

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 15 novembre 2018 : avis rendus par le comité de l'abus de droit fiscal commentés par l'administration (CADF/AC n° 8/2018).

➤ **Affaire n° 2018-15 concernant M. ou Mme X**

M. X est le gérant et associé unique de la société à responsabilité limitée (SARL) A, société créée en 2009 ayant pour activité l'exploitation d'un commerce de restauration sous franchise.

Le 17 mars 2014, M. et Mme X créent la SARL B, par apport par M. X de l'intégralité des parts de la SARL A et par Mme X de la somme de 100 euros.

Les parts de la SARL A ont été valorisées à la somme de 2 590 000 euros. En conséquence de leur apport, M. X a reçu 23 700 parts d'une valeur unitaire de 100 euros ainsi qu'une soulte de 220 000 euros inscrite au crédit de son compte courant d'associé et Mme X a reçu une part.

La plus-value d'apport réalisée par M. X, s'élevant à 2 585 000 euros, a été placée en report d'imposition, conformément aux dispositions de l'article 150-0 B ter du code général des impôts pour l'intégralité de son montant dès lors que la soulte n'excédait pas 10 % de la valeur nominale des titres reçus.

La SARL B est une holding animatrice exerçant des prestations de gestion de personnel, de management et de communication auprès de ses deux filiales, la SARL A et la SARL C, société créée en 2014, qui exploitent chacune un commerce de restauration sous la même franchise.

La soulte versée a été appréhendée par M. X à hauteur de 190 467 euros entre le 30 juin 2014 et le 5 février 2016 compte tenu des débits successifs relevés sur son compte courant d'associé dans la société B.

La SARL A a par ailleurs distribué des dividendes pour un montant global de 600 000 euros au cours de l'exercice clos au 31 décembre 2015.

Constatant à l'issue du contrôle sur pièces de la déclaration de revenus des contribuables que la somme inscrite en compte courant avait partiellement été remboursée à M. X, l'administration a considéré que la soulte était dépourvue de toute justification économique et avait été stipulée dans le seul but d'appréhender des liquidités en franchise d'impôt.

L'administration a donc mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales et, par une proposition de rectification en date du 15 décembre 2017, a écarté la qualification de soulte et remis en cause le bénéfice du report d'imposition prévu par l'article 150-0 B ter du code général des impôts. Elle a taxé, au titre de l'année 2014, la somme de 220 000 euros à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, sur le fondement du 2° du 1 de l'article 109 du même code.

Le Comité a entendu ensemble le conseil des contribuables ainsi que le représentant de l'administration.

Le Comité relève que le dispositif du report d'imposition prévu par l'article 150-0 B ter du code général des impôts poursuit la même finalité que le dispositif du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du même code. Ces dispositifs ont pour objectif de faciliter les opérations de

restructuration d'entreprises, en vue de favoriser le développement de celles-ci, en conférant un caractère intercalaire aux opérations d'échange de titres.

Le Comité estime que, si le législateur a admis, avant la modification législative introduite par la loi n° 2016-1918 du 29 décembre 2016, que l'opération d'apport de titres à une société contrôlée par l'apporteur bénéficie intégralement, y compris pour la soulte, du report d'imposition, dès lors que le montant de la soulte appréhendée par le contribuable n'excède pas 10 % de la valeur nominale des titres reçus, l'octroi d'une telle soulte doit s'inscrire dans le respect du but qu'il a entendu poursuivre.

Le Comité considère que ce but n'est pas respecté si l'octroi de la soulte ne s'inscrit pas dans le cadre de l'opération de restructuration d'entreprise mais est en réalité uniquement motivé par la volonté de l'apporteur des titres d'appréhender en franchise immédiate d'impôt des liquidités détenues par la société dont les titres sont apportés et faisant ainsi l'objet d'un désinvestissement faute qu'il soit justifié que la société bénéficiaire de l'apport avait, afin de permettre le dénouement de l'opération, un intérêt économique au versement de cette soulte, alors que, lorsque cette soulte est ainsi financée, elle prive cette société de la possibilité de disposer de ressources nécessairement prises en compte lors de la détermination de la valeur des titres apportés.

