu'elle a fonctionné normalement, avant comme après le décès de M. M., et a répondu à l'objectif de ses fondateurs d'assurer la pérennité de la détention et de l'exploitation dans un cadre familial d'un immeuble de rapport d'une manière plus efficace que n'aurait pu le faire une indivision.

Le Comité constate d'autre part que la cession par M. M. de l'immeuble de rapport en cause à la société X a eu pour contrepartie l'entrée dans le patrimoine du vendeur d'une somme de 30 millions de francs ; qu'il importe peu à cet égard que le prix, financé par un emprunt in fine d'une durée de 15 ans de la société, ait été remployé par le vendeur dans la souscription de contrats d'assurance vie au bénéfice des autres associés de la société acquéreuse dès lors d'une part, que cette société avait une personnalité juridique et un patrimoine distincts de ceux de ses associés et, d'autre part, que chacun des patrimoines de la SCI et de M. M. a effectivement reçu, pour le premier, l'immeuble vendu, et pour le second, le prix de vente. Il en résulte que l'acte de cession ne peut être requalifié en donation.

Par suite, et au vu de cette double considération, 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.

5. Affaire n° 2010-09 concernant Monsieur L. L.

Par acte du 20 novembre 2002, Mme G. a vendu à M. L. un immeuble lui appartenant à S., en se réservant un droit d'usage et d'habitation viager.

Le prix, fixé à 45 734,76 €, a été immédiatement converti en une obligation de soins à la charge du vendeur. Mme G. est décédée le 20 juillet 2003.

L'administration a estimé que l'obligation de soins prévue au contrat n'avait pas été exécutée et que la vente devait être requalifiée en donation. Elle a ainsi adressé le 29 octobre 2007 à M. L. une proposition de rectification dans le cadre de la procédure prévue à l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales.

Le Comité a entendu ensemble l'avocat de M. L. et le représentant de l'administration.

Il relève en premier lieu que, si M. L. a invoqué la prescription du droit de reprise de l'administration, il ne lui appartient pas d'émettre un avis sur cette question qui n'entre pas dans ses attributions et relève de la seule appréciation du juge de l'impôt.

Le Comité relève en second lieu que l'administration a procédé à une étude circonstanciée du train de vie de Mme G. dont il ressort que ses dépenses courantes s'établissaient en moyenne à environ 1 000 € sur les six premiers mois de 2003.

Il constate que M. L. n'a pu apporter aucune justification de paiements substantiels de ces dépenses courantes, alors que la contrepartie contractuelle à la prétendue vente, qui consistait pour lui non seulement à assister Mme G. dans sa vie quotidienne, mais également à payer ses dépenses de la vie courante, s'analysait en un bail à nourriture caractérisé par l'obligation contractée par l'acquéreur de subvenir entièrement à la vie et aux besoins de l'auteur de l'aliénation.

Il estime à cet égard que l'existence alléguée de cinq versements forfaitaires de 300 € par M. L. au cours de la période de 8 mois séparant la vente du décès de Mme G. est insuffisante à établir que M. L. a respecté ses obligations contractuelles.

Le Comité déduit de l'ensemble de ces éléments que sont établies l'absence de contrepartie réelle et sérieuse à la prétendue vente du 20 novembre 2002 et l'intention libérale de Mme G. à l'égard de M. L.

Par suite, et au vu des éléments portés à sa connaissance, le Comité émet l'avis que l'administration était, en l'espèce, fondée à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit prévue à l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales et à requalifier cette vente en donation.

Enfin, le Comité estime que M. L., qui a participé à l'acte constitutif de l'abus de droit, doit être regardé comme en étant 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.

B - IMPOTS DIRECTS

I – Impôt sur le revenu

- **Plus-values mobilières : utilisation abusive d'un plan d'épargne en actions**

6. 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'en 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.

7. Affaire n° 2010-02 concernant M. et Mme M.

Au cours du second semestre 1999, la société SAS V, dont M. M. était actionnaire à hauteur de 30 % du capital, a acquis 22,06 % du capital de la société D, pour une valeur unitaire des titres de 15,24 €. Le reste du capital de cette société a été acquis au même moment par des investisseurs financiers, pour le même prix unitaire.

