

# **Recueil des avis rendus par le comité de l'abus de droit fiscal**

## **Année 2022**

**DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES**

**SERVICE DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE ET DU CONTRÔLE FISCAL - BUREAU SJCF 3B**

*(Version février 2023)*

# SOMMAIRE

<b>Titre 1 Droits d'enregistrement.....</b>	<b>4</b>
<b>Chapitre 1. Droits de mutations à titre gratuit.....</b>	<b>4</b>
Montage visant à contourner les dispositions de l'article 750 ter du CGI.....	4
Avis défavorable.....	4
Affaire n° 2022-02 (avis suivi – CADF/AC n°2/2022).....	4
<b>Titre 2 Impôt sur le revenu.....</b>	<b>7</b>
<b>Chapitre 1. Traitements et salaires.....</b>	<b>7</b>
<b>Chapitre 2. Bénéfices agricoles.....</b>	<b>7</b>
<b>Chapitre 3. Bénéfices industriels et commerciaux (BIC).....</b>	<b>7</b>
<b>Chapitre 4. Bénéfices non commerciaux .....</b>	<b>8</b>
<b>Chapitre 5. Revenus fonciers.....</b>	<b>8</b>
Avis favorables.....	8
Affaire n° 2022-05.....	8
Affaire n° 2022-07.....	9
<b>Chapitre 6. Revenus de capitaux mobiliers.....</b>	<b>12</b>
Réduction de capital non motivée par des pertes. Requalification de la plus-value en revenus de capitaux mobiliers.....	12
Avis favorable.....	12
Affaire n° 2021-27.....	12
Prêt fictif dissimulant une distribution.....	15
Avis favorable.....	15
Affaire n° 2022-01.....	15
Boni de liquidation.....	17
Avis favorable.....	17
Affaire n° 2021-29.....	17
<b>Chapitre 7. Plus-values.....</b>	<b>20</b>
I. Plus-values mobilières.....	20
Contournement du régime du sursis d'imposition (150-0 B et 150-0 B ter du CGI)	20
Avis favorables.....	20
Affaire n° 2021-28.....	20
Affaire n° 2021-30.....	22
Affaire n° 2022-11.....	24
Contournement des règles de fonctionnement d'un plan d'épargne en actions....	26
Avis favorable.....	26
Affaire n° 2022-10.....	26
II. Plus-values immobilières.....	29

<b>Titre 3</b>	<b>Impôt sur les sociétés.....</b>	<b><u>30</u></b>
	Utilisation abusive du régime de transfert de déficits du I de l'article 209 du CGI.....	<u>30</u>
	Avis favorable.....	<u>30</u>
	Affaire n° 2022-12.....	<u>30</u>
	Montage visant à bénéficier d'une application littérale des dispositions du 7 bis de l'article 38 du CGI.....	<u>32</u>
	Avis défavorable.....	<u>32</u>
	Affaire n° 2022-13 (avis non suivi – CADF/AC n° 5/2022).....	<u>32</u>
<b>Titre 4</b>	<b>Taxe sur la valeur ajoutée.....</b>	<b><u>37</u></b>
<b>Titre 5</b>	<b>Contribution économique territoriale.....</b>	<b><u>38</u></b>

# TITRE 1 DROITS D'ENREGISTREMENT

## Chapitre 1. Droits de mutations à titre gratuit

- ◆ **Montage visant à contourner les dispositions de l'article 750 ter du CGI**
- ◆ **Avis défavorable**

### **Affaire n° 2022-02 (avis suivi – CADF/AC n°2/2022)**

Mme Z et ses deux fils, MM. X et Y, qui résidaient tous en Suisse depuis 2011, étaient propriétaires en indivision d'une villa. Mme Z détenait ainsi 10/16<sup>ème</sup> en pleine propriété de l'immeuble et chacun de ses enfants 3/16<sup>ème</sup>.

Le 16 novembre 2012, MM. X et Y ont constitué à parts égales la société anonyme de droit luxembourgeois A, au capital social de 31 000 euros, qui a une activité de holding.

Le 4 décembre 2012, la société A a créé l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) B, société de droit français au capital de 10 000 euros, qu'elle détient intégralement et dont l'objet social est l'activité de marchand de biens.

Par un acte notarié du 28 mars 2013, l'indivision XYZ a cédé, pour un prix de 14 millions d'euros, la villa familiale à l'EURL B.

Le prix versé à cette occasion par l'EURL B a été financé par un prêt bancaire et des avances consenties par les deux associés de sa société mère, selon les modalités suivantes.

Le 21 mars 2013, un prêt in fine de 7 millions d'euros, d'une durée d'un an renouvelable quatre fois, a été octroyé à l'EURL B par une banque située à Monaco.

A titre de garantie, la banque bénéficie d'une inscription du privilège de prêteur de deniers de premier rang. Elle dispose également, d'une part, du nantissement de la totalité des parts de l'EURL B à hauteur de 8,4 millions d'euros et, d'autre part, des cautions personnelles et solidaires de MM. X et Y à hauteur du même montant.

Par ailleurs, MM. X et Y ont chacun obtenu d'une banque, située à Genève et appartenant au même groupe que celle établie à Monaco, le 25 mars 2013, une avance de 3,5 millions d'euros dans la perspective d'un remboursement quasi-immédiat lors de la perception, le 28 mars 2013, de la fraction du prix de la villa devant leur revenir.

Cette somme, qu'ils ont chacun versée au notaire, pour le compte de l'EURL B, a été parallèlement inscrite au crédit des comptes courants d'associés ouverts à leurs noms respectifs dans les livres de la société A.

L'administration a constaté lors de son contrôle qu'aux termes de contrats du 8 avril 2013,

Mme Z avait consenti à chacun de ses deux fils un prêt de 4 millions d'euros, dont les fonds ont été versés le 12 avril 2013. Il est stipulé que ces prêts porteront intérêts à un taux fixé d'entente entre la créancière et chaque débiteur au début de l'année civile et que la créancière renonce à toute garantie. Le terme du prêt est d'un an renouvelable, soit jusqu'au 11 avril 2014, pour M. X. S'agissant de M. Y, il est stipulé qu'après une période de franchise expirant le 31 décembre 2014, le débiteur s'acquittera d'échéances de remboursement trimestrielles ne pouvant être inférieures à 30 000 euros. L'administration a relevé que Mme Z avait renoncé à demander le remboursement de ces prêts en 2013 s'agissant de M. X et le 16 juin 2015 s'agissant de M. Y.

L'administration a estimé qu'en rétrocédant à ses enfants, sous forme de prêts dont elle renonçait ensuite à obtenir le remboursement, le prix perçu lors de la vente de ses droits immobiliers à une société créée par ces derniers, Mme Z avait cherché à transformer une donation d'un bien immobilier situé en France, soumise aux droits de mutation à titre gratuit en France en vertu du 2° de l'article 750 ter du code général des impôts, en une donation de somme d'argent en ligne directe, intervenant entre résidents de Suisse, non imposable.

Elle a considéré que MM. X et Y avaient, par une série d'opérations juridiques et financières, dont la création de l'EURL B et la cession à celle-ci des droits immobiliers, constitué un montage artificiel destiné à masquer la mutation à titre gratuit opérée à leur profit par leur mère de sa quote-part de la villa dans le but exclusivement fiscal d'éviter l'application des règles de territorialité prévues par les dispositions du 2° de l'article 750 ter du code général des impôts et d'échapper ainsi à l'assujettissement de cette libéralité aux droits de mutation à titre gratuit.

Par une proposition de rectification du 18 décembre 2019, l'administration a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, pour fraude à la loi. Elle a soumis aux droits de mutation à titre gratuit la libéralité consentie par Mme Z à M. X pour un montant de 4 millions d'euros.

Les droits dus ont été assortis, outre de l'intérêt de retard prévu à l'article 1727 du code général des impôts, de la majoration de 80 % pour abus de droit prévue au b de l'article 1729 de ce code.

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

Le Comité relève que Mme Z et ses deux enfants ont mis en vente en 2011 la villa et ont confié un mandat de recherche d'acquéreur à une agence immobilière spécialisée dans la vente de biens de la même nature que celle de cette villa mais que les diligences entreprises n'ont pu aboutir compte tenu de l'évolution du marché immobilier en 2012. Il estime qu'il n'est pas établi que ces opérations auraient présenté un caractère artificiel.

Le Comité relève encore que, dans ses écritures devant lui, l'administration a indiqué qu'elle ne remettait pas en cause l'interposition, en tant que telle, de l'EURL B et qu'elle ne soutenait pas qu'il s'agissait d'une structure artificielle sans substance destinée à conserver le bien immobilier dans le patrimoine de la famille XYZ.

Il constate que l'EURL B a, en sa qualité de marchand de biens, acquis en 2013 la villa avec pour objectif de procéder à sa rénovation totale avant de la revendre. Il note à cet égard que M. X soutient, sans être contredit, qu'après le dépôt, en février 2014, d'une demande de permis de construire, les travaux d'agrandissement et de rénovation de la villa ont été engagés, qu'ils ont été partiellement financés par un nouvel emprunt bancaire de 2 millions d'euros souscrit en mars 2016 et qu'à la suite de leur achèvement, en mars 2018, un mandat de vente a été confié à plusieurs agences immobilières.

Le Comité estime que la réalité du projet immobilier porté par l'EURL B est ainsi établie, nonobstant le fait que le délai de revente de l'immeuble dans le délai de cinq ans prévu à l'article 1115 du code général des impôts, propre au régime des marchands de bien, n'ait, par ailleurs, pas été respecté.

Le Comité relève que le rachat par l'EURL B de la totalité des droits immobiliers détenus

respectivement par Mme Z et chacun de ses deux enfants a reposé principalement sur des financements bancaires assortis de sûretés réelles et personnelles et n'a pas résulté seulement ou majoritairement des prêts ensuite consentis par Mme Z à ses fils.

Le Comité considère que, dès lors que MM. X et Y n'avaient pas les moyens financiers personnels de racheter les droits immobiliers de leur mère, la création de l'EURL B, outre qu'elle fournissait un cadre juridique précis et organisé pour la gestion de l'immeuble et la réalisation des travaux, a facilité l'obtention de ce financement bancaire et a ainsi permis la réalisation du projet immobilier, ce que ne permettait pas la situation d'indivision antérieure, compte tenu notamment de l'âge de Mme Z.

Le Comité estime que, compte tenu des éléments ainsi portés à sa connaissance, le rachat par l'EURL B de la totalité des droits immobiliers à l'indivision et l'ensemble des opérations ayant permis de mener à bien ce projet ne peuvent s'analyser comme une série d'opérations artificielles ayant pour objet de masquer la mutation à titre gratuit opérée par Mme Z de sa quote-part de la villa au profit de ses deux enfants et ainsi exclusivement destinées à contourner le champ d'application des dispositions du 2° de l'article 750 ter du code général des impôts.

Le Comité émet en conséquence l'avis que, dans les circonstances de l'espèce, 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.