Le Comité relève que la soulte versée par la société B a été remboursée à M. X à hauteur de 190 467 euros à la date du 5 février 2016.

Le Comité estime que, compte tenu de l'ensemble des éléments portés à sa connaissance et en l'absence de toute justification probante de l'intérêt économique pour la société bénéficiaire de l'apport de prévoir le versement d'une soulte afin de rendre possible la réalisation de l'opération de restructuration effectuée entre des sociétés intégralement détenues par les contribuables, le paiement de cette soulte ne s'inscrit pas dans le respect du but poursuivi par le législateur au titre de la restructuration et du développement du groupe de M. X mais caractérise une appréhension des liquidités de la société A en franchise d'impôt.

Le Comité émet en conséquence l'avis que l'administration était fondée à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales pour restituer le véritable caractère de distribution au versement de la soulte réalisé, à l'occasion d'un apport placé sous le régime du report d'imposition prévu par les dispositions de l'article 150-0 B ter du code général des impôts, au bénéfice d'une application littérale de ces dispositions allant à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur, dans le seul but de percevoir cette somme en franchise d'imposition.

Enfin, le Comité estime que M. X doit être regardé comme ayant eu l'initiative principale des actes constitutifs de l'abus de droit et, en outre, comme en ayant 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 émis par le comité.

➤ **Affaire n° 2018-12 concernant M. ou Mme X**

M. X a créé le 28 mai 2008 l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) A dont il détient l'intégralité des 500 parts, d'une valeur unitaire de 34 euros, constituant le capital social. Cette société a pour activité la gestion et l'exploitation d'un commerce de restauration sous franchise.

Le capital social est porté le 2 juin 2009 de 17 000 à 45 000 euros à la suite d'une augmentation de capital de 28 000 euros, soit une valeur nominale par part de 90 euros.

Les époux X ont créé le 16 juillet 2012 la société à responsabilité limitée (SARL) B dont le capital social de 1 000 euros, constitué de 1 000 parts d'une valeur unitaire de 1 euro, est détenu par moitié par chacun des deux époux. Cette société a pour objet social initial la prise et la gestion de participations. Cet objet sera étendu le 4 avril 2013 à la réalisation de toutes opérations immobilières.

Le 20 juillet 2012, M. X fait apport à la société d'acquéts, constituée entre lui et son épouse, des 500 parts de l'EURL A. Ces parts deviennent ainsi des biens communs à M. et Mme X.

Le 31 octobre 2012, la SARL B réalise une augmentation de capital s'élevant à 869 228 euros par émission de 869 228 parts nouvelles à la suite de l'apport par les époux X de 334 parts de l'EURL A valorisées à la somme globale de 949 228 euros, soit 2 842 euros la part. Une soulte s'élevant globalement à 80 000 euros est par ailleurs versée aux apporteurs par inscription au compte courant d'associé que chacun des époux détient dans la société B. A la suite de cette opération, le capital social est divisé en 870 228 titres de 1 euro chacun, détenus intégralement par les époux X.

La plus-value d'échange de titres réalisée lors de l'apport des 334 parts de l'EURL A à la SARL B a bénéficié du régime du sursis d'imposition sur le fondement de l'article 150-0 B du code général des impôts et n'a fait l'objet d'aucune déclaration en 2012.

Le même jour, la SARL B cède les 334 parts de l'EURL A à la société par actions simplifiée (SAS) C pour un prix qui sera définitivement fixé à 929 529 euros le 3 mai 2013, soit 2 783 euros la part.

Par ailleurs, les époux X font donation le 31 octobre 2012 à leurs deux enfants des 166 parts, qu'ils détiennent encore, de l'EURL A valorisées également à 2 842 euros la part. Le même jour, leurs deux enfants les cèdent à la SAS C au prix fixé définitivement à 2 783 euros la part.