Ce rachat s'inscrivait dans le cadre d'une opération de « leverage buy out » (LBO), dans laquelle étaient associés d'une part, les trois détenteurs du capital de la société V, ainsi que les investisseurs financiers ayant acquis 77,94 % du capital de la société D, réparti en 132 362 titres.

Ces mêmes investisseurs ont, de plus, financé l'opération en souscrivant des obligations convertibles en actions auprès de la société D, pour un montant de 10 564 779 €, représentant 404 084 obligations convertibles, dans des conditions prévues par un pacte d'actionnaires unissant les trois associés de la société V, dont M. M., et ces investisseurs.

Le 24 février 2003, la société V a cédé les titres qu'elle détenait dans la société D à ses associés. M. M. a, ainsi, acquis 6 569 titres, au prix unitaire de 16 €.

M. M. a inscrit 5 260 de ces titres sur le plan d'épargne en actions (PEA) dont il était titulaire et qui avait été ouvert le 2 février 1999.

Le 13 juillet 2004, l'ensemble des titres de la société D a été acquis par la société SA FD. Le prix de cession unitaire des titres vendus par M. M. a été fixé à 311,61 €, alors que le prix obtenu par les investisseurs financiers était de 271,41 €.

Au titre des années 2003 et 2004, M. M. exerçait les fonctions de directeur du développement dans la société V et de président de la société D.

En application des dispositions du 5 bis de l'article 157 du code général des impôts (CGI), le contribuable n'a pas pris en compte, pour la détermination du revenu net global de son foyer fiscal, la plus-value résultant de la cession des 5 260 titres de la société D qui avaient été inscrits sur son PEA.

L'administration a considéré que le prix d'acquisition des titres de la société D par M. M. était minoré et que ces titres avaient été acquis pour une valeur de convenance, qui avait été fixée dans le seul but de lui permettre d'apporter ces titres sur son PEA pour un montant de 84 160 €, en respectant ainsi formellement le plafond maximal de versement fixé, en 2004, à 132 000 €.

L'administration a estimé que le prix normal d'acquisition de ces titres s'élevait à une valeur unitaire de 70 €. Elle a donc remis en cause, en appliquant au redressement la procédure de l'abus de droit fiscal, l'exonération de la plus-value réalisée en 2004 à raison de la vente des 5 260 titres de la société D au motif que le contribuable avait contourné abusivement les conditions de fonctionnement du PEA et notamment la règle de plafonnement des versements.

Après avoir entendu ensemble le contribuable et son conseil ainsi que les représentants de l'administration, le Comité constate que la valeur de cession de 16 € à laquelle M. M. avait acquis les actions de la société D en février 2003 était conforme à une expertise réalisée en janvier 2003 pour la société V par un cabinet d'expertise comptable, dont les résultats ont été corroborés par une seconde expertise, réalisée en janvier 2007 par un autre cabinet comptable. Il relève que cette valeur était identique à la valeur des titres cédés par la société V à des tiers, en octobre et décembre 2002.

Le Comité relève en outre que si l'administration soutient qu'il est incohérent que la valeur du titre de la société D n'ait augmenté que de 5% entre octobre 1999 et février 2003, alors que ces titres ont été revendus en juillet 2004 pour une valeur vingt fois supérieure à la valeur d'acquisition, M. M. justifie de cette augmentation par le fait que la société D avait éliminé, au moment de la revente des titres, un foyer de pertes en cédant une société acquise en 2000 et qui était en grande difficulté économique, par la très forte augmentation du résultat d'exploitation de la société D précédant la cession ainsi que par l'augmentation sensible de la valeur des multiplicateurs utilisés pour la valorisation des sociétés non cotées entre 2003 et 2004 et, enfin, par la décote importante pratiquée lors de la valorisation du titre en 2003 et qui n'avait plus lieu de s'appliquer lors de la sortie de l'opération de LBO.