*Affaire liée : n° 2022-03 (avis non reproduit : cf. CADF/AC n° 2/2022)*

## **TITRE 2 IMPÔT SUR LE REVENU**

### **Chapitre 1. Traitements et salaires**

### **Chapitre 2. Bénéfices agricoles**

### **Chapitre 3. Bénéfices industriels et commerciaux (BIC)**

## Chapitre 4. Bénéfices non commerciaux

## Chapitre 5. Revenus fonciers

### ◆ Avis favorables

#### Affaire n° 2022-05

M. et Mme X, nés en 1950, ont constitué la société civile immobilière (SCI) A.

Dotée d'un capital social de 7 662,45 euros, la SCI est contrôlée par les époux X qui en détiennent chacun 250 parts sociales, soit la totalité des 500 parts sociales d'un montant unitaire de 15,25 euros.

Le 19 novembre 2010, la SCI A a acquis un appartement de cinq pièces situé à Paris, d'une superficie de 172 m<sup>2</sup>, au prix de 1 325 000 euros. La société ne détient aucun autre actif immobilier. Cette acquisition a été financée par un apport de la société de 451 000 euros et par un prêt bancaire de 874 000 euros.

Lors de son acquisition, l'appartement était loué depuis mai 2006 à un locataire s'acquittant d'un loyer mensuel hors charges de 4 026 euros. Ce locataire a quitté les lieux en novembre 2013.

Un bail d'habitation non daté, d'une durée de trois ans, prenant effet au 1<sup>er</sup> avril 2015, a été conclu entre la SCI et les époux X et porte sur l'occupation de cet appartement pour un loyer mensuel s'élevant à 1 506 euros.

Les résultats de la SCI sont déterminés selon les règles des revenus fonciers et imposés au nom de ses associés conformément à l'article 8 du code général des impôts. La SCI A a déclaré des résultats déficitaires au titre des années 2013 à 2018.

Ce déficit a pour origine des charges déclarées, constituées des intérêts d'emprunt, de dépenses d'entretien, de réparation et d'amélioration qui excèdent significativement les recettes locatives constituées des loyers facturés par la SCI à ses associés. Ainsi, au titre des années 2016, 2017 et 2018, le déficit déclaré par la SCI s'élève respectivement à 131 659, 54 714 et 26 280 euros.

M. et Mme X ont imputé ces déficits fonciers sur leurs autres revenus fonciers au titre de ces mêmes années.

A l'issue du contrôle des revenus fonciers déclarés par la SCI au titre de ces années, l'administration a, par une proposition de rectification du 12 décembre 2019 adressée à la SCI, mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L.64 du livre des procédures fiscales. Elle a estimé que la location aux époux X de l'appartement situé à Paris n'avait d'autre but que de permettre aux contribuables l'imputation des déficits fonciers de cet immeuble, dont ils avaient conservé la jouissance, sur leurs autres revenus fonciers en faisant ainsi échec aux dispositions du II de l'article 15 du code général des impôts. Elle a rejeté les



déficits fonciers déclarés par la SCI et a retenu un résultat nul pour les trois années en litige.

Par une proposition de rectification également en date du 12 décembre 2019, l'administration a notifié aux époux X, selon la même procédure, les conséquences du redressement notifié à la société et a rehaussé les revenus fonciers qu'ils avaient déclarés. Les impositions supplémentaires à l'impôt sur le revenu, aux contributions sociales et à la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus, procédant de ce redressement, ont été assorties de la majoration pour abus de droit au taux de 80 % prévue au b) de l'article 1729 du code général des impôts.

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

Le Comité rappelle qu'il ressort des travaux préparatoires de l'article 11 de la loi n° 64-1279 du 23 décembre 1964 de finances pour 1965 d'où sont issues les dispositions du II de l'article 15 du code général des impôts que l'objectif poursuivi par le législateur était, d'une part, de simplifier le régime fiscal des propriétaires occupants compte tenu des difficultés qui s'attachent à l'évaluation des loyers implicites qu'ils se versent à eux-mêmes et, d'autre part, de faire obstacle à la déduction du revenu imposable de déficits fonciers susceptibles, dans cette hypothèse, de résulter de la surévaluation des charges et de la sous-évaluation des revenus.

Il note que les époux X détiennent la totalité du capital social de la SCI A et qu'ils ont signé avec la SCI un bail à usage d'habitation portant sur l'appartement situé à Paris.

Le Comité relève que le montant des dépenses déduites par la SCI A au titre des intérêts d'emprunt et des travaux entrepris sur cet appartement rend structurellement déficitaire son résultat eu égard au montant du loyer mensuel de 1 506 euros prévu par le bail, étant observé que les loyers perçus ont été nuls en 2016 et 2018 et qu'ils se sont élevés à seulement 9 000 euros en 2017.

Le Comité considère que, dans les circonstances dans lesquelles ce bail a été conclu, les époux X doivent être regardés comme s'étant réservés la jouissance de cet appartement alors même qu'ils ne l'ont pas effectivement occupé en raison de travaux dont il n'est pas contesté qu'ils avaient la nature de travaux d'entretien, de réparation et d'amélioration et dont il n'est établi ni qu'ils auraient fait obstacle à son habitabilité ni que leur durée de réalisation sur plusieurs années procéderait de circonstances indépendantes de la volonté des parties.

Le Comité estime en conséquence que la SCI A ne s'est pas comportée avec M. et Mme X comme avec des tiers et que les intéressés avaient ainsi disposé du bien comme s'ils en étaient les propriétaires occupants et s'étaient de la sorte placés dans une situation offrant les possibilités de sous-estimation des résultats fonciers que le législateur a entendu combattre.

Le Comité en déduit que cette application littérale des dispositions du II de l'article 15 du code général des impôts allant à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, l'administration était fondée à remettre en cause les déficits fonciers issus de la SCI A.

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.

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, comme en ayant 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.

*Affaire liée : n° 2022-06 (avis non reproduit : cf. CADF/AC n° 3/2022)*

### **Affaire n° 2022-07**

M. Z et Mme W, sa sœur, ont hérité au décès de leur père en 1977 de la moitié indivise d'une propriété bâtie, composée de maisons d'habitation et de dépendances, d'un parc d'agrément et des terres attenantes. L'autre moitié indivise est détenue par leur mère. Un bail d'habitation,

tacitement renouvelable, portant sur une maison comprise dans la propriété, d'une superficie de 70 m<sup>2</sup>, a été conclu en 1992 par leur mère avec un tiers. En 2004, leur mère leur a fait donation de sa part indivise de cet ensemble immobilier.

Le 1<sup>er</sup> juillet 2006, M. Z et ses deux enfants, M. X et Mme Y, ont constitué la société civile immobilière (SCI) A. Cette société a pour objet l'acquisition, l'administration et la gestion par location ou autrement de tous immeubles et biens immobiliers et notamment de l'ensemble immobilier susmentionné. Son capital social, d'un montant de 927 500 euros, est composé de 7 420 parts, d'une valeur nominale de 125 euros.

M. Z a apporté la moitié indivise de cet ensemble immobilier, valorisée à 463 750 euros et a reçu en contrepartie 3 710 parts, représentant 50 % du capital de la SCI A. M. X et sa sœur ont apporté chacun une somme de 231 875 euros et ont reçu en contrepartie 1 855 parts, représentant 25 % du capital de la SCI A.

Le même jour, la SCI A en cours de formation a acquis auprès de Mme W, sœur de M. Z, la seconde moitié indivise de cet ensemble immobilier, au prix de 463 750 euros.

Afin de financer des travaux d'entretien, de réparation et d'amélioration de l'ensemble immobilier, la SCI A a ultérieurement souscrit deux emprunts bancaires en date des 29 avril 2009 et 28 juin 2018 pour des montants s'élevant respectivement à 1 100 000 euros et 200 000 euros.

Le 28 décembre 2011, un bail d'habitation a été conclu entre la SCI A et M. Z. Il porte sur l'occupation d'une partie d'une maison d'habitation, pour une superficie de 154 m<sup>2</sup> à usage de résidence principale et pour une superficie de 128 m<sup>2</sup> à usage de parties communes aux locataires de cette maison. Le loyer annuel, fixé à 17 000 euros, a bénéficié d'un allègement temporaire en raison des travaux : 6 000 euros annuels de 2012 à 2014, puis 12 000 euros annuels en 2015 et 2016 et 17 000 euros annuels à compter de 2017.

Le 15 décembre 2013, un bail d'habitation est conclu entre la SCI A et M. X. Il porte sur l'occupation d'une partie d'une maison d'habitation, pour une superficie de 111 m<sup>2</sup> à usage de résidence principale et pour une superficie de 142 m<sup>2</sup> à usage de parties communes aux locataires de cette maison. Le loyer annuel, fixé à 9 000 euros, a bénéficié également d'un allègement temporaire en raison des travaux : 3 000 euros annuels en 2014, puis 6 000 euros annuels en 2015 et 2016 et 9 000 euros annuels à compter de 2017.

Le 15 décembre 2013, un autre bail d'habitation est également conclu entre la SCI A et Mme Y. Il porte sur l'occupation d'une partie d'une maison d'habitation, pour une superficie de 112 m<sup>2</sup> à usage de résidence principale et pour une superficie de 142 m<sup>2</sup> à usage de parties communes aux locataires de cette maison. Le loyer annuel, fixé à 9 000 euros, a bénéficié là encore d'un allègement temporaire en raison des travaux : 3 000 euros annuels en 2014, puis 6 000 euros annuels en 2015 et 2016 et 9 000 euros annuels à compter de 2017.

Les résultats de la SCI A, qui n'a pas opté pour son assujettissement à l'impôt sur les sociétés, sont déterminés selon les règles des revenus fonciers et imposés, conformément à l'article 8 du code général des impôts, au nom de ses associés au prorata de leurs droits dans cette société. La SCI A a déclaré au titre des années 2016, 2017 et 2018 des résultats fonciers déficitaires s'élevant respectivement à 103 438 euros, 99 164 euros et 49 571 euros.

Ces déficits ont pour origine les charges déclarées, constituées d'intérêts d'emprunt et de dépenses d'entretien, de réparation et d'amélioration, qui ont excédé significativement les recettes locatives correspondant aux loyers facturés aux trois associés de la SCI ainsi qu'à une tierce personne, locataire depuis 1992 d'une maison comprise dans la propriété.

A la suite d'un contrôle sur pièces des déclarations de revenus souscrites par M. X au titre des années 2016, 2017 et 2018, l'administration a, par une proposition de rectification en date du 22 octobre 2019, mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales. Elle a estimé que la location par cette SCI familiale à ses trois associés d'une partie des locaux de la propriété n'avait d'autre but que de permettre aux contribuables l'imputation des déficits fonciers de cette propriété, dont ils avaient conservé la jouissance, sur les autres revenus fonciers qu'ils ont retirés à raison d'autres immeubles

détenus par une autre SCI familiale et, en faisant ainsi échec aux dispositions du II de l'article 15 du code général des impôts, de minorer pour chacun d'eux leur impôt sur le revenu. Elle a rejeté les déficits fonciers déclarés par la SCI A pour les années 2016, 2017 et 2018 au titre des locaux des maisons d'habitation occupés par les associés.