Le 11 décembre 2014, les époux X ont transféré leur domicile fiscal au Portugal. A cette occasion, ils ont déclaré la plus-value latente relative aux titres de la société B conformément aux dispositions de l'article 167 bis du code général des impôts (« Exit Tax ») et ils ont bénéficié du sursis de paiement automatique, prévu par le IV de ce même article, des impositions correspondantes alors émises. La société B a été liquidée à la fin de l'année 2016 et il a par suite été mis fin au sursis de paiement de sorte que les impositions dues sur la plus-value latente sont devenues exigibles.

A l'issue du contrôle dont les époux X ont fait l'objet, l'administration a relevé, par une proposition de rectification en date du 10 décembre 2015, que la SARL B n'avait pas réinvesti dans une activité économique le produit de cession des 334 parts de l'EURL A dont les contribuables lui avaient fait apport, qu'elle avait, après l'extension de son objet social, fait l'acquisition en mai 2013 d'un studio avec une place de stationnement, financé par emprunt bancaire, et que son chiffre d'affaires était uniquement constitué des loyers encaissés pour cet appartement.

L'administration a considéré qu'en l'absence de réinvestissement de nature économique et à défaut pour les contribuables de pouvoir justifier du sérieux des projets de réinvestissement envisagés, l'opération d'apport des titres suivie de leur cession n'avait pas eu d'autre motif que de leur permettre de placer abusivement la plus-value réalisée lors de cet apport dans le champ d'application du sursis d'imposition. Elle a mis en œuvre la procédure d'abus de droit sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales et remis en cause ce sursis d'imposition.

En conséquence, la plus-value d'apport a été imposée au titre de l'année 2012 à l'impôt sur le revenu, aux contributions sociales et à la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus sur une base égale à 919 168 euros correspondant à la différence entre le prix d'apport des 334 parts, soit 949 228 euros, et leur prix d'acquisition, soit 30 060 euros.

L'imposition s'élève globalement, y compris les intérêts de retard et la pénalité pour abus de droit de 80 %, à la somme de 767 694 euros.

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

Le Comité constate que le produit de la cession des 334 titres de l'EURL A est demeuré au poste disponibilités à l'actif du bilan de la société B.

Il estime par ailleurs que les éléments produits n'établissent pas que les démarches entreprises caractérisent une réelle volonté de réinvestissement dans une activité économique de la société B, laquelle sera liquidée en 2016.

Le Comité note ainsi que le tableau récapitulatif des investissements étudiés produit par les contribuables n'est pas assorti d'éléments précis et que, selon leurs propres indications, deux dossiers auraient été principalement étudiés. Cependant, le Comité relève, d'une part, que le projet d'investissement d'une somme de 500 000 euros dans un fonds commun de placement à risques a

donné lieu sur une période de trois ans à cinq rendez-vous avec le gérant de ce fonds mais qu'il n'y a pas été donné suite en raison de la perspective d'un risque important pour l'investisseur et, d'autre part, que le projet d'investissement d'une somme de 500 000 euros dans le cadre d'une augmentation de capital réalisée par une société en vue d'acquérir le fonds de commerce d'un camping, initié en 2014, était toujours en cours au début de l'année 2016 et qu'il a seulement fait l'objet d'une présentation et de visites sur place.

Il considère ainsi que les conditions permettant de bénéficier du régime du sursis d'imposition ne sont pas remplies.

Le Comité émet en conséquence l'avis que l'administration était fondée à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit 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 de la plus-value réalisée lors de l'apport des 334 titres de l'EUURL A à la SARL B et imposer cette plus-value au titre de l'année 2012.

Le Comité précise qu'il appartiendra à l'administration, si elle établit l'imposition au titre de l'année 2012, d'en tirer les conséquences au regard des impositions émises relatives à la plus-value latente déclarée au titre de l'année 2014.

Enfin, le Comité estime que M. et Mme X doivent être regardés comme ayant eu l'initiative principale des actes constitutifs de l'abus de droit et, en outre, en 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.

Nota : l'administration a pris note de l'avis émis par le comité.