Le Comité constate aussi que, selon l'administration, les estimations proposées par le contribuable sont inexactes dans la mesure où seule l'hypothèse d'un capital constitué par les 132 362 titres existant à la date du 24 février 2003 pouvait être valablement retenue, et non celle d'un capital constitué de 536 446 titres, dès lors que la conversion des obligations en actions, totale ou partielle, bien qu'intéressante économiquement, était devenue juridiquement impossible à la date de la cession par application des accords contractuels limitant le droit à conversion des investisseurs dès que le taux de rendement interne dépassait 15 %. Mais le Comité relève, d'une part, que le raisonnement de l'administration se fonde sur l'exactitude sur la base d'un capital non dilué de sa propre évaluation de la valeur unitaire du titre de la société D et qui, selon ses écritures mêmes, est justifiée par le faible niveau de risque de conversion des obligations à la date de la cession, et, d'autre part, que, compte tenu également des explications développées en séance par M. M., les investisseurs financiers pouvaient, potentiellement, convertir leurs obligations en actions de la société D, de sorte que cette circonstance relative à la portée du risque de dilution du capital de la société D doit être prise en compte dans le calcul de la valeur du titre.

Il résulte de tout ce qui précède que l'existence alléguée d'une minoration de prix et, donc, celle d'un prix de convenance dont l'objet aurait été de permettre au contribuable de contourner les règles de plafonnement des versements autorisés sur un PEA, ne peut être regardée comme établie.

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.

8. Affaire n° 2010-03 concernant M. et Mme G.

Au cours du second semestre 1999, la société SAS V, dont Mme G. était actionnaire à hauteur de 40 % du capital, a acquis 22,06 % du capital de la société D, pour une valeur unitaire des titres de 15,24 €. Le reste du capital de cette société a été acquis au même moment par des investisseurs financiers, pour le même prix unitaire.

Ce rachat s'inscrivait dans le cadre d'une opération de « leverage buy out » (LBO), dans laquelle étaient associés d'une part, les trois détenteurs du capital de la société V, ainsi que les investisseurs financiers ayant acquis 77,94 % du capital de la société D, réparti en 132 362 titres.

Ces mêmes investisseurs ont, de plus, financé l'opération en souscrivant des obligations convertibles en actions auprès de la société D, pour un montant de 10 564 779 €, représentant 404 084 obligations convertibles, dans des conditions prévues par un pacte d'actionnaires unissant les trois associés de la société V, dont Mme G., et ces investisseurs.

Le 24 février 2003, la société V a cédé les titres qu'elle détenait dans la société D à ses associés. Mme G. a, ainsi, acquis 8 759 titres, au prix unitaire de 16 €.

Mme G. a inscrit 8 650 de ces titres sur le plan d'épargne en actions (PEA) dont elle était titulaire et qui avait été ouvert en 1996.

Le 13 juillet 2004, l'ensemble des titres de la société D a été acquis par la société SA FD. Le prix de cession unitaire des titres vendus par Mme G. a été fixé à 311,61 €, alors que le prix obtenu par les investisseurs financiers était de 271,41 €.

Au titre des années 2003 et 2004, le mari de Mme G. exerçait les fonctions de gérant de la SAS V et de directeur général de la société D.

En application des dispositions du 5 bis de l'article 157 du code général des impôts (CGI), le contribuable n'a pas pris en compte, pour la détermination du revenu net global de son foyer fiscal, la plus-value résultant de la cession des 8 650 titres de la société D qui avaient été inscrits sur son PEA.

L'administration a considéré que le prix d'acquisition des titres de la société D par Mme G. était minoré et que ces titres avaient été acquis pour une valeur de convenance, qui avait été fixée dans le seul but de lui permettre d'apporter ces titres sur son PEA pour un montant de 131 999,41 €, en respectant ainsi formellement le plafond maximal de versement fixé, en 2004, à 132 000 €.

L'administration a estimé que le prix normal d'acquisition de ces titres s'élevait à une valeur unitaire de 70 €. Elle a donc remis en cause, en appliquant au redressement la procédure de l'abus de droit fiscal, l'exonération de la plus-value réalisée en 2004 à raison de la vente des 8 650 titres de la société D, au motif que la contribuable avait contourné abusivement les conditions de fonctionnement du PEA et notamment la règle de plafonnement des versements.

