

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 13 octobre 2016 : avis rendus par le comité de l'abus de droit fiscal commentés par l'administration (CADF/AC n° 8/2016).

➤ **Affaire n° 2016-13 concernant M. et Mme L**

En 2003, le fonds d'investissement A acquiert le groupe X et met en place un dispositif d'association des trois principaux dirigeants du groupe, dont M. L nommé président du groupe par ce fonds. M. L a été directeur général de J de 1993 à 2003 avant son entrée dans le groupe X. Ce dispositif prend la forme de l'émission, décidée lors de l'assemblée générale du 1^{er} juillet 2013, d'actions à bons de souscription d'actions (ABSA) de la société X1, holding de reprise de la société opérationnelle SAS X2.

Mme L, épouse de M. L sous le régime de la participation aux acquêts, a constitué le 24 juin 2003 la société de droit irlandais Y, dont le capital de 1 euro est constitué d'une action unique (ordinary share) avant d'être constitué de deux actions en 2007. La société Y souscrit, au mois de juillet 2003, 274 750 ABSA de la société X1 au prix de 302 225 euros.

Cette acquisition est financée par un prêt personnel de Mme L, étant précisé que M. L est en situation de liquidation judiciaire personnelle.

A la suite du rachat en octobre 2006, du groupe Z par le fonds d'investissement A, la société Z1 est constituée afin de devenir la nouvelle holding du groupe Z et d'acquérir l'intégralité des titres de la société X1 et de la société Z2. M. L est nommé président de cette société.

Préalablement aux cessions des titres de la société X1 à la société Z1, les détenteurs des ABSA de la société X1, dont la société Y, détachent leurs bons de souscription d'actions (BSA) des actions. La société Y détient alors 274 750 actions de la société X1 et 274 750 BSA de cette même société, à une valeur unitaire respective de 10,570406 euros et 20,088920 euros.

Le 15 décembre 2006, la société Y cède 251619 actions de la société X1 au prix unitaire de 10,570406 euros à la société Z1 et 21 131 actions de la société X1 pour une somme de 32 383 euros à la société G, laquelle revend ces titres le même jour à la société Z1. La société Y apporte le même jour ses BSA de la société X1 à la société Z1 et reçoit en contrepartie de cet apport, 5 519 430 actions de la société Z1 d'une valeur nominale de 1 euro. La société Y cède le même jour 1 319 430 actions de la société Z1 à la société I (holding des investisseurs) au prix global de 1 319 430 euros. La société Y a ainsi perçu une somme globale de 4 012 447 euros et détient alors 4 200 000 actions de la société Z1, représentant 21 % de son capital.

Le 6 février 2008, Mme L apporte ses actions de la société Y, représentant 100 % du capital, à la société de droit luxembourgeois S, créée le 8 novembre 2007.

En contrepartie de cet apport, valorisé à 7 987 460 euros, la société S augmente son capital au profit de Mme L, qui reçoit 4 200 005 actions A et 3 787 455 actions B de la société S. Le 31 juillet 2008, cette dernière société rachète la totalité de ses actions B en vue de leur annulation pour un

prix global de 3 750 945 euros. Le 28 mai 2009, Mme L apporte ses 4 200 005 actions au trust T situé dans les îles vierges britanniques.

Le 15 décembre 2010 et suite au contrat d'acquisition du 25 octobre 2010 du groupe Z par le fonds d'investissement U, la société Y cède 2 391 860 actions de la société Z1 et apporte aux sociétés H1 et H2, présidées par M. L, 1 808 140 actions de la société Z1 en contrepartie de 6 709 998 actions d'une valeur unitaire de 1 euro.

Les plus-values réalisées sur les cessions réalisées en 2006 (2 418 267 euros) et en 2010 (8 806 107 euros) n'ont fait l'objet d'aucune taxation, la société Y bénéficiant du régime irlandais d'exonération des plus-values de cession sur les titres de participation.

Par une proposition du 23 décembre 2013, l'administration a considéré que, sous le couvert d'une gestion patrimoniale, l'interposition de la société Y dans les opérations réalisées sur les titres des sociétés X1 et Z1 était constitutive d'un montage qui n'avait eu d'autre motif que de faire échapper à toute imposition en France le gain réalisé sur la cession des actions de la société Z1, qui proviennent de l'apport des BSA de la société X1 réalisé en 2006. Elle a mis en œuvre la procédure d'abus de droit fiscal sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales pour écarter la société Y et ainsi imposer le gain de 8 806 107 euros, réalisé en 2010, qu'elle a réintégré dans la base imposable à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux des époux L.

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

Il souligne que la question qui lui est soumise porte sur le point de savoir si, en interposant une société holding de droit irlandais, le contribuable a procédé à un montage poursuivant un but exclusivement fiscal.