L'administration a ainsi notifié à M. X des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales, pour une somme s'élevant, respectivement au titre des années 2016 et 2017, à 14 293 euros et à 50 898 euros, aucune imposition supplémentaire n'étant due au titre de l'année 2018. Elle a assorti les droits dus de la majoration pour abus de droit fiscal au taux de 80 %.

Le Comité a entendu ensemble le conseil de M. X ainsi que le représentant de l'administration.

Le Comité rappelle qu'il ressort des travaux préparatoires de l'article 11 de la loi n° 64-1279 du 23 décembre 1964 de finances pour 1965, d'où sont issues les dispositions du II de l'article 15 du code général des impôts, que l'objectif poursuivi par le législateur était, d'une part, de simplifier le régime fiscal des propriétaires occupants compte tenu des difficultés qui s'attachent à l'évaluation des loyers implicites qu'ils se versent à eux-mêmes et, d'autre part, de faire obstacle à la déduction du revenu imposable de déficits fonciers susceptibles, dans cette hypothèse, de résulter de la surévaluation des charges et de la sous-évaluation des revenus.

Le Comité constate qu'en dehors de la location consentie à un tiers en 1992 préalablement à la constitution de la SCI A, qui ne possède que cet ensemble immobilier, les locations ont été consenties par cette SCI exclusivement à ses trois associés, membres de la famille, qui ont occupé les biens loués à titre de résidence principale. Il note que les recettes globales perçues par la SCI en 2016, 2017 et 2018 s'élèvent respectivement aux sommes de 26 744 euros, 39 079 euros et 39 735 euros et que ces recettes proviennent dans une proportion très élevée, à concurrence respectivement de 24 000 euros en 2016 et de 35 000 euros en 2017 et 2018, des loyers versés par ces trois associés.

Le Comité relève que le montant des dépenses déduites par la SCI A, au titre des travaux d'entretien, de réparation et d'amélioration entrepris sur la propriété et des intérêts d'emprunts souscrits par celle-ci pour financer ces travaux, s'est élevé à 123 256 euros en 2016, 130 797 euros en 2017 et 80 664 euros en 2018, alors que le montant des recettes a été de 26 744 euros, 39 079 euros et 39 735 euros. Il constate que, compte tenu des frais et charges s'élevant à 6 926 euros, 7 386 euros et 8 642 euros, le résultat foncier, structurellement déficitaire depuis 2011, fait apparaître au titre des trois années en litige un déficit s'élevant respectivement à 103 438 euros, 99 164 euros et 49 571 euros.

Le Comité constate au surplus que les associés de la SCI A sont également associés dans les mêmes proportions dans la SCI B et que cette dernière société génère des revenus fonciers bénéficiaires depuis 2006, de sorte que, par l'imputation des déficits fonciers dégagés par la SCI A sur les bénéfices fonciers réalisés par la SCI B, ces associés, dont M. X, ont chacun minoré le montant de leur impôt sur le revenu et de leurs contributions sociales.

Le Comité estime que, dans les circonstances de l'espèce et alors même que le montant du loyer n'a pas été remis en cause par l'administration, la SCI A ne s'est pas comportée avec M. X comme avec un tiers et que celui-ci a ainsi disposé du bien comme s'il en était le propriétaire occupant et s'est de la sorte placé dans une situation offrant les possibilités de sous-estimation des résultats fonciers que le législateur a entendu combattre.

Le Comité en déduit que cette application littérale des dispositions du II de l'article 15 du code général des impôts allant à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, l'administration était fondée à remettre en cause les déficits fonciers issus de la SCI A.

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.

Enfin, le Comité estime que, pour les années en litige et à raison de la quote-part du déficit foncier déclaré par la SCI A que M. X a imputée sur ses autres revenus fonciers, le

contribuable doit être regardé comme ayant eu l'initiative principale de l'acte constitutif de l'abus de droit et, en outre, comme en ayant été l'un des 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.

*Affaires liées : n° 2022-08 et 2022-09 (avis non reproduits : cf. CADF/AC n° 4/2022)*

## Chapitre 6. Revenus de capitaux mobiliers

### ◆ Réduction de capital non motivée par des pertes. Requalification de la plus-value en revenus de capitaux mobiliers

#### ◆ Avis favorable

#### Affaire n° 2021-27

La société à responsabilité limitée (SARL) A est une société holding créée en 2003 par M. X et son épouse. Le capital social de 8 000 euros est constitué de 800 parts sociales d'une valeur nominale de 10 euros. M. X détenait 799 parts de la société dont il était le gérant et son épouse une part.

La société A détenait en 2014, après diverses opérations, l'intégralité du capital de la société B, qui avait été fondée par le grand-père de M. X en 1954 et exerçait une activité de fabrication d'emballages en bois.

Par acte du 9 juillet 2014, la société A a cédé la totalité de sa filiale B à un tiers pour un prix de 8 571 177 euros.

Au 31 décembre 2015, le capital social de la société A, d'un montant de 1 495 800 euros, était composé de 149 580 parts sociales d'une valeur nominale de 10 euros. M. X détenait 140 742 parts sociales (soit 94,09 % du capital) et Mme X détenait 8 838 parts sociales (soit 5,91 % du capital), dont 8 837 lui avaient été données en 2010 par son mari. M. et Mme X sont les cogérants de la société depuis 2010.

Le 4 juillet 2016, lors de l'assemblée générale extraordinaire de la société A, les associés ont adopté à l'unanimité plusieurs résolutions. Ils ont notamment décidé de réduire le capital social de la société de 213 690 euros par annulation de titres suite au rachat par la société A de 21 369 parts sociales détenues par M. X, d'une valeur unitaire de 70,20 euros, soit un prix total de 1 500 000 euros. L'opération s'est traduite, d'une part, par une réduction de capital à hauteur de la valeur nominale des titres annulés, soit 213 690 euros et, d'autre part, par une diminution des « autres réserves » à concurrence de la différence entre la valeur de rachat des titres et la valeur nominale de ces derniers, soit 1 286 310 euros.

En contrepartie de la cession de ses parts sociales, la somme de 1 500 000 euros a été inscrite le 4 juillet 2016 au crédit du compte courant d'associé détenu par M. X dans les livres de la société A.

À l'issue de cette opération, le capital social de la société A d'un montant de 1 282 110 euros était composé de 128 211 parts sociales d'une valeur nominale de 10 euros. M. X détenait

119 373 parts sociales (soit 93,11 % du capital) et Mme X détenait 8 838 parts sociales (soit 6,89 % du capital).

Au cours de la même assemblée générale du 4 juillet 2016, les associés ont adopté une seconde résolution prévoyant, sous réserve de l'adoption de la résolution relative à la réduction de capital, d'augmenter le capital social de la société d'une somme de 213 690 euros, prélevée sur le compte « autres réserves », par la création de 21 369 parts sociales d'une valeur nominale de 10 euros chacune, attribuées gratuitement aux associés et réparties au prorata de leur participation dans le capital à l'issue de l'opération de rachat.

À l'issue de cette double opération de réduction puis d'augmentation de capital, décidée le même jour, le capital social de la société A s'établissait donc à nouveau à un montant de 1 495 800 euros et était composé de 149 580 parts sociales d'une valeur nominale de 10 euros. M. X détenait 139 269 parts sociales (soit 93,11 % du capital) et Mme X détenait 10 311 parts sociales (soit 6,89 % du capital).

M. X a prélevé 13 000 euros sur son compte courant d'associé le 19 septembre 2016, et le solde, soit 1 487 000 euros, le 27 septembre 2016.

Par acte de donation-partage du 18 juillet 2016, M. et Mme X ont transmis à chacun de leurs deux enfants, la nue-propriété de 8 308 parts sociales de la société A.

Selon la déclaration des revenus de l'année 2016 souscrite par M. et Mme X, le gain retiré lors du rachat des 21 369 parts sociales de M. X a bénéficié des dispositions du 6° de l'article 112 du code général des impôts conduisant à une imposition à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des plus-values de cession de valeurs mobilières prévue à l'article 150-0 A du même code d'une somme de 479 025 euros, calculée après application pour partie d'un abattement pour durée de détention de droit commun de 65 % prévu par le b du 1 ter de l'article 150-0 D de ce code et pour partie d'un abattement pour durée de détention renforcé de 85 % prévu par le 3° du A du 1 quater de ce même article. La plus-value de 1 437 176 euros, calculée sans abattement pour durée de détention, a été soumise aux prélèvements sociaux au titre des revenus du patrimoine et à la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus.

À l'issue d'un contrôle sur pièces, l'administration a considéré qu'en décidant en 2016, par une même délibération, de l'opération de rachat par la société A de ses propres titres, détenus par M. X, suivi de leur annulation, afin de procéder à une réduction de capital non motivée par des pertes, suivie immédiatement d'une opération d'augmentation de capital de même montant, M. et Mme X, seuls associés de la société A, avaient recherché le bénéfice d'une application littérale des dispositions du 6° de l'article 112 du code général des impôts dans le but exclusivement fiscal d'éluder l'impôt frappant les distributions de dividendes.

Par une proposition de rectification en date du 11 octobre 2019, l'administration a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales. Elle a écarté la qualification de plus-value et a remis en cause l'application à la somme versée par la société sous ce libellé du régime prévu à l'article 150-0 A du code général des impôts ainsi que le bénéfice des abattements pour durée de détention pour taxer, au titre de l'année 2016, la somme de 1 500 000 euros à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers en application du 1 de l'article 109 de ce code sans appliquer l'abattement de 40 % prévu par le 2° du 3 de l'article 158 du même code ainsi qu'aux contributions sociales. Elle a également notifié un rappel de contribution exceptionnelle sur les hauts revenus. L'administration a assorti les droits dus de la majoration pour abus de droit de 80 %.

Le Comité a entendu ensemble M. et Mme X et leur conseil ainsi que le représentant de l'administration.

Le Comité relève que l'article L. 223-34 du code de commerce prévoit que l'achat de ses propres parts par une SARL est interdit mais que l'assemblée qui a décidé une réduction du capital non motivée par des pertes peut autoriser son gérant à acheter un nombre déterminé de parts sociales pour les annuler.

Le Comité relève également que le législateur a, par la modification apportée au 6° de l'article

112 du code général des impôts par la loi n° 2014-1655 du 29 décembre 2014, généralisé le régime des plus-values applicable à la taxation des sommes attribuées aux actionnaires ou aux associés au titre du rachat de leurs titres et a mis fin pour l'avenir au régime hybride de taxation, qui se traduisait par l'application pour partie du régime des distributions et pour partie du régime des plus-values en vertu des dispositions combinées des articles 109, 150-0 A, 150-0 D et 161 du même code. Il constate que ce régime des plus-values s'applique ainsi depuis le 1er janvier 2015 notamment aux gains réalisés lors du rachat par une société de ses titres suivi de leur annulation dans le cadre d'une réduction de capital non motivée par des pertes.