Après avoir entendu ensemble M. G. et son conseil ainsi que les représentants de l'administration, le Comité constate que la valeur de cession de 16 € à laquelle Mme G. avait acquis les actions de la société D en février 2003 était conforme à une expertise réalisée en janvier 2003 pour la société V par un cabinet d'expertise comptable, dont les résultats ont été corroborés par une seconde expertise, réalisée en janvier 2007 par un autre cabinet comptable. Il relève que cette valeur était identique à la valeur des titres cédés par la société V à des tiers, en octobre et décembre 2002.

Le Comité relève en outre que si l'administration soutient qu'il est incohérent que la valeur du titre de la société D n'ait augmenté que de 5% entre octobre 1999 et février 2003, alors que ces titres ont été revendus en juillet 2004 pour une valeur vingt fois supérieure à la valeur d'acquisition, Mme G. justifie de cette augmentation par le fait que la société D avait éliminé, au moment de la vente des titres, un foyer de pertes en cédant une société acquise en 2000 et qui était en grande difficulté économique, par la très forte augmentation du résultat d'exploitation de la société D précédant la cession ainsi que par l'augmentation sensible de la valeur des multiplicateurs utilisés pour la valorisation des sociétés non cotées entre 2003 et 2004 et, enfin, par la décote importante pratiquée lors de la valorisation du titre en 2003 et qui n'avait plus lieu de s'appliquer lors de la sortie de l'opération de LBO.

Le Comité constate aussi que, selon l'administration, les estimations proposées par la contribuable sont inexactes dans la mesure où seule l'hypothèse d'un capital constitué par les 132 362 titres existant à la date du 24 février 2003 pouvait être valablement retenue, et non celle d'un capital constitué de 536 446 titres, dès lors que la conversion des obligations en actions, totale ou partielle, bien qu'intéressante économiquement, était devenue juridiquement impossible à la date de la cession par application des accords contractuels limitant le droit à conversion des investisseurs dès que le taux de rendement interne dépassait 15 %. Mais le Comité relève, d'une part, que le raisonnement de l'administration se fonde sur l'exactitude sur la base d'un capital non dilué de sa propre évaluation de la valeur unitaire du titre de la société D et qui, selon ses écritures mêmes, est justifiée par le faible niveau de risque de conversion des obligations à la date de la cession, et, d'autre part, que, compte tenu également des explications développées en séance par M. G., les investisseurs financiers pouvaient, potentiellement, convertir leurs obligations en actions de la société D, de sorte que cette circonstance relative à la portée du risque de dilution du capital de la société D doit être prise en compte dans le calcul de la valeur du titre.

Il résulte de ce qui précède que l'existence alléguée d'une minoration de prix et, donc, celle d'un prix de convenance dont l'objet aurait été de permettre au contribuable de contourner les règles de plafonnement des versements autorisés sur un PEA, ne peut être regardée comme établie.

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.

• Revenus fonciers : contournement des dispositions de l'article 15 II du code général des impôts.

9. Affaire n° 2010-01 concernant M. et Mme Z.

M. et Mme Z. détenaient en 2006 la totalité des parts de la société civile immobilière (SCI) C créée en 1967. Cette société, dont M. Claude Z. était le gérant, a retiré en 2006, année d'imposition en litige, des revenus tirés de la location de deux immeubles à usage de bureaux et d'un immeuble à usage commercial donnés en location à des tiers. La société a également perçu des revenus à raison de la location, d'une part, à ses associés par un bail conclu le 13 août 2005 d'une propriété sise à Ra qu'elle a acquise le 1^{er} juillet 2005 et, d'autre part, à M. Z. par bail conclu le 31 août 2006 d'un appartement situé à A. La SCI C a entrepris dans ces deux derniers immeubles des travaux de rénovation et de remise en état pour des montants respectifs de 468 450 € et 46 886 €. Ces dépenses ont concouru à la formation d'un déficit foncier pour la société qui a été imputé sur les autres revenus fonciers réalisés par M. et Mme Z..

L'administration a remis en cause l'imputation du déficit déclaré par la SCI C dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal. Elle a estimé que les baux signés les 13 août 2005 et 31 août 2006 n'avaient eu d'autre but que de faire échec aux dispositions du II de l'article 15 du code général des impôts et de constituer un déficit susceptible de compenser totalement les bénéfices réalisés par les autres SCI dans lesquelles M. et Mme Z. détiennent des parts.