Le Comité relève que le contribuable fait valoir, sans être contredit par l'administration, que le régime d'exonération des plus-values sur cession de titres de participation en Irlande n'a été mis en place qu'en 2004 et qu'au moment de la création de la société Y et de la souscription des ABSA de la société X1, il n'existait pas de différence substantielle entre le régime fiscal irlandais et le régime fiscal d'une détention directe par les époux L.

Le Comité constate qu'il n'est pas établi que le contribuable avait connaissance, au moment de la création de la société Y, d'une modification du régime fiscal irlandais.

Dans ces conditions, le Comité estime que l'administration n'a pas apporté la preuve que la société Y a été constituée dans un but exclusivement fiscal. En conséquence, l'administration n'était pas fondée, en l'espèce, à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

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

➤ **Affaire n° 2016-12 concernant M. et Mme X**

M. et Mme X sont détenteurs de 800 parts de la SARL M, exploitant une agence immobilière.

Le 20 décembre 2010, ils conviennent de céder ces titres à la société SAS V à la date du 31 mars 2011, cette échéance étant reportée au 15 avril 2011 par avenant des 28 et 31 mars 2011.

Avant la réalisation de cette cession, ils créent, le 7 avril 2011, la SARL N ayant notamment pour objet social l'achat et la vente de biens d'occasion et dont Mme X devient gérante. Ils lui font apport le même jour de 616 parts de la SARL M pour une valeur de 300 000 euros et ils reçoivent en échange 30 000 parts de la SARL N. La plus-value constatée lors de cette opération est placée sous le régime du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du CGI.

Le 14 avril 2011, la cession des titres de la société SARL M au profit de la société SAS V est finalisée : 616 parts sont cédées par la SARL N au prix de 300 115 euros et 184 titres le sont directement par les époux X au prix de 89 644 euros.

Considérant que l'opération d'apport des titres de la SARL M suivi de leur cession avait eu pour but exclusif de permettre aux époux X de bénéficier du mécanisme du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du CGI, l'administration a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal par une proposition de rectification en date du 19 décembre 2014 et a, en l'absence de réinvestissement par la société SARL N d'une partie significative du produit de la cession des titres apportés, réintégré la plus-value réalisée lors de l'apport des titres, s'élevant à 229 930 euros, dans la base imposable à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux des époux X.

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

Il note en premier lieu que les achats de biens d'occasion effectués en 2011 et 2012 par la société auprès des époux X n'ont pu être justifiés, faute de tenue régulière du registre spécial des biens mobiliers d'occasion et d'inventaire détaillé des stocks, et qu'ils ont été regardés à juste titre par l'administration comme la régularisation a posteriori de prélèvements opérés par les associés dans la trésorerie de la société.

Il constate encore que la société a pris à bail un bien immobilier appartenant aux époux X, y a financé des travaux de construction d'une véranda et a fait l'acquisition d'un tracteur pour l'entretien du bien.

Il relève enfin que les prélèvements effectués par Mme X par l'intermédiaire de son compte courant d'associé dans la société ont systématiquement excédé la valeur de ses apports à la clôture de chacun des exercices 2011 à 2013.

Le Comité estime que l'administration établit ainsi que le produit de cession des titres de la société SARL M par la société SARL N a été utilisé par les époux X pour divers usages à caractère personnel ou patrimonial représentant, au 31 décembre 2013, 58 % de son montant et qu'il n'a corrélativement donné lieu à aucun investissement dans une activité économique.

Il considère que les problèmes de santé de M. X, aussi avérés et sérieux soient-ils, ne peuvent justifier, dans les circonstances de l'espèce, l'absence totale de réinvestissement dans une activité économique et l'appréhension par les associés de la majeure partie du produit de cession, dès lors, d'une part, que c'est Mme X qui dirigeait la société depuis sa création, et, d'autre part, que les usages à caractère personnel avaient débuté dès avant la survenue du problème de santé évoqué par les contribuables.

Le Comité émet en conséquence 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 pour écarter l'application du régime du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du code général des impôts à l'égard des plus-values réalisées lors de l'apport des titres de la SARL M à la société SARL N.

Le Comité considère toutefois que les circonstances très particulières de l'espèce, tenant à la situation personnelle des contribuables et aux conséquences qui ont pu en résulter quant aux décisions qui auraient dû être prises en matière de réinvestissement de nature économique, sont de nature à justifier qu'il ne soit pas fait application de la pénalité prévue par le b) de l'article 1729 du code général des impôts.

Nota : l'administration a pris note de l'avis émis par le comité et considère, s'agissant de l'observation relative à la majoration appliquée conformément à l'article 1729 du CGI, que son réexamen ne pourra s'effectuer que dans le cadre d'une demande gracieuse.