Le Comité estime qu'en présence d'une opération de rachat par une société à l'un de ses associés, d'une partie de ses titres suivie de leur annulation dans le cadre d'une réduction de capital non motivée par des pertes, l'appréhension par cet associé des sommes qui lui sont versées à raison de ce rachat ne caractérise pas un abus de droit au seul motif qu'il aurait ainsi choisi la voie la moins imposée pour bénéficier de la mise à disposition de sommes issues des réserves de la société.

Il considère qu'il en va différemment si l'administration établit au vu de l'ensemble des circonstances dont elle se prévaut qu'une telle opération constitue un montage artificiel contraire de ce fait à l'intention poursuivie par le législateur, ayant pour seul but de permettre à cet associé d'appréhender des distributions effectuées par la société, imposables selon les règles applicables aux revenus de capitaux mobiliers et de bénéficier ainsi du régime des plus-values prévu par le 6° de l'article 112 du code général des impôts ainsi que de l'abattement pour durée de détention.

Le Comité constate que les décisions de l'assemblée générale de la société A, prises le 4 juillet 2016, de procéder à une opération de réduction de capital non motivée par des pertes et à une opération d'augmentation de capital du même montant ont eu pour effet de rétablir exactement le montant antérieur du capital social de la société. Il note que, compte tenu de l'ensemble des décisions de l'assemblée générale, le montant des capitaux propres a été réduit et est passé de 10 551 841 euros à la date de cette assemblée, à 9 051 841 euros compte tenu de la somme de 1 500 000 euros attribuée à M. X.

Il relève que l'opération de réduction de capital non motivée par des pertes a permis à M. X d'appréhender une somme globale de 1 500 000 euros inscrite à son compte courant d'associé détenu dans la société. Il constate que cette somme a été prélevée en septembre 2016.

Le Comité note que M. X fait valoir qu'après la cession en 2014 de la société B, il s'est attaché à développer, à partir de la société A, un groupe dans la distribution de vêtements et accessoires de sport en intégrant son épouse et ses deux fils à ce projet, que le foyer fiscal a entendu opérer un prélèvement d'un montant de 1 500 000 euros sur les réserves distribuables de la société A afin de financer ses dépenses personnelles pendant la phase de démarrage de la nouvelle activité, les rémunérations versées par la société A à M. et Mme X ayant diminué et aucune distribution de dividendes n'ayant été décidée depuis cette cession et que la réduction de capital a permis d'augmenter la part du capital social détenue par son épouse avec laquelle il est marié sous le régime de la séparation de biens et a ainsi poursuivi une finalité patrimoniale propre.

Le Comité estime que, si la réduction de capital a eu pour effet une relution de Mme X dans le capital social de la société, celle-ci a eu un caractère très marginal, que le régime matrimonial sous lequel M. et Mme X se sont placés est sans incidence à cet égard et que la circonstance alléguée par le contribuable selon laquelle la réduction des capitaux propres aurait permis de les redimensionner et de les mettre en adéquation avec la nouvelle activité du groupe ne constitue pas non plus, en l'espèce, une circonstance particulière probante permettant de considérer que l'opération de réduction de capital remise en cause par l'administration avait, alors qu'elle a été suivie concomitamment d'une augmentation de capital de même montant, une justification autre que fiscale visant à appréhender en partie les réserves distribuables de la société, issues du résultat exceptionnel provenant de la cession en 2014 de la société B. Il en déduit que l'administration établit par les éléments dont elle se prévaut le caractère artificiel

de cette opération.

Le Comité considère, par suite, que ce montage artificiel, contraire de ce fait à l'intention du législateur, a été exclusivement inspiré par la volonté du foyer fiscal d'appréhender des distributions effectuées par la société, imposables selon les règles applicables aux revenus de capitaux mobiliers, et de bénéficier ainsi du régime des plus-values prévu par le 6° de l'article 112 du code général des impôts ainsi que de l'abattement pour durée de détention.

Le Comité émet en conséquence l'avis que, dans les circonstances de l'espèce, 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.

Le Comité estime que M. et Mme X ont eu l'initiative principale des actes constitutifs de l'abus de droit et que leur foyer fiscal 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.

## ◆ **Prêt fictif dissimulant une distribution**

### ◆ **Avis favorable**

#### **Affaire n° 2022-01**

M. X, résident britannique, a constitué le 5 janvier 2000, le trust « A », dénommé ultérieurement en 2003 « B ». Ce trust est dit discrétionnaire et irrévocable et ses bénéficiaires sont le constituant, premier bénéficiaire, son épouse, ses enfants et leur descendance ainsi que toute personne qui serait ajoutée en vertu de la clause 3 de la partie I de l'acte constitutif.

Le trust B a pour administrateur lors de sa constitution la société C jusqu'en 2011. Un changement de trustee est alors intervenu et, par contrat du 24 janvier 2011, la société D est devenue le nouveau trustee. Cette société a fusionné le 14 octobre 2011 avec la société E, actuel trustee. Toutes ces sociétés sont établies aux Iles Vierges britanniques.

M. X est résident fiscal en France depuis 2004.

La société F, établie au Royaume-Uni, a été créée le 22 septembre 2004. Selon le registre du commerce et des sociétés britannique, elle dispose d'un capital de 2 livres sterling. Cette société figure à l'actif du trust B pour la valeur de son capital social.

M. et Mme X ont fait l'objet d'un examen contradictoire de situation fiscale personnelle portant sur les années 2012 et 2013 et d'un contrôle sur pièces portant sur les années 2011, 2014 et 2015. Dans le cadre de cet examen, ils ont été invités à justifier de deux virements, s'élevant à 1 000 000 euros en date du 3 décembre 2012 et de 814 500 euros en date du 25 mars 2013, effectués respectivement sur un compte bancaire ouvert au Royaume-Uni au nom de M. X et sur un compte ouvert en France au nom des époux. Ils ont indiqué que ces sommes provenaient de prêts accordés par la société de droit britannique F et ont fourni les contrats de prêt. Par ailleurs, ils ont communiqué, dans le cadre du contrôle sur pièces, des conventions de prêts conclues avec la même société. Il résulte de ces contrats que les prêts s'élèvent à une somme de 4 000 000 euros pour le contrat en date du 22 décembre 2011, de 1 000 000 euros pour le contrat en date du 1<sup>er</sup> mars 2013, d'également 1 000 000 euros pour le contrat en date du 25 février 2015 et de 814 500 euros pour le contrat en date du 5 novembre 2015, soit une somme globale de 6 814 500 euros. Les trois premiers contrats ont été dûment enregistrés au service des impôts des entreprises.

A l'issue de son contrôle, l'administration a estimé que les conventions de prêt conclues entre la société F, société interposée du trust, et M. X avaient pour seul objectif de dissimuler la distribution de produits par le trust au profit de M. X, son constituant et principal bénéficiaire.

Par deux propositions de rectification en date du 23 mai 2017, faisant suite, d'une part, au contrôle sur pièces et, d'autre part, à l'examen contradictoire de situation fiscale personnelle,

l'administration a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L 64 du livre des procédures fiscales et a écarté ces contrats de prêts au motif qu'en raison de leur caractère fictif, ils ne lui étaient pas opposables. Elle a, en application du 9° de l'article 120 du code général des impôts, réintégré dans les revenus imposables de M. et Mme X les sommes de 4 000 000 euros, 1 000 000 euros, 814 500 euros et 1 000 000 euros respectivement au titre des années 2011, 2012, 2013 et 2015, regardées comme des revenus de capitaux mobiliers. Elle a assorti les cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu, de contributions sociales et de contribution exceptionnelle sur les hauts revenus de la majoration pour abus de droit fiscal au taux de 80 %.

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

Le Comité précise que la circonstance qu'un contrat de prêt soit enregistré auprès de l'administration et inscrit dans la comptabilité d'une entité ne fait pas obstacle à ce que le service procédant à son contrôle mette en œuvre la procédure d'abus de droit fiscal si elle établit que ce contrat ne correspond pas à une situation réelle mais dissimule sous cette apparence une situation différente.

Le Comité constate que les sommes versées au profit de M. X, si elles correspondent aux prêts qui lui ont été accordés et si ceux-ci ont été enregistrés dans la comptabilité du trust B, ne proviennent pas directement ou indirectement de la société F et n'ont jamais transité par un compte bancaire appartenant à cette société.

En premier lieu, il relève que les sommes de 4 000 000 euros, correspondant au contrat de prêt du 22 décembre 2011, et de 1 000 000 euros, correspondant au contrat de prêt du 1<sup>er</sup> mars 2013, ont été débitées respectivement le 1<sup>er</sup> décembre 2011 et le 3 décembre 2012 d'un compte détenu par le trust et versées directement sur le compte bancaire de M. X. Il relève également que la somme de 1 000 000 euros, correspondant au contrat de prêt du 25 février 2015, versée en 2015 par moitié en deux virements en date du 25 février 2015 et 17 juin 2015 effectués directement sur le compte de M. X, provient du débit d'un compte détenu dans la même banque que le trust par la société H, établie aux Iles Vierges britanniques, étant précisé qu'un virement de 500 000 euros est intervenu à partir du compte du trust détenu dans cette banque au profit de cette dernière société le 12 juin 2015 et que, par ailleurs, des virements ont été effectués régulièrement par cette société sur le compte du trust. Il en déduit que la somme globale de 6 000 000 euros est ainsi issue de la trésorerie du trust B ainsi que des versements effectués au profit du trust par la société H mais qu'elle ne provient pas, en toute hypothèse, de la société F.

En second lieu, le Comité constate que les virements de la somme de 814 500 euros, correspondant au contrat de prêt du 5 novembre 2015 et qui ont été effectués en quatre versements intervenus les 18 avril 2012, 2 octobre 2012, 23 janvier 2013 et 6 février 2013, ne proviennent pas davantage de la société F.

Le Comité relève par ailleurs que la société F, établie au Royaume-Uni, est qualifiée, selon le registre anglais des sociétés, de société dormante, qu'elle ne dispose d'aucun actif alors qu'elle aurait été créée, selon le contribuable, par les trustees pour les besoins de gestion des flux financiers et d'investissement du trust et qu'elle n'a réalisé effectivement aucune opération comptable ou financière et notamment celles qui auraient dû résulter de ses droits et obligations contractuels liés à la conclusion de ces prêts. Il note au surplus que les garanties du prêteur résultant des contrats apparaissent insuffisantes au regard des sommes versées à l'emprunteur et qu'en dépit des risques en résultant notamment pour le premier contrat, la société F a continué à signer des contrats de prêts de sorte que ces opérations ne peuvent être regardées comme ayant été effectuées dans les conditions réelles des relations entre un créancier et un débiteur.

Le Comité relève enfin que, si certains prêts ont été inscrits à l'actif du trust B, il est constant que les intérêts prévus contractuellement n'ont fait l'objet d'aucun versement et qu'ils ont systématiquement conduit, à la clôture du bilan de chaque exercice, à la constatation dès leur échéance d'une provision pour intérêts irrécouvrables pour l'intégralité de leur montant.