➤ **Affaire n° 2018-16 concernant M. ou Mme X**

La société A a été créée en 1996 par M. Y qui a assuré la direction du groupe de textile féminin D jusqu'en 2010. Le capital social, constitué de 449 820 actions d'une valeur unitaire de 10 euros, s'élève à 4 498 200 euros.

Le 5 octobre 2010, dans le cadre d'une opération de leverage buy out (LBO) primaire, la société B, société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois, a constitué la société par actions simplifiée (SAS) C, dotée d'un capital de 1 000 euros, dans le but d'acquérir la société A.

Pour le financement de cette acquisition, qui s'effectue pour partie par un emprunt bancaire, et afin d'associer les managers de la société A, la société d'investissement B, associée unique de la SAS C, décide le 19 novembre 2010 d'émettre différents titres.

En premier lieu, la société C porte son capital de 1 000 euros à 4 537 200 euros par l'émission de 4 345 880 actions ordinaires et de 190 320 actions de préférence, au prix unitaire de 1 euro. Les actions ordinaires ont été souscrites le même jour par versement en numéraire à hauteur de 95 % (soit 4 254 860 actions) par la société d'investissement, à hauteur de 2,5 % (soit 45 510 actions) par M. X, dirigeant de la SAS C, et à hauteur de 2,5 % (soit 45 510 actions) par un autre manager de cette société. Les 190 320 actions de préférence sont souscrites le même jour par versement en numéraire à hauteur de 53 790 actions par la société d'investissement et à hauteur de 68 265 actions respectivement par M. X et par l'autre manager.

En deuxième lieu, par délibération prise ultérieurement et le même jour, l'assemblée générale de la société C décide, d'une part, d'émettre 6 930 000 obligations convertibles en actions ordinaires de catégorie 1 (OCA 1) d'une valeur nominale de 1 euro par obligation (soit un emprunt obligataire de 6 930 000 euros), d'une durée de 10 ans au taux de 8 %. Ces obligations sont souscrites le même jour par versement en numéraire par la société d'investissement B. Les OCA 1 donnent droit à la conversion d'actions nouvelles. Les obligations sont convertibles en cas de cession de contrôle de la société.

L'assemblée générale de la société C décide, d'autre part, d'émettre 1 079 300 obligations convertibles en actions ordinaires de catégorie 2 (OCA 2) d'une valeur nominale de 1 euro par obligation (soit un emprunt obligataire de 1 079 300 euros), d'une durée de 10 ans au taux de 4 % et dont la souscription est réservée au fondateur de la société A. Ces obligations sont souscrites le même jour par versement en numéraire par M. Y. Les OCA 2 sont réparties en deux tranches qui

donnent droit à la conversion d'actions nouvelles selon les modalités suivantes : la tranche 1 (431 720 OCA 2) n'est convertible qu'en cas de cession de contrôle de la société et la tranche 2 (647 580 OCA 2) ne sera convertible qu'à compter du 19 novembre 2020.

En troisième lieu, par délibération prise ultérieurement et toujours le même jour, l'assemblée générale de la société C décide d'émettre 100 000 bons de souscription d'actions (BSA) pour une valeur unitaire de 1,035 euros, soit un montant total de 103 500 euros. Chaque BSA donne le droit de souscrire à des actions nouvelles dont le nombre, dans la limite de 2 000 000 d'actions ordinaires nouvelles, dépend du taux de rentabilité interne (TRI) atteint. Les BSA ne peuvent être exercés qu'à la condition que les managers apportent leurs actions lors de la cession du contrôle de la société C. Ces 100 000 BSA sont répartis et souscrits à concurrence de 10 000 bons par la société d'investissement B, de 20 000 bons par M. Y et de 35 000 bons tant par M. X que par le second manager.

Les associés de la société C se sont engagés par un pacte d'actionnaires, intitulé « pacte de titulaires de valeurs mobilières ». En vertu de ce pacte, les titres de la société supportent un « vesting » progressif qui est fonction de l'associé concerné, du temps écoulé à compter de la date de souscription initiale des titres et du cas de départ. Ainsi, pour M. X, associé minoritaire, en cas de départ agréé, le pourcentage de « Titres Vestés » progresse de 20% par an pour atteindre 100 % lorsque ce départ intervient à compter du cinquième anniversaire de la date de cette souscription et, en cas de départ non agréé, le nombre de « Titres Vestés » est nul.