Après avoir entendu ensemble le représentant des contribuables ainsi que de l'administration fiscale, le Comité relève :

- qu'ainsi que l'administration l'a indiqué au cours de la séance sans être contredite, les seuls frais annuels de gestion et d'administration de ces deux immeubles sont de l'ordre de 32 000 € alors que les montants des loyers ont été fixés respectivement à 18 000 € et 3 600 € par an ;
- que la SCI ne pouvait ignorer le montant et l'importance des travaux devant être réalisés ;

- que, compte tenu de la disproportion manifeste entre le montant des charges et celui des recettes escomptées, l'opération à laquelle la société s'est livrée est structurellement déficitaire et ne trouve sa justification que par l'intérêt fiscal pour ses associés de pouvoir imputer le déficit foncier sur les revenus fonciers qu'ils réalisaient par ailleurs ;

- que la situation familiale invoquée par les époux Z., tirée du risque d'éviction de Mme Z. de sa résidence principale en cas de décès de son époux, ne pouvait justifier la conclusion du bail pour la propriété sise à Ra, dans la mesure où Mme Z. détenait 82 % des parts de cette SCI en nue propriété, l'usufruit étant détenu par son époux.

Par suite, le Comité déduit de l'ensemble de ces éléments que les baux conclus entre la SCI C et ses associés ont eu pour seul objectif de faire échec aux dispositions du II de l'article 15 du code général des impôts en permettant l'imputation et le report de déficits fonciers sur les autres revenus des époux Z. relevant de la catégorie des revenus fonciers.

En conséquence, 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 les époux Z. doivent être regardés comme ayant eu l'initiative principale des actes constitutifs de l'abus de droit et, en outre, 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.

• Constitution d'une association syndicale libre dans le but de minorer des revenus fonciers.

10. Affaire n° 2010-11 concernant M. 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 incombe 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.

II – Impôt sur les sociétés

• Revendication abusive des régimes des marchands de biens, des mères et filiales et de l'intégration fiscale dans le but d'éviter l'imposition des plus-values immobilières.

11. Affaire n° 2010-08 concernant la SAS T

M. L, domicilié en Suisse, détenait les titres de la société X, dénommée « X », créée en 2002. Cette société détenait les titres de la société française Y, dénommée « Y », également créée en 2002. La société française détenait la totalité des parts de trois sociétés civiles immobilières (SCI) et d'une société en nom collectif (SNC), toutes situées à la même adresse, et ayant pris comme dénomination sociale l'adresse du seul immeuble que chacune d'entre elles possédait à son actif. Ces trois SCI et la SNC ont opté pour l'assujettissement à l'impôt sur les sociétés et formaient un groupe intégré avec la société Y, tête de groupe.

Au cours du mois de décembre 2005, trois sociétés ont été créées :

- M. L. a créé le 23 décembre 2005 une nouvelle société luxembourgeoise « PL », holding du groupe et qui sera détenue à compter du 26 décembre suivant par la société luxembourgeoise A ;
- le 15 décembre avait été créée la société luxembourgeoise SARL T qui sera détenue par la nouvelle holding mentionnée ci-dessus ;
- le 19 décembre 2005 la société par actions simplifiées (SAS) de droit français T est créée et déclarée comme marchand de biens. Elle est détenue par la société luxembourgeoise SARL T.

Le 23 décembre 2005, la SAS T a acquis, pour un prix de 13 150 362 €, les titres de la société française « Y ». Les titres ont été inscrits en comptabilité dans les stocks de la SAS T.

A compter du 1^{er} janvier 2006, la SAS T s'est constituée nouvelle tête du groupe fiscal intégré formé par elle-même, la société Y, les trois sociétés immobilières et la société en nom collectif.

En mars 2006, les trois SCI et la SNC ont cédé leurs immeubles à quatre sociétés luxembourgeoises, constituées sous les mêmes dénominations sociales et appartenant au même groupe international. Elles ont réalisé à cette occasion une plus-value globale de 15 614 229 € et constaté une dette d'impôt à l'égard de la SAS T.