Le Comité considère que l'administration établit ainsi par l'ensemble des éléments dont elle se prévaut que les contrats de prêts conclus entre la société F et M. X sont dénués de force probante et doivent être regardés comme fictifs, dès lors qu'ils ont conduit à créer une apparence juridique permettant à M. X de contrôler et de disposer librement des biens dont il s'était préalablement dessaisi lors de la constitution du trust B. Il estime que l'interposition de ces contrats n'a eu pour objectif que de dissimuler l'appréhension par M. X en franchise d'impôt de sommes provenant du trust et devant être regardées, en l'absence d'éléments contraires soumis à l'appréciation du Comité, comme des produits distribués par celui-ci.

Le Comité émet l'avis que l'administration était fondée en l'espèce à mettre en œuvre la procédure d'abus de droit fiscal prévue à l'article L 64 du livre des procédures fiscales et 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.

## ◆ **Boni de liquidation**

### ◆ **Avis favorable**

#### **Affaire n° 2021-29**

M. X détenait au 31 décembre 2007 99,98 % du capital, d'un montant de 100 000 euros, de la société à responsabilité (SARL) A dont il est le dirigeant et qui exerce une activité de holding. Cette société détenait 99,8 % du capital, d'un montant de 560 000 euros, de la SARL B dont M. X est également le dirigeant.

La SARL B a cédé le 30 juin 2008 à un tiers l'intégralité des 67 499 titres de participation de la société C, représentant 99,99 % du capital de cette société, pour une somme de 3 849 943 euros. Elle a également cédé les murs de cette société pour un montant de 400 000 euros. La société a déclaré le produit de cette cession en produit exceptionnel, s'élevant à 1 816 164 euros, au titre de ses résultats fiscaux de l'exercice clos en 2008.

Les SARL A et B ont transféré le 11 novembre 2009 à Londres leurs sièges sociaux auparavant situés en France et les sociétés anglaises D (Limited) et E (Limited) ont respectivement et concomitamment été créées. A la suite de ce transfert en Angleterre, les sociétés A et B ont fait l'objet d'une radiation sans liquidation du registre du commerce et des sociétés respectivement les 4 et 7 décembre 2009. Ce transfert du siège social vers un Etat membre de l'Union européenne n'a pas entraîné les conséquences d'une cessation d'entreprise en vertu du troisième alinéa du 2 de l'article 221 du code général des impôts dans sa rédaction alors applicable et est donc resté sans conséquence fiscale à l'égard des associés dès lors non imposables sur le boni de liquidation. Les deux sociétés anglaises ont été dissoutes le 28 juin 2011.

A la suite d'une visite domiciliaire effectuée le 10 octobre 2008 dans les locaux d'une société proposant des produits de défiscalisation à ses clients, l'administration fiscale a procédé à la saisie de divers documents faisant présumer une fraude fiscale commise par M. X. Elle a déposé plainte auprès du procureur de la République. Les éléments communiqués par le Procureur national financier ont conduit l'administration à considérer que le montage initié par cette société, se traduisant par la création de sociétés à l'étranger et l'ouverture de comptes également à l'étranger, conduisait à l'apparence d'un transfert dans un pays de l'Union européenne du siège social des deux sociétés françaises à seule fin d'éviter l'imposition des associés à raison du boni réalisé lors de leur liquidation en France.

L'administration a constaté que le montage avait en l'espèce impliqué l'utilisation de deux sociétés dormantes étrangères, la société F, immatriculée à Londres depuis le 9 décembre 2004 et la société G immatriculée à Gibraltar depuis le 24 juin 2008. La société G est détenue par M. X et possède depuis le 9 décembre 2009 l'intégralité du capital de la société F, laquelle

détient la société H établie au Royaume-Uni.

L'administration a relevé que des virements provenant du compte bancaire de la SARL B à destination des comptes bancaires ouverts dans une banque établie en Lettonie au nom des sociétés F et H avaient été constatés en 2009. Un virement en date du 11 septembre 2009 et deux virements en date du 30 décembre 2009 ont été effectués en faveur de la société F pour un montant total de 1 342 031 euros. Quatre virements en date des 18 mai 2009, 22 septembre et 30 décembre 2009 ont été réalisés au profit de la société H pour un montant global de 1 319 275 euros. M. X est mandataire et bénéficiaire économique des comptes bancaires de ces sociétés.

L'administration a également relevé que les sommes versées sur les comptes ouverts en Lettonie avaient été transférées, à l'initiative de M. X, vers des comptes ouverts au Luxembourg que celui-ci détenait directement ou indirectement et lui avaient permis de procéder à l'acquisition de deux biens immobiliers situés respectivement en France et au Portugal et d'un véhicule de marque.

Elle a estimé que les sociétés anglaises D et E n'avaient jamais eu d'activité à l'étranger et que le montage mis en place impliquant les sociétés anglaises F et H et la société G établie à Gibraltar, structures sans activités et constituant des coquilles vides, ne poursuivait d'autre objectif que de donner l'apparence d'un transfert de siège social des SARL A et B de la France vers l'Angleterre afin de bénéficier des dispositions du troisième alinéa du 2 de l'article 221 du code général des impôts dans sa rédaction alors applicable et de ne pas faire supporter à M. X la taxation à son nom du boni de liquidation de ces deux sociétés à la suite de la cessation définitive de leurs activités en France.

L'administration a mis en œuvre la procédure d'abus de droit fiscal prévue par l'article L 64 du livre des procédures fiscales. Estimant que, bien que régulier en la forme, le transfert du siège social des sociétés A et B ne recouvrait aucune réalité tant juridique qu'économique et devait être écarté comme fictif, l'administration a, par une proposition de rectification en date du 11 avril 2019, fait application des dispositions de l'article 111 bis et du 3° de l'article 112 du code général des impôts et imposé M. X au titre de l'année 2009 à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers à raison du boni de liquidation d'un montant de 4 549 705 euros. Elle a également notifié un rehaussement des contributions sociales et a assorti les droits dus de la majoration pour abus de droit au taux de 80 % prévu par le b) de l'article 1729 de ce code.

Le Comité a entendu ensemble lors de la séance du 4 février 2022 le contribuable et son conseil ainsi que le représentant de l'administration.

Le Comité a décidé, compte tenu des arguments développés lors de cette séance, de procéder à un complément d'instruction et a, par lettre du 17 février 2022, demandé au contribuable de lui adresser des documents complémentaires. M. X lui a fait parvenir, le 15 avril 2022 dans le délai qui lui était imparti, certaines des pièces dont la production était demandée ainsi que d'autres documents. L'administration n'a pas produit de nouvelles observations à la suite de la communication de l'ensemble de ces documents. Le Comité estime que, compte tenu de l'ensemble des écritures des parties et de la consistance des éléments produits après la séance du 4 février 2022, son avis peut être rendu sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle audition.

Le Comité rappelle qu'en vertu de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, il est seulement saisi pour avis sur l'existence d'un abus de droit fiscal et qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur tout différend opposant l'administration fiscale et le contribuable sur le montant des sommes imposées.

Le Comité estime que, si le fait de transférer le siège social d'une société, situé en France, dans un autre pays de l'Union européenne dans le but de bénéficier d'une législation plus avantageuse ne constitue pas par lui-même un abus de droit, l'administration est fondée à mettre en œuvre la procédure prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales lorsque ce transfert présente un caractère fictif et, s'inscrivant dans le cadre d'un montage artificiel, n'a été effectué qu'à seule fin de faire échapper à l'imposition en France des sommes qui

devraient normalement y être soumises.

Le Comité relève, en premier lieu, qu'en l'absence de justifications probantes et eu égard aux déclarations de M. X lors de l'instruction de la plainte déposée par l'administration, il ne ressort des pièces soumises à son appréciation ni que les sociétés F et H se seraient livrées à une activité effective ni que les sociétés anglaises D et E, créées concomitamment au transfert en Angleterre du siège social des sociétés françaises A et B, auraient exercé une quelconque activité économique à l'étranger de la date de leur création à celle de leur dissolution le 28 juin 2011, ni que M. X aurait exercé des activités professionnelles par l'intermédiaire de ces sociétés. Il en déduit que l'administration doit ainsi être regardée comme apportant des éléments précis et concordants établissant que ce transfert ne saurait s'analyser comme le transfert du siège social des sociétés françaises A et B vers un pays membre de l'Union européenne avec transfert d'actif et qu'il ne correspond à aucune réalité.

Le Comité constate, en second lieu, qu'il n'est pas contesté que les sommes de 1 342 031 euros et de 1 319 275 euros, versées en 2009 sur des comptes bancaires ouverts dans une banque établie en Lettonie au nom des sociétés F et H et dont M. X est mandataire et le seul bénéficiaire économique, proviennent des virements effectués à partir du compte bancaire de la SARL B et ont pour origine à due concurrence le produit de la cession en 2008 des titres de la société C. Il relève qu'aucune justification aux plans juridique ou économique de ces virements n'a été apportée et que M. X ne conteste pas le fait invoqué par l'administration selon lequel le contribuable a fait transférer ces sommes vers des comptes ouverts au Luxembourg qu'il détenait directement ou indirectement et qui lui ont permis de procéder à l'acquisition de deux biens immobiliers situés respectivement en France et au Portugal et d'un véhicule de marque.

Le Comité considère que l'administration doit ainsi être regardée comme établissant que le transfert en Angleterre du siège social des sociétés françaises A et B présente un caractère fictif et que ce transfert a dissimulé une cessation effective de toute activité de ces sociétés en France se traduisant par les opérations de liquidation et d'appréhension par M. X des actifs financiers de ces deux sociétés. Il estime que, s'inscrivant dans le cadre d'un montage artificiel, ce transfert n'a été effectué qu'à seule fin de faire échapper à l'imposition en France des sommes devant normalement y être soumises entre les mains de M. X à raison du boni de liquidation. Il estime que si le contribuable fait valoir dans ses dernières écritures que des mouvements financiers ont été réalisés en 2010, soit l'année suivant celle de la radiation de ces sociétés du registre du commerce et des sociétés, cette circonstance est sans incidence sur leur liquidation en 2009 dès lors qu'il n'est pas établi qu'elles auraient exercé effectivement une activité économique après 2009 et alors que ces mouvements correspondent exclusivement à l'utilisation de la trésorerie issue de la cession des titres de la société C et restant disponible.

Le Comité émet en conséquence l'avis que, dans les circonstances de l'espèce, l'administration était fondée à mettre en œuvre la procédure d'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

Enfin le Comité estime que M. X doit être regardé comme ayant eu l'initiative principale du montage constitutif 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.

## Chapitre 7. Plus-values

### I. Plus-values mobilières

- ◆ **Contournement du régime du sursis d'imposition (150-0 B et 150-0 B ter du CGI)**
- ◆ **Avis favorables**

#### **Affaire n° 2021-28**

M. X a constitué en 2004 la société par actions simplifiée (SAS) A dont il détenait en 2016 la totalité des 100 actions constituant le capital social de cette société.