Au terme de ces opérations toutes effectuées le 19 novembre 2010, M. X, qui détient 2,5 % du capital de la société C, a investi globalement 150 000 euros en raison de la souscription de 45 510 actions ordinaires, pour une somme de 45 510 euros, de 68 265 actions de préférence, pour une somme de 68 265 euros, et de 35 000 bons de souscription d'actions, pour une somme de 36 225 euros.

Il a placé sur son plan d'épargne en actions la totalité des actions ordinaires et des bons de souscription d'actions et une partie des actions de préférence.

Le 13 décembre 2012, les titres de la société C sont cédés (actions ordinaires, actions de préférence, une partie des bons de souscription d'actions, une partie de la tranche 1 des obligations convertibles en actions 2) ou apportés (le solde des bons de souscription d'actions et de la tranche 1 des obligations convertibles en actions 2), ou remboursés (obligations convertibles en actions 1 et la tranche 2 des obligations convertibles en actions 2) à la SAS E, dans le cadre d'un LBO secondaire, pour un montant total de 61 500 000 euros.

M. X cède à la SAS E la totalité de ses actions ordinaires et de ses actions de préférence ainsi que 14 111 bons de souscription d'actions et il lui apporte 20 889 BSA. Il reçoit ainsi une somme globale de 4 654 108 euros et réalise, compte tenu d'un investissement de 150 000 euros, une plus-value de 4 504 108 euros, dont 1 688 840 euros au titre des BSA cédés et 2 500 048 euros au titre des BSA apportés. La plus-value s'élève à 4 498 264 euros pour les titres placés sur le plan d'épargne en actions et est exonérée en vertu des dispositions de l'article 157 du code général des impôts dans sa rédaction alors applicable.

A l'issue d'un examen contradictoire de sa situation fiscale personnelle, l'administration a, par une proposition de rectification en date du 21 décembre 2015, considéré que M. X avait, lors du dénouement du LBO primaire en 2012, bénéficié d'un gain représentatif d'un intéressement ayant pour partie la nature d'un salaire aux motifs, d'une part, que la décote de moindre diversification du risque de 38,5% appliquée lors de l'évaluation des bons de souscription à leur émission constituait un avantage accordé aux managers et, d'autre part, que l'absence de conversion des obligations convertibles en actions de type 1 par la société d'investissement B avait permis aux deux managers de bénéficier sur leurs BSA d'un gain supplémentaire lié à une répartition avantageuse du prix de cession dès lors que le gain net de cession de ces BSA aurait été ramené de 11 271 512 euros à 6 443 471 euros en cas de conversion, soit un écart de 4 828 041 euros représentant 42,83 % du gain net initial.

L'administration a chiffré à 1 778 586 euros, représentant 42,83 % du gain net de cession et d'apport des BSA, le montant de l'intéressement salarial de M. X imposable dans la catégorie des traitements et salaires et non dans la catégorie des plus-values mobilières. Elle a mis en œuvre la

procédure de l'abus de droit prévu à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales et a imposé cette somme, au titre de l'année 2012, à l'impôt sur le revenu, aux contributions sociales et à la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus.

Le plan d'épargne en actions a, par voie de conséquence, été clôturé en raison du manquement aux règles de fonctionnement d'un tel plan qui ne permettent pas d'y inscrire des salaires. Cette clôture a entraîné l'imposition des plus-values réalisées lors de la cession des actions ordinaires et des actions de préférence inscrites sur le plan d'épargne en actions ainsi que de la quote-part du gain de cession des bons de souscription d'actions non requalifiée en salaires.

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

Le Comité relève que l'administration n'a pas fondé le redressement sur le motif tiré de ce que M. X aurait inscrit dans son plan d'épargne en actions les bons de souscription d'actions à une valeur de convenance.

