

**DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES**

SERVICE JURIDIQUE DE LA FISCALITE

Sous-direction du contentieux des impôts des professionnels

Bureau JF 2 B

86, allée de Bercy - Teledoc 944

75572 PARIS cedex 12

**Séance du 25 septembre 2013 : avis rendus par le comité de l'abus de droit fiscal commentés par l'administration (CADF/AC n° 7/2013).**

➤ ***Affaire n°2013-13 concernant M. et Mme G (impôt sur le revenu)***

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Nota :** Eu égard aux circonstances de l'espèce, l'administration a décidé de ne pas se ranger à l'avis émis par le Comité.

#### ➤ **Affaire n° 2013-25 concernant la SAS A (retenue à la source)**

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

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

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

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

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

Ainsi, dans les circonstances très particulières de l'affaire qui lui est soumise, le Comité émet l'avis que l'administration était fondée à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L 64 du livre des procédures fiscales pour soumettre à la retenue à la source les distributions de dividendes effectuées par la SAS A en les regardant comme ayant été en réalité faites au profit de M et Mme B et à imposer ces distributions au taux prévu à cet effet par la convention fiscale franco-suisse.

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

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

### ➤ **Affaire n° 2013-23 concernant M. et Mme L (impôt sur le revenu)**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### ➤ **Affaire n° 2013-27 concernant la SAS X (impôt sur les sociétés)**

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

Le 29 décembre 2003, l'assemblée générale ordinaire et extraordinaire de la société X France Holding a décidé de procéder à une distribution exceptionnelle de dividendes d'un montant de 317 millions d'euros par prélèvement sur le poste " autres réserves ", dont environ 315 millions d'euros au profit de son nouvel actionnaire, la société X Europe Holdings.

Au cours de la même assemblée générale, les actionnaires de X France Holding ont souscrit à l'émission par la société d'obligations remboursables en actions (ORA) pour une valeur de 317 millions d'euros dont ils ont libéré l'intégralité de la valeur nominale par compensation avec la créance détenue sur la société au titre de la distribution des dividendes qui venait d'être décidée.

Ces obligations émises pour une durée de sept ans, sont rémunérées, conformément au contrat d'émission, par un intérêt fixé à un taux de marché (Euribor majoré de 50 points de base). Toutefois, le montant des intérêts courus dus par l'émetteur est plafonné pour chaque exercice à la somme algébrique des résultats comptables de la société X France Holding et de ses filiales détenues à plus de 95 % avant impôts et intérêts dus au titre des ORA. La première échéance pour le paiement de ces intérêts est fixée au 29 décembre 2006, date du troisième anniversaire du contrat.

Le 31 décembre 2003, les obligations détenues par la société X Europe Holdings sont cédées à la société X Inc. en compensation de sa dette de même montant résultant de l'apport à titre onéreux des titres de la société X France Holding.

L'administration a estimé que, par le biais des décisions prises lors de l'assemblée générale du 29 décembre 2003, l'ensemble de ces opérations de distribution de réserves et d'endettement révélaient, compte tenu notamment des conditions de remboursement des ORA, un montage purement artificiel ayant pour but exclusivement fiscal de permettre à la société X France Holding de déduire de ses résultats les sommes correspondant aux intérêts dus au titre des ORA souscrites par ses actionnaires, alors que ces sommes constituent en réalité des dividendes et correspondent ainsi à une distribution de bénéfices non déductible.

L'administration a ainsi requalifié les intérêts dus au titre des ORA en dividendes. Elle a en conséquence rehaussé le résultat imposable à l'impôt sur les sociétés de la société X France Holding du montant de ces intérêts s'élevant au titre de l'exercice clos en 2008 à plus de 14,8 millions d'euros.

L'administration a en effet constaté que cette opération avait produit, de manière différée, les mêmes effets qu'une incorporation de réserves au capital social, tout en permettant la déduction d'intérêts.