Il a constitué le 8 février 2016 la société à responsabilité limitée (SARL) B par un apport en numéraire de 4 000 euros. Cette société dispose ainsi d'un capital de 4 000 euros réparti en 4 000 parts sociales d'une valeur unitaire de 1 euro. M X détient donc 100 % du capital social de cette société et il en est le dirigeant.

Le 22 avril 2016, M. X a apporté 74 actions de la SAS A à la SARL B pour un montant de 17 240 456 euros, soit une valeur unitaire de la part apportée égale à 232 979 euros. En contrepartie de son apport, M. X a reçu 15 673 142 titres de la SARL B d'une valeur unitaire de 1 euro ainsi qu'une soulte, d'un montant de 1 567 314 euros, représentant 9,99 % de la valeur de l'apport, inscrite au compte courant d'associé ouvert à son nom dans les écritures de la SARL B.

Le même jour, M. X a également cédé à la SARL B 25 actions de la SAS A pour un montant de 5 824 478 euros, soit une valeur unitaire de la part cédée égale à 232 979 euros.

A l'issue de ces opérations d'apport et de cession, M. X détient toujours la totalité du capital de la SARL B, laquelle détient 99 des 100 actions composant le capital de la SAS A, le contribuable détenant l'action restante.

L'opération d'apport a conduit à la constatation d'une plus-value qui a été placée par M. X sous le régime du report d'imposition prévu à l'article 150-0 B ter du code général des impôts, y compris pour la partie correspondant à la soulte dès lors que son montant n'excédait pas 10 % de la valeur nominale des titres reçus.

A l'issue d'un examen contradictoire de la situation fiscale personnelle de M. X et de son épouse, l'administration a considéré que la soulte versée était dépourvue de justification économique et avait eu pour seul objectif une appréhension de liquidités en franchise d'impôt, contraire à l'intention du législateur.

Par une proposition de rectification en date du 20 décembre 2019, l'administration a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L.64 du livre des procédures fiscales. Elle a écarté la qualification de soulte et a remis en cause l'application à la somme versée sous ce libellé du régime du report d'imposition prévu à l'article 150-0 B ter du code général des impôts.

Elle a taxé, au titre de l'année 2016, la somme 548 560 euros après application d'un abattement de 65 % pour durée de détention, correspondant à la fraction de la plus-value placée en report d'imposition sous couvert d'une soulte, à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des plus-values de cession de valeurs mobilières sur le fondement de l'article 150-0 A du code général des impôts. La fraction de la plus-value correspondant à la soulte a également été imposée, sans abattement, aux contributions sociales et elle a été prise en compte pour le calcul de la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus. Elle a assorti les droits dus de la pénalité pour abus de droit au taux de 80 %.

Le Comité a entendu ensemble le contribuable et son conseil 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 reçue 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 d'une opération de restructuration d'entreprises 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 des ressources nécessairement prises en compte lors de la détermination de la valeur des titres apportés.

Le Comité relève que M. X doit être regardé comme ayant bénéficié de la mise à disposition de la soulte litigieuse par inscription de son montant au crédit de son compte courant d'associé ouvert dans la SARL B dont il détient l'intégralité du capital.

Le Comité note que M. X se prévaut, d'une part, du traité d'apport en date du 22 avril 2016 dont l'article 4 "Caractéristiques et modalités de remboursement de la soulte" stipule que la soulte a pour objet de protéger le conjoint de l'apporteur par la réalisation ultérieure d'opérations patrimoniales sur cette créance, qu'elle ne pourra être remboursée qu'en considération des capacités financières excédentaires de la société bénéficiaire de l'apport, sans altérer ses capitaux propres d'une manière telle que cela la handicaperait dans l'exercice de son activité, qu'elle ne pourra être payée que sur les bénéfices et non par le jeu de convention de trésorerie ou d'emprunt et qu'aucun paiement ne pourra intervenir avant le 31 décembre 2019 sauf en cas de dissolution du lien matrimonial.

Il note aussi que M. X se prévaut, d'autre part, de la convention de remboursement de son compte courant dans la SARL B signée le même jour par ces deux parties ainsi que, en sa qualité d'intervenante, par Mme X, mariée à M. X sous le régime de la séparation de biens avec société d'acquêts. Cette convention stipule que les titres de la société ainsi que la soulte sont la propriété de M. X, mais qu'afin d'atteindre l'objectif de protection du conjoint, les époux conviennent, en premier lieu, de modifier ultérieurement leur régime matrimonial afin de conférer, par le biais de l'inclusion à la société d'acquêts, un caractère commun à 20 % des titres de la société et, en second lieu, de prévoir que le versement de la soulte se fera exclusivement sur le ou les comptes bancaires libellés au nom des deux époux de sorte que Mme X deviendra bénéficiaire économique de 50 % des droits financiers attachés aux titres placés dans la société d'acquêts et de 50 % de la soulte. Cette convention précise qu'aucun remboursement de la soulte ne pourra intervenir avant le 31 décembre 2021 et qu'il sera ultérieurement échelonné.

Le Comité estime que, si M. X évoque des circonstances familiales, elles demeurent, 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 détenues intégralement par M. X, dépourvues de toute incidence.

Le Comité considère que la mise à disposition de la soulte sur le compte courant d'associé détenu par M. X 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 la volonté du contribuable d'appréhender immédiatement en franchise d'impôt une partie de la plus-value constatée lors de l'apport, sans qu'il ait d'incidence à cet égard la circonstance alléguée par le contribuable qu'en vertu de la convention de remboursement de compte courant qu'il a conclue le 22 avril 2016 avec la SARL B, la somme inscrite à son compte courant d'associé aurait été bloquée jusqu'au 31 décembre 2021 et sa mise en paiement ultérieure soumise à conditions et échelonnée.

En conséquence, le Comité émet l'avis que, dans les circonstances de l'espèce, 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 restituer son véritable caractère à la mise à disposition de la soulte réalisée, 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 disposer de 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.

### **Affaire n° 2021-30**

M. X a constitué le 7 juin 2006 la société à responsabilité limitée (SARL) A, société holding avec un capital social de 40 000 euros divisé en 4 000 parts sociales. Par décision de cet associé unique en date du 13 décembre 2013, ce capital a été augmenté de 160 000 euros par incorporation de réserves pour être porté à 200 000 euros divisé en 4 000 titres. Au 1er janvier 2016, M. X détenait toujours l'intégralité du capital social de la société A et il en était le gérant.

Le 15 février 2016, M. X a constitué la SARL B par apport en numéraire de 4 000 euros divisé en 4 000 parts sociales d'une valeur nominale de 1 euro. Il en est le gérant et l'associé unique.

Le 8 avril 2016, la SARL A a été transformée en société par actions simplifiée (SAS).

Le 25 avril 2016, M. X a fait apport à la communauté « M et Mme X » de la pleine propriété des 4 000 actions de la société A qu'il détenait en propre.

Le même jour, il a cédé 28 actions de la société A à chacun de ses deux enfants.

Le 29 avril 2016, en rémunération de l'apport à la société B de la pleine propriété de 3 201 actions de la société A, pour une valeur fixée à 21 704 536 euros, M. X a reçu 19 731 397 parts sociales de la société B, entièrement libérées, et une soulte en numéraire de 1 973 139 euros, représentant 9,99 % de la valeur de l'apport, inscrite au crédit du compte courant d'associé ouvert à son nom dans les livres de la société B.

Le même jour, M. X a cédé, au moyen d'un crédit-vendeur, 742 actions de la société A à la société B, évaluées à un montant de 5 031 168 euros, inscrit au crédit de son compte courant d'associé ouvert à son nom dans les livres de cette dernière société. En outre, chacun des deux enfants a cédé ses actions à la société B pour un montant de 189 855 euros.

La plus-value de l'apport réalisé le 29 avril 2016 a été placée par M et Mme X sous le régime du report d'imposition, prévu par les dispositions de l'article 150-0 B ter du code général des impôts, y compris pour la partie correspondant à la soulte dès lors que son montant n'excédait pas 10 % de la valeur nominale des titres reçus.

À l'issue d'un examen contradictoire de la situation fiscale personnelle de M et Mme X, l'administration a considéré que la soulte versée au profit de M. X était dépourvue de

justification économique et avait pour seul objectif une appréhension de liquidités en franchise d'impôt, contrairement à l'intention du législateur.

Par une proposition de rectification en date du 20 décembre 2019, l'administration a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales. Elle a écarté la qualification de soulte et a remis en cause l'application à la somme versée sous ce libellé du régime du report d'imposition prévu à l'article 150-0 B ter du code général des impôts.

Elle a taxé, au titre de l'année 2016, la somme de 690 598 euros, correspondant, compte tenu de l'abattement de 65 % pour durée de détention, à la fraction de la plus-value placée en report d'imposition sous couvert d'une soulte, à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des plus-values de cession de valeurs mobilières sur le fondement de l'article 150-0 A du code général des impôts. La fraction de la plus-value placée correspondant à la soulte a également été imposée, sans abattement, aux contributions sociales et elle a été prise en compte pour le calcul de la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus. Elle a assorti les droits dus de la majoration pour abus de droit au taux de 80 %.

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

Le Comité relève que le dispositif du report d'imposition prévu à 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 bénéficiait 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'entreprises 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 M. X doit être regardé comme ayant bénéficié de la mise à disposition de la soulte litigieuse par inscription de son montant au crédit du compte courant d'associé ouvert à son nom dans les livres de la société B dont il détient l'intégralité du capital.

Le Comité note que M. X se prévaut, d'une part, du traité d'apport en date du 29 avril 2016 dont l'article 4 "Caractéristiques et modalités de remboursement de la soulte" stipule que la soulte, dont l'objet est de protéger le conjoint de l'apporteur qui sera de ce fait propriétaire de 50 % d'une créance du fait du caractère commun des titres apportés, ne pourra être remboursée à l'apporteur qu'en considération des capacités financières (trésorerie excédentaire) de la société bénéficiaire de l'apport et sans altérer ses capitaux propres d'une manière telle que cela la handicaperait dans l'exercice de son activité, qu'elle ne pourra être payée que sur les bénéfices et non par le jeu de convention de trésorerie ou d'emprunt et qu'aucun paiement ne pourra intervenir avant le 31 décembre 2019 sauf en cas de dissolution de la communauté.

Il note aussi que M. X se prévaut, d'autre part, de la convention de remboursement de son compte courant dans la SARL B, signée le même jour par ces deux parties ainsi que, en sa



qualité d'intervenante, par Mme X sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. Cette convention rappelle notamment que l'opération d'apport a été précédée de la mise en communauté des biens apportés, qu'aucun remboursement de la soulte ne pourra intervenir avant le 31 décembre 2019 et qu'il sera ultérieurement échelonné.