Le 25 septembre 2006, les sociétés qui détenaient les immeubles ont réalisé, après la vente desdits immeubles, des distributions de dividendes pour un montant global de 5 980 014 € au profit de la société Y (associée à 99,90 % de leur capital) et de 5 986 € au profit de la SAS T (associée à 0,10 % de leur capital).

Le 25 octobre 2006, la société Y a procédé à son tour à une distribution de dividendes de 5 370 000 € au profit de sa société mère, la SAS T.

Ces distributions ont été effectuées en franchise d'impôt, les sociétés s'étant placées sous le régime des sociétés mères et filiales prévu aux articles 145 et 216 du code général des impôts et sous celui de l'intégration fiscale.

A la clôture de son exercice le 31 décembre 2006, la SAS T a comptabilisé une provision pour dépréciation des titres de la société Y détenus en stock (régime des marchands de biens) depuis le 23 décembre 2005. Cette provision, immédiatement déductible à hauteur de 12 915 729 €, a concouru à la formation d'un déficit fiscal propre de 13 248 894 € qui va s'imputer, pour la détermination du résultat d'ensemble du groupe fiscal intégré, sur les résultats bénéficiaires déclarés par les quatre sociétés qui détenaient les immeubles et s'élevant à 14 464 831 €.

L'impôt constaté par les quatre filiales n'a donc pas été payé au Trésor Public par la SAS T, alors que la charge a concouru à la justification de la dépréciation de titres Y par cette société.

L'administration a considéré que le groupe avait élaboré un montage artificiel, consistant dans l'interposition de la SAS T déclarée comme marchand de biens et l'utilisation combinée de régimes de faveur (régimes des sociétés mères et de l'intégration), dans le but exclusivement fiscal d'éviter l'imposition résultant des plus-values de cession des quatre immeubles, qui aurait été normalement exigible en l'absence de montage.

Mettant en œuvre la procédure de l'abus de droit prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, l'administration a, par la proposition de rectification du 12 février 2009, refusé à la SAS T la déduction de la provision pour dépréciation des titres de la société Y dans le cadre du régime de marchand de biens, ainsi que la déduction de la quote-part de frais et charges relatives aux distributions reçues dans le cadre des régimes de groupe et des sociétés mères.

Au vu des éléments portés à sa connaissance, le Comité relève :

- que la SAS T a certes déclaré avoir pour objet social l'activité de marchand de biens mais que, depuis sa création en 2005, elle n'a réalisé aucune opération d'achat et de vente, à titre habituel, d'immeubles ou de titres de sociétés immobilières de nature à caractériser l'exercice effectif d'une telle activité ;
- que la SAS T s'est placée avec les trois SCI et la SNC sous le régime de l'intégration fiscale en vue de compenser les bénéfices et les pertes des sociétés intégrées, tout en évitant la neutralisation des provisions sur les titres des filiales du groupe, alors que cette neutralisation a été voulue par le législateur pour assurer l'équilibre de ce régime ;
- qu'à supposer même que la nécessité de refinancement alléguée par la SAS T soit établie, elle n'impliquait pas le recours à l'activité de marchand de biens.

Le Comité déduit de l'ensemble de ces éléments qu'en se constituant en qualité de marchand de biens sans exercer réellement cette activité, et en procédant à la distribution du bénéfice réalisé par sa filiale sur l'exercice même de sa réalisation, la SAS T n'a recherché que l'intérêt fiscal lié à l'inscription des titres de la société Y dans ses stocks pour pouvoir ensuite les déprécier par voie de provision déductible dans les conditions de droit commun, et se créer ainsi un déficit venant s'imputer sur les bénéfices des quatre sociétés qui ont vendu les immeubles dans le cadre de la détermination du résultat d'ensemble du groupe fiscal intégré.

En conséquence, le Comité émet l'avis que les opérations constituent dans leur ensemble un abus de droit et que l'administration était fondée à mettre en œuvre la procédure prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

Enfin, le Comité estime que la SAS T 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.

• Placement sous le régime des sociétés mères et filiales d'une distribution par une société liquide venant d'être acquise

12. 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.

• Montage visant à permettre la déduction des charges d'intérêts d'un emprunt participatif

13. 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 États-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.

II – Impôt sur les sociétés et retenue à la source

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

14. 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'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.

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.