Le Comité constate que l'administration n'a pas contesté, dans son principe, la méthode de valorisation des BSA retenue par un cabinet indépendant.

Il estime que, si l'administration a considéré que la décote de moindre diversification du risque de 38,5% retenue par ce cabinet n'était pas fondée dès lors qu'elle conduit à prendre en compte, dans cette valorisation, la situation individuelle des acquéreurs en ce qui concerne la diversification de leurs investissements, et à retenir ainsi une valeur vénale différente fondée sur des éléments extérieurs au titre lui-même et par suite déconnectée du prix de marché et que la non conversion des obligations convertibles en actions de type 1 par la société d'investissement B a eu en l'espèce un effet multiplicateur sur le mécanisme d'intéressement des managers, elle n'apporte toutefois en l'espèce aucun élément permettant d'estimer que cette décote aurait été décidée dans le but de permettre aux managers ayant souscrit des BSA de bénéficier en partie d'un complément de salaires exclusif du risque d'investisseur pris lors de cette souscription et que M. X, qui a souscrit les BSA à la valeur déterminée par l'évaluateur, aurait, ce faisant, poursuivi un but exclusivement fiscal en inscrivant ces BSA sur son plan d'épargne en actions et en méconnaissant par suite l'objectif poursuivi par le législateur lorsqu'il a exonéré les plus-values réalisées lors de la cession des titres placés sur un tel plan.

Le Comité émet en conséquence l'avis que, compte tenu des éléments portés à sa connaissance et soumis à son appréciation, l'administration n'était pas fondée à mettre en œuvre la procédure d'abus de droit prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

Nota : La fraude repose sur un contournement du régime fiscal attaché aux PEA concernant la nature des revenus éligibles à ce régime et non le plafond légal de souscription. L'administration, estimant qu'en l'espèce des sommes constitutives de salaires ont été frauduleusement soustraites à l'impôt au travers de leur inscription en PEA, a décidé de ne pas se ranger à l'avis du comité.

➤ **Affaire n° 2018-17 concernant M. ou Mme Z**

La société A a été créée en 1996 par M. Y qui a assuré la direction du groupe de textile féminin D jusqu'en 2010. Le capital social, constitué de 449 820 actions d'une valeur unitaire de 10 euros, s'élève à 4 498 200 euros.

Le 5 octobre 2010, dans le cadre d'une opération de leverage buy out (LBO) primaire, la société B, société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois, a constitué la société par actions simplifiée (SAS) C, dotée d'un capital de 1 000 euros, dans le but d'acquérir la société A.

Pour le financement de cette acquisition, qui s'effectue pour partie par un emprunt bancaire, et afin d'associer les managers de la société A, la société d'investissement B, associée unique de la SAS C, décide le 19 novembre 2010 d'émettre différents titres.

En premier lieu, la société C porte son capital de 1 000 euros à 4 537 200 euros par l'émission de 4 345 880 actions ordinaires et de 190 320 actions de préférence, au prix unitaire de 1 euro. Les actions ordinaires ont été souscrites le même jour par versement en numéraire à hauteur de 95 % (soit 4 254 860 actions) par la société d'investissement, à hauteur de 2,5 % (soit 45 510 actions) par M. Z, manager de la SAS C, et à hauteur de 2,5 % (soit 45 510 actions) par un autre manager

de cette société. Les 190 320 actions de préférence sont souscrites le même jour par versement en numéraire à hauteur de 53 790 actions par la société d'investissement et à hauteur de 68 265 actions respectivement par M. Z et par l'autre manager.

En deuxième lieu, par délibération prise ultérieurement et le même jour, l'assemblée générale de la société C décide, d'une part, d'émettre 6 930 000 obligations convertibles en actions ordinaires de catégorie 1 (OCA 1) d'une valeur nominale de 1 euro par obligation (soit un emprunt obligataire de 6 930 000 euros), d'une durée de 10 ans au taux de 8 %. Ces obligations sont souscrites le même jour par versement en numéraire par la société d'investissement B. Les OCA 1 donnent droit à la conversion d'actions nouvelles. Les obligations sont convertibles en cas de cession de contrôle de la société.