Le Comité estime que, si M. X évoque des circonstances familiales, elles demeurent, dans les circonstances de l'espèce, sans incidence dès lors qu'elles ne constituent pas, compte tenu de l'ensemble des éléments portés à sa connaissance, une justification probante de l'intérêt économique pour la société bénéficiaire de l'apport, dont il détenait avant comme après l'opération d'apport l'intégralité du capital, de prévoir le versement d'une soulte afin de rendre possible la réalisation de l'opération de restructuration effectuée par le contribuable.

Le Comité considère que la mise à disposition de la soulte sur le compte courant d'associé détenu par M. X 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 la volonté du contribuable d'appréhender immédiatement en franchise d'impôt une partie de la plus-value constatée lors de l'apport, sans qu'ait d'incidence à cet égard la circonstance alléguée par le contribuable qu'en vertu de la convention de remboursement de compte courant qu'il a conclue le 29 avril 2016 avec la société B, la somme inscrite à son compte courant d'associé aurait été bloquée jusqu'au 31 décembre 2019 et sa mise en paiement ultérieure soumise à conditions et échelonnée.

Le Comité émet en conséquence l'avis que, dans les circonstances de l'espèce, 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 restituer son véritable caractère à la mise à disposition de la soulte réalisée, à l'occasion d'un apport placé sous le régime de 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 disposer de ces sommes 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 même code. Il émet donc l'avis que l'administration est fondée à appliquer la majoration de 80 % prévue par ces dispositions.

### **Affaire n° 2022-11**

M. X est président et principal associé, depuis sa constitution le 7 février 2012, de la société par actions simplifiée (SAS) A, société holding faitière du groupe B, qui a pour activité principale la coiffure sous toutes ses formes et toutes les activités accessoires.

Avant les opérations d'apport et de cession réalisées le 16 décembre 2016, M. X détenait 50,01 % du capital de la SAS A, dont le capital est également détenu par ses enfants, des managers du groupe B ainsi qu'un investisseur financier, le FCPI C détenant 24 % du capital.

Le 8 décembre 2016, M. X a constitué la SAS D et détient l'intégralité des mille actions d'une valeur nominale d'un euro constituant le capital social de mille euros.

Par contrats d'apport du 22 décembre 2016, M. X et ses enfants ainsi que des managers du groupe B associés à l'opération ont procédé à des apports successifs, le même jour, de titres de la société A à la société D.

M. X détient, au moment de cet apport, 21 400 668 actions ordinaires et 21 000 000 actions de préférence de la société A et 565 104 bons de souscription d'actions. Il a ainsi apporté 42 161 435 titres de la société A, constitués de 20 596 331 actions ordinaires, de la totalité des actions de préférence et des bons de souscription d'actions, pour une valeur globale de 90 541 810,80 euros et a reçu en échange de la société D 76 730 347 actions nouvelles pour une valeur globale, prime d'émission s'élevant à 7 673 034, 70 euros comprise, de 84 403 381,70 euros.

La différence entre le montant nominal de l'augmentation de capital et la valeur des apports



constitue une soulte d'un montant de 6 138 429,10 euros attribuée à M. X et qui lui a été versée par virement bancaire le 22 décembre 2016.

Le même jour, M. X a cédé à la société D le solde des actions ordinaires n'ayant pas été apportées, soit 804 337 titres pour un prix de 2 544 176, 59 euros. Le même jour, la société D a acquis la totalité des titres détenus par le FCPI C pour un prix global de près de 130 millions d'euros.

L'apport des titres de la SAS A a permis à M. X de réaliser une plus-value brute globale de 85 379 346 euros intégralement placée en report d'imposition en application de l'article 150-0-B ter du code général des impôts, y compris pour sa fraction correspondant à la soulte.

Par proposition de rectification en date du 23 décembre 2019, l'administration a, sur le fondement de la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, remis en cause le report d'imposition dont avait bénéficié la soulte perçue par M. X au motif que celui-ci, apporteur des titres inscrits à l'actif d'une société qu'il contrôlait et dont il était le président, avait poursuivi l'objectif unique d'éviter l'imposition immédiate des liquidités perçues par le biais de la soulte, à la suite de l'apport des titres de la société A, en détournant ainsi les objectifs poursuivis par le législateur.

L'administration a taxé, au titre de l'année 2016 au nom de M. ou Mme X, la fraction de la plus value placée en report d'imposition sous couvert d'une soulte, à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des plus-values de cession de valeurs mobilières, pour un montant net, calculé après abattement pour durée de détention, de 2 162 701 euros, en application des dispositions des articles 150-0 A et 150-0 D, 1 ter du code général des impôts. La fraction de la plus-value correspondant à la soulte a également été imposée, sans abattement, aux contributions sociales et elle a été prise en compte pour le calcul de la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus. L'administration a assorti les droits dus de la majoration pour abus de droit au taux de 80 % prévue au b) de l'article 1729 du même code.

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

Il 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 considère qu'il en va différemment et que ce but est respecté si, au vu de l'ensemble des circonstances, l'octroi de la soulte s'inscrit dans le cadre de l'opération de restructuration d'entreprises dès lors que le dénouement de cette opération, appréciée dans sa globalité, n'a pu avoir lieu que du fait de l'attribution d'une telle soulte, laquelle doit alors être regardée comme ayant présenté le caractère d'une contrepartie contraignante à

l'opération.

Le Comité constate que l'affirmation selon laquelle M. X souhaitait en 2016 quitter la direction de son groupe, céder ses participations et prendre sa retraite en sorte que la soulte constituait la contrepartie à son engagement dans l'opération et des contraintes que celui-ci lui imposait n'est étayée d'aucun commencement de preuve.

Il estime au contraire, au vu des éléments du dossier, que M. X a eu l'initiative de l'opération globale qui consistait à permettre au groupe familial associé aux cadres dirigeants de reprendre l'entière maîtrise du capital du groupe dans l'optique d'en préparer la transmission à ses enfants.

Il note encore que la contrainte associée au financement bancaire tenant à l'interdiction de distribuer des dividendes, ainsi que celle liée au plafonnement de sa rémunération, préexistaient à l'opération réalisée en 2016 et découlaient de l'opération de leverage buy out (LBO) effectuée en 2012 et de ses modalités de financement.

Il relève encore que les prêts consentis pour financer le rachat des actions détenues par le fonds C n'interdisaient pas la cession des titres reçus lors de l'échange mais prévoyaient seulement leur remboursement anticipé en cas de cession d'un bloc de contrôle de la société. Il note d'ailleurs à cet égard que cette clause n'a nullement empêché M. X et ses enfants de céder, moins de 4 ans après l'octroi de ces financements, plus de la moitié des titres du groupe.

Le Comité considère que le versement de la soulte ne peut ainsi être regardé, dans les circonstances de l'espèce, comme une compensation des désavantages dont M. X prétend qu'il les a subis lors de l'opération d'apport, ni comme la contrepartie du défaut allégué de liquidités des titres.

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 à M. X, l'octroi de cette soulte ne peut être regardé comme ayant été décidé afin de rendre possible la réalisation de l'opération de restructuration effectuée par le contribuable et, par suite, ne s'inscrit pas dans le respect du but poursuivi par le législateur au titre de la restructuration et du développement de son groupe mais caractérise une appréhension des liquidités en franchise d'impôt.

Le Comité émet en conséquence l'avis que, dans les circonstances de l'espèce, 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 restituer son véritable caractère au paiement 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 disposer de ces sommes en franchise d'imposition.

## ◆ Contournement des règles de fonctionnement d'un plan d'épargne en actions

### ◆ Avis favorable

#### **Affaire n° 2022-10**

M. X a ouvert le 24 décembre 2015 un plan d'épargne en actions destiné au financement des petites et moyennes entreprises et des entreprises de taille intermédiaire (PEA-PME). Le même jour, il a acquis, via ce plan, auprès de la société à responsabilité limitée (SARL) A, les 444 actions de la société par actions simplifiée (SAS) B détenues par cette société, soit 12 %

de son capital, au prix unitaire de 163 euros soit un prix global de 72 372 euros.

La SARL A, dont M. et Mme X sont les associés à hauteur respectivement de 60 % et 40 % et qui a pour activité le conseil et l'assistance technique aux personnes physiques ou morales en matière de création, acquisition, cession, transmission d'entreprise, stratégie et organisation, gestion administrative, financière et commerciale, avait acquis ces 444 actions au mois de mars 2009 au prix de 10 euros l'action. M. X est le gérant de cette société.

Le 14 juin 2016, M. X a acquis, via son PEA-PME, 80 actions de la SAS C pour un montant total de 800 euros, soit 10 euros par action. Le 24 juin suivant, il a procédé à l'apport de ses actions de la société B à la SAS C et a reçu en contrepartie 44 400 actions de cette société pour une valeur de 440 000 euros. Les actions de la société B ont ainsi, à cette date, été évaluées à la somme de 1 000 euros par action.

Le 18 août 2017, M. X a cédé ses actions de la société C, inscrites sur son PEA-PME, pour la somme globale de 1 695 223 euros. La plus-value réalisée a été exonérée d'impôt sur le revenu en application des dispositions du 5° bis de l'article 157 du code général des impôts.

Par une proposition de rectification en date du 7 décembre 2020, l'administration a considéré que M. X avait inscrit dans son PEA-PME les actions de la SAS B à une valeur de convenance afin de contourner la règle de plafonnement des versements, fixée à 75 000 euros par l'article L 221-32-1 du code monétaire et financier dans sa rédaction alors applicable auquel l'article 163 quinquies D du code général des impôts renvoie.

L'administration a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales. Elle a estimé que cette opération avait été effectuée dans un but exclusivement fiscal et que M. X ne pouvait ignorer que le prix d'acquisition des actions de la société B, fixé à 163 euros, était minoré. Elle a en conséquence écarté la valeur d'inscription des titres dans le PEA-PME pour y substituer une valeur qui, arrêtée à 940 euros par combinaison de plusieurs méthodes de valorisation et application d'une décote pour minorité de 10 %, a fait apparaître un dépassement de ce plafond. Elle a procédé à la clôture du PEA-PME conformément à l'article 1765 du code général des impôts et remis en cause l'exonération de la plus-value réalisée par le contribuable.

La plus-value a été calculée, pour les titres acquis en contrepartie de l'apport du 24 juin 2016 des actions de la SAS B à la SAS C, à partir du prix effectif d'acquisition de 163 euros par action. L'opération d'échange, entrant dans le champ d'application du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du code général des impôts, a dégagé une plus-value brute de 1 619 712 euros. L'administration a taxé, au titre de l'année 2017, la plus-value nette s'élevant, compte tenu d'un abattement de 50 % pour durée de détention, à la somme de 809 856 euros, à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des plus-values de cession de valeurs mobilières. Cette plus-value a aussi été taxée, avant abattement, aux contributions sociales et elle a été prise en compte pour le calcul de la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus. L'administration a assorti les droits dus de la majoration pour abus de droit au taux de 80 % prévue au b) de l'article 1729 du code général des impôts.

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

Le Comité rappelle, en premier lieu, qu'il n'entre pas dans ses attributions de se prononcer sur la question de la prescription invoquée par M. X dans ses observations écrites.