Elle a considéré que la société X France Holding avait, par les deux décisions prises par l'assemblée générale du 29 décembre 2003, réalisé deux opérations de même montant et contradictoires : une distribution exceptionnelle et une émission d'ORA, réalisée en définitive, compte tenu de la cession immédiate des ORA par la filiale danoise, au profit de la même société, la société tête de groupe X Inc.. Elle a notamment relevé que ces opérations s'étaient traduites par aucun mouvement financier, les sommes prêtées n'ayant pas été versées dès lors qu'elles sont issues de la conversion de réserves en dettes, et que, dans la mesure où les intérêts dus au titre des ORA ne pouvaient excéder la somme algébrique des résultats comptables des sociétés du groupe français constitué par la société X France Holding et ses filiales détenues à plus de 95 %, ces intérêts présentaient les caractéristiques d'un dividende.

Elle a également relevé que la société américaine X Inc. avait opté pour le régime de la transparence fiscale dans le cadre d'un " partnership " (application du dispositif " Check the Box ") à raison des résultats de la société X France Holding de sorte que les intérêts qui lui ont été versés à raison des ORA n'étaient pas imposés aux Etats-Unis.

L'administration en a conclu que ce montage purement artificiel ayant un but exclusivement fiscal caractérisait un abus de droit dès lors qu'il allait à l'encontre de l'intention du législateur d'admettre, en matière de déduction des charges financières, la seule déduction des charges supportées pour le financement d'opération d'endettement réel. Elle a ainsi mis en œuvre la procédure de répression des abus de droit prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

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

- la distribution exceptionnelle réalisée en 2003 et l'émission d'ORA n'ont généré aucun flux financier mais ont donné lieu à un simple jeu d'écritures comptables ;
- ces deux décisions prises le 29 décembre 2003 par l'assemblée générale ordinaire et extraordinaire n'ont pas réellement modifié la situation financière de la société X France Holding, dès lors que les ORA auxquelles les actionnaires de la société X France Holding avaient souscrit et dont le remboursement s'effectue obligatoirement par l'émission d'actions de la société émettrice, font partie de ses autres fonds propres ;
- ces opérations effectuées entre sociétés liées, qui caractérisent la conversion d'une réserve pendant une période provisoire en dettes, ne se sont traduites en définitive par aucun changement de l'actionnariat, dans l'activité et dans la trésorerie de la société X France Holding.

Par suite, le Comité a déduit de l'ensemble des éléments ainsi portés à sa connaissance que les deux décisions prises le 29 décembre 2003 par l'assemblée générale ordinaire et extraordinaire de la société X France Holding forment un tout indissociable et sont constitutives d'un montage purement artificiel dont le but est exclusivement fiscal, en permettant la déduction, sous la forme d'intérêts versés à raison des ORA, de sommes ayant en réalité la nature de dividendes, et que ce montage va à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur lorsqu'il a autorisé par le 1 de l'article 39 du code général des impôts la déduction des charges financières, lesquelles doivent avoir été supportées à raison d'opérations d'endettement réel.

Le Comité relève d'ailleurs que le 21 décembre 2009, la société X Inc. a fait apport des ORA, dont elle a demandé le remboursement le 15 décembre 2009, à la société X Europe Holdings et lui a cédé la créance représentative des intérêts dus au titre des ORA. Le lendemain, le remboursement des ORA est réalisé par la société X France Holding par augmentation de capital. Le 30 décembre 2009, la société X France Holding procède à une nouvelle augmentation de capital à laquelle souscrit la société X Europe Holdings et dont le montant est libéré par compensation avec la créance représentative des intérêts dus au titre des ORA. La rémunération des ORA était plafonnée en fonction de la somme algébrique des résultats comptables de la société X France Holding et de ses filiales détenues à plus de 95 % avant impôts et intérêts dus au titre des ORA et, donc des capacités de distribution dégagées chaque année, avant déduction de cette rémunération et des impôts, par cette société et ses mêmes filiales. Ainsi, au titre de l'exercice clos en 2009, la société X France Holding n'a constaté aucune charge d'intérêts au titre des ORA, dès lors que la somme algébrique de son résultat comptable et de ceux de ses filiales était négative.

En conséquence, le Comité émet l'avis que l'administration est fondée au titre de l'année 2008 à mettre en œuvre la procédure de répression de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

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

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