L'assemblée générale de la société C décide, d'autre part, d'émettre 1 079 300 obligations convertibles en actions ordinaires de catégorie 2 (OCA 2) d'une valeur nominale de 1 euro par obligation (soit un emprunt obligataire de 1 079 300 euros), d'une durée de 10 ans au taux de 4 % et dont la souscription est réservée au fondateur de la société A. Ces obligations sont souscrites le même jour par versement en numéraire par M. Y. Les OCA 2 sont réparties en deux tranches qui donnent droit à la conversion d'actions nouvelles selon les modalités suivantes : la tranche 1 (431 720 OCA 2) n'est convertible qu'en cas de cession de contrôle de la société et la tranche 2 (647 580 OCA 2) ne sera convertible qu'à compter du 19 novembre 2020.

En troisième lieu, par délibération prise ultérieurement et toujours le même jour, l'assemblée générale de la société C décide d'émettre 100 000 bons de souscription d'actions (BSA) pour une valeur unitaire de 1,035 euros, soit un montant total de 103 500 euros. Chaque BSA donne le droit de souscrire à des actions nouvelles dont le nombre, dans la limite de 2 000 000 d'actions ordinaires nouvelles, dépend du taux de rentabilité interne (TRI) atteint. Les BSA ne peuvent être exercés qu'à la condition que les managers apportent leurs actions lors de la cession du contrôle de la société C. Ces 100 000 BSA sont répartis et souscrits à concurrence de 10 000 bons par la société d'investissement B, de 20 000 bons par M. Y et de 35 000 bons tant par M. Z que par le second manager.

Les associés de la société C se sont engagés par un pacte d'actionnaires, intitulé « pacte de titulaires de valeurs mobilières ». En vertu de ce pacte, les titres de la société supportent un « vesting » progressif qui est fonction de l'associé concerné, du temps écoulé à compter de la date de souscription initiale des titres et du cas de départ. Ainsi, pour M. Z, associé minoritaire, en cas de départ agréé, le pourcentage de « Titres Vestés » progresse de 20% par an pour atteindre 100 % lorsque ce départ intervient à compter du cinquième anniversaire de la date de cette souscription et, en cas de départ non agréé, le nombre de « Titres Vestés » est nul.

Au terme de ces opérations toutes effectuées le 19 novembre 2010, M. Z, qui détient 2,5 % du capital de la société C, a investi globalement 150 000 euros au titre de la souscription de 45 510 actions ordinaires, pour une somme de 45 510 euros, de 68 265 actions de préférence, pour une somme de 68 265 euros, et de 35 000 bons de souscription d'actions, pour une somme de 36 225 euros.

Il a placé sur son plan d'épargne en actions la totalité des actions ordinaires et des bons de souscription d'actions et une partie des actions de préférence.

Le 13 décembre 2012, les titres de la société C sont cédés (actions ordinaires, actions de préférence, une partie des bons de souscription d'actions, une partie de la tranche 1 des obligations convertibles en actions 2) ou apportés (le solde des bons de souscription d'actions et de la tranche 1 des obligations convertibles en actions 2), ou remboursés (obligations convertibles en actions 1 et la tranche 2 des obligations convertibles en actions 2) à la SAS E, dans le cadre d'un LBO secondaire, pour un montant total de 61 500 000 euros.

M. Z cède à la SAS E la totalité de ses actions ordinaires et de ses actions de préférence ainsi que 14 111 bons de souscription d'actions et il lui apporte 20 889 BSA. Il reçoit ainsi une somme globale de 4 654 108 euros et réalise, compte tenu d'un investissement de 150 000 euros, une plus-value de 4 504 108 euros, dont 1 688 840 euros au titre des BSA cédés et 2 500 048 euros au titre des BSA apportés. La plus-value s'élève à 4 501 003 euros pour les titres placés sur le plan

d'épargne en actions et est exonérée en vertu des dispositions de l'article 157 du code général des impôts dans sa rédaction alors applicable.

A l'issue d'un examen contradictoire de sa situation fiscale personnelle, l'administration a, par une proposition de rectification en date du 21 décembre 2015, considéré que M. Z avait, lors du dénouement du LBO primaire en 2012, bénéficié d'un gain représentatif d'un intéressement ayant pour partie la nature d'un salaire aux motifs, d'une part, que la décote de moindre diversification du risque de 38,5% appliquée lors de l'évaluation des bons de souscription à leur émission constituait un avantage accordé aux managers et, d'autre part, que l'absence de conversion des obligations convertibles en actions de type 1 par la société d'investissement B avait permis aux deux managers de bénéficier sur leurs BSA d'un gain supplémentaire lié à une répartition avantageuse du prix de cession dès lors que le gain net de cession de ces BSA aurait été ramené de 11 271 512 euros à 6 443 471 euros en cas de conversion, soit un écart de 4 828 041 euros représentant 42,83 % du gain net initial.

L'administration a chiffré à 1 755 189 euros, représentant 42,83 % du gain net de cession et d'apport des BSA, le montant de l'intéressement salarial de M. Z imposable dans la catégorie des traitements et salaires et non dans la catégorie des plus-values mobilières. Elle a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit prévu à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales et a imposé cette somme, au titre de l'année 2012, à l'impôt sur le revenu, aux contributions sociales et à la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus.

Le plan d'épargne en actions a, par voie de conséquence, été clôturé en raison du manquement aux règles de fonctionnement d'un tel plan qui ne permettent pas d'y inscrire des salaires. Cette clôture a entraîné l'imposition des plus-values réalisées lors de la cession des actions ordinaires et des actions de préférence inscrites sur le plan d'épargne en actions ainsi que de la quote-part du gain de cession des bons de souscription d'actions non requalifiée en salaires.

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

Le Comité relève que l'administration n'a pas fondé le redressement sur le motif tiré de ce que M. Z aurait inscrit dans son plan d'épargne en actions les bons de souscription d'actions à une valeur de convenance.

Le Comité constate que l'administration n'a pas contesté, dans son principe, la méthode de valorisation des BSA retenue par un cabinet indépendant.

Il estime que, si l'administration a considéré que la décote de moindre diversification du risque de 38,5% retenue par ce cabinet n'était pas fondée dès lors qu'elle conduit à prendre en compte, dans cette valorisation, la situation individuelle des acquéreurs en ce qui concerne la diversification de leurs investissements, et à retenir ainsi une valeur vénale différente fondée sur des éléments extérieurs au titre lui-même et par suite déconnectée du prix de marché et que la non conversion des obligations convertibles en actions de type 1 par la société d'investissement B a eu en l'espèce un effet multiplicateur sur le mécanisme d'intéressement des managers, elle n'apporte toutefois en l'espèce aucun élément permettant d'estimer que cette décote aurait été décidée dans le but de permettre aux managers ayant souscrit des BSA de bénéficier en partie d'un complément de salaires exclusif du risque d'investisseur pris lors de cette souscription et que M. Z, qui a souscrit les BSA à la valeur déterminée par l'évaluateur, aurait, ce faisant, poursuivi un but exclusivement fiscal en inscrivant ces BSA sur son plan d'épargne en actions et en méconnaissant par suite l'objectif poursuivi par le législateur lorsqu'il a exonéré les plus-values réalisées lors de la cession des titres placés sur un tel plan.

Le Comité émet en conséquence l'avis que, compte tenu des éléments portés à sa connaissance et soumis à son appréciation, l'administration n'était pas fondée à mettre en œuvre la procédure d'abus de droit prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

Nota : La fraude repose sur un contournement du régime fiscal attaché aux PEA concernant la nature des revenus éligibles à ce régime et non le plafond légal de souscription. L'administration, estimant qu'en l'espèce des sommes constitutives de salaires ont été frauduleusement soustraites à l'impôt au travers de leur inscription en PEA, a décidé de ne pas se ranger à l'avis du comité.