Le Comité précise, en deuxième lieu, que la règle prévue par le législateur du plafonnement du montant des versements en numéraire pouvant servir à l'acquisition des titres de sociétés non cotées inscrits sur un plan d'épargne en actions destiné au financement des petites et moyennes entreprises et des entreprises de taille intermédiaire (PEA-PME) est délibérément contournée si, à la date d'acquisition des titres, le contribuable avait connaissance de leur valeur vénale réelle et a, dans le seul but de bénéficier de l'avantage fiscal attaché aux opérations de cession de titres réalisées à travers un tel plan, procédé à leur inscription à une valeur délibérément minorée.

Le Comité constate que M. X a ouvert son PEA-PME le 24 décembre 2015 et qu'il y a inscrit

le même jour 444 actions de la société B acquises auprès de la SARL A, dont il détenait avec son épouse la totalité du capital et dont il était le gérant, pour un montant global de 72 372 euros inférieur au plafond de 75 000 euros alors prévu par la loi.

Il relève, d'une part, que le contribuable soutient que le prix de l'action de la société B, retenu pour un montant de 163 euros, a été établi à partir de la valeur nette comptable de la société arrêtée au 31 décembre 2014 et retraitée afin de tenir compte des distributions de dividendes intervenues au cours de l'année 2015, d'une décote de 30 % prenant en compte sa position d'actionnaire minoritaire non dirigeant et l'absence de liquidité des titres ainsi que les facteurs de risques pesant sur la société et son activité. Le Comité constate toutefois que M. X n'a produit aucun document de nature à étayer cette argumentation et à déterminer précisément les modalités d'évaluation du prix de l'action de la société B qui ont été retenues pour arrêter ce montant. Il en déduit que le contribuable ne lui soumet pas d'éléments de nature à justifier cette évaluation.

Le Comité note également que, si M. X se prévaut à titre de transaction comparable de l'opération d'acquisition de 444 actions de la société B par un tiers, cette opération n'est pas intervenue le 18 décembre 2015 comme il le prétend. En effet, il relève que, selon le compte individuel d'inscription de titres dans la société B, ce tiers a acquis ces 444 titres, représentant 12 % du capital de cette société, le 31 mars 2009, soit le même jour que l'acquisition du même nombre de titres par la SARL A.

Le Comité relève encore que M. X ne saurait, en tout état de cause, se prévaloir comme termes de comparaison des transactions, intervenues en juin et juillet 2016, qui sont relatives aux cessions de fonds de commerce de sociétés effectuées à l'intérieur du réseau constitué par la société B avec ses revendeurs et ne sauraient être assimilées à des cessions de titres de cette société.

Le Comité estime qu'en l'absence de transaction équivalente, l'administration a pu valablement établir la valeur de l'action de cette société à un montant de 940 euros par combinaison de plusieurs méthodes de valorisation et après application d'une décote pour minorité de 10 %. Il en déduit que l'administration établit ainsi que le prix de 163 euros ne correspond pas à la valeur vénale réelle de l'action de la société B à la date de l'inscription sur le PEA-PME.

Il constate d'ailleurs que, lors de l'apport par M. X des actions de la société B à la SAS C, effectué six mois après l'inscription des actions sur le PEA-PME l'action de la société B avait été évaluée à 1 000 euros par un commissaire aux apports.

Le Comité considère, d'autre part, au vu des pièces du dossier, que, compte tenu de l'activité exercée au sein de la société A dont il est le dirigeant et principal associé, de sa qualité de représentant de cette société auprès de la société B l'ayant conduit notamment à assister aux différentes assemblées générales de celle-ci, M. X ne pouvait ignorer la valeur vénale réelle des actions de la société B lors de leur inscription sur le PEA-PME.

Le Comité déduit de tout ce qui précède qu'il est établi que M. X a procédé à leur inscription sur son PEA-PME à une valeur de convenance.

Le Comité considère que cette inscription, qui a permis au contribuable de respecter formellement le plafonnement prévu par la loi alors que ce plafond était dépassé, traduit ainsi la poursuite d'un but exclusivement fiscal par application littérale des textes régissant le PEA-PME à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur.

Le Comité émet en conséquence l'avis que l'administration était fondée en l'espèce à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

## **II. Plus-values immobilières**

## TITRE 3 IMPÔT SUR LES SOCIÉTÉS

### ◆ Utilisation abusive du régime de transfert de déficits du I de l'article 209 du CGI

### ◆ Avis favorable

#### Affaire n° 2022-12

L'exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL) A, créée en 1996, exerce une activité principale de production de cognac et de pineau à partir de vignes qu'elle exploite dans le département de la Charente-Maritime (17). M. X détient 50 % de son capital et en est le gérant depuis 2005.

La société par actions simplifiée (SAS) B, créée en 2000, exerçait une activité de culture de la vigne et de vente de vin rouge et rosé dans la Drôme (26) et dans le Vaucluse (84). Son capital était intégralement détenu par la société de droit luxembourgeois C.

Par acte du 27 novembre 2015, la SAS B a cédé son domaine viticole et l'ensemble des actifs qui y sont liés (vignes, terres agricoles, constructions immobilières, marque du domaine, matériel agricole), à l'exception de ses stocks et d'une partie de la récolte de 2015, pour un montant total de 1 850 000 euros. La société n'employait pas de personnel.

Par acte du 25 octobre 2016, M. X a acquis la totalité des titres de la société C pour un montant de 200 000 euros.

Par délibération de l'assemblée générale extraordinaire du 16 novembre 2016, l'EARL A a changé de forme juridique et de dénomination sociale pour devenir la SAS D. Son objet social a été étendu à l'exercice de prestations de services (administratives, financières, comptables, informatiques et de direction) à la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières, de parts sociales et de parts d'intérêts dont elle pourrait devenir propriétaire et à l'exploitation de sites photovoltaïques par la production et la vente d'énergie. M. X en est le président.

Par une convention d'apport partiel d'actif en date du 19 décembre 2016, avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> septembre 2016, la SAS D a apporté à la SAS B une branche complète d'activité pour son activité agri-viti-vinicole (78 hectares de terres et 113 hectares de vignes). Le montant de l'apport est évalué à 1 737 776 euros et la SAS D a reçu en contrepartie 108 611 actions nouvelles de la SAS B d'une valeur nominale de 16 euros. Le capital de la SAS B, dont la dénomination sociale a été modifiée le même jour pour devenir la société E, est désormais détenu à 96,54 % par la SAS D et à 3,46 % par la société luxembourgeoise C.

L'opération a été placée sous le régime de faveur prévu à l'article 210 B du code général des impôts.

A la clôture de l'exercice clos le 31 octobre 2015, la SAS B disposait d'un montant de déficits reportables de 3 244 907 euros. Cette société, devenue la société E, a imputé ces déficits à concurrence de 2 500 256 euros au titre de l'exercice clos le 31 décembre 2016 et de

548 359 euros au titre de l'exercice clos le 30 juin 2017 et n'a, par suite, acquitté aucun impôt sur les sociétés alors que, sans cette imputation, le montant de cet impôt se serait élevé à 825 265 et 178 309 euros au titre respectivement des années 2016 et 2017. L'imputation de ces déficits n'a pas été soumise à une procédure d'agrément préalable.

A l'issue d'une vérification de comptabilité de la société E (ex B), l'administration a estimé que l'apport de la branche complète d'activité de la SAS D à la SAS B, laquelle n'avait ni activité ni moyens d'exploitation à la suite de la cession de la totalité de ceux-ci en 2015, ne répondait à aucun objectif économique. Elle a considéré que l'apport de l'activité bénéficiaire de la SAS D à la société E était exclusivement motivé par la volonté de cette dernière société de disposer des déficits reportables de la SAS B et qu'il avait été fait une application littérale des dispositions du I de l'article 209 du code général des impôts contraire à l'intention du législateur.

Par une proposition de rectification du 15 avril 2019, l'administration a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales pour écarter l'opération d'apport comme ne lui étant pas opposable. Elle a rejeté l'imputation de ces déficits sur les bénéfices de ces exercices et a assorti les rappels d'impôt sur les sociétés de la majoration pour abus de droit au taux de 80 %.

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

Le Comité rappelle, d'une part, que le bénéfice des dispositions du troisième alinéa du I de l'article 209 du code général des impôts, en vertu desquelles, selon les modalités et dans les conditions qu'elles prévoient, le déficit subi pendant un exercice est considéré comme une charge de l'exercice suivant et déduit du bénéfice réalisé au cours de cet exercice ou, en cas d'insuffisance, au cours des exercices ultérieurs, est subordonné à la condition qu'il y ait identité entre l'entreprise sur les bénéfices de laquelle le déficit reporté est imputé et l'entreprise qui, au cours d'exercices antérieurs, avait subi ce déficit.

Il note, d'autre part, qu'en vertu des dispositions du premier alinéa du a du 5 de l'article 221 du même code, dans leur rédaction issue de l'article 12 de la loi de finances rectificative pour 2012 n° 2012-958 du 16 août 2012, le changement de l'objet social ou de l'activité réelle d'une société emporte cessation d'entreprise et qu'il en va de même en cas de disparition des moyens de production nécessaires à la poursuite de l'exploitation pendant une durée de plus de douze mois, sauf en cas de force majeure, ou lorsque cette disparition est suivie d'une cession de la majorité des droits sociaux.

Le Comité déduit de la combinaison des dispositions du troisième alinéa du I de l'article 209 du code général des impôts et du premier alinéa du a du 5 de l'article 221 du même code que les déficits, subis antérieurement au changement d'objet social ou d'activité réelle ou à la disparition de ces moyens de production, lorsque ces événements caractérisent une cessation d'entreprise, sont définitivement perdus et ne peuvent plus être imputés sur les éventuels bénéfices réalisés ultérieurement.

Le Comité relève qu'en adoptant l'article 12 de la loi de finances rectificative pour 2012, modifiant la rédaction du 5 de l'article 221 du code général des impôts, dont les paragraphes précisent, outre les dispositions mentionnées ci-dessus au a), la notion de changement d'activité réelle au b) et les cas où, sur agrément délivré par le ministre, l'absence de cessation d'entreprise est retenue au c), le législateur a, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires, entendu limiter les possibilités d'exploitation des déficits à des fins d'optimisation fiscale et permettre le report des déficits en cas de restructuration à la condition que l'activité économique soit effectivement poursuivie dans des conditions analogues à celle ayant généré ces déficits.

Le Comité constate que la SAS B a cédé le 27 novembre 2015 la totalité de ses moyens de production nécessaires à la poursuite de son exploitation. Il relève que l'effet rétroactif au 1er septembre 2016 de l'apport partiel d'actif du 19 décembre 2016 n'avait, sans aucune portée économique, que pour seul objet de respecter formellement la durée de 12 mois mentionnée au premier alinéa du a du 5 de l'article 221 du CGI, afin de pouvoir imputer les déficits de la

SAS B, devenue la société E et qui n'exerçait plus aucune activité.

Le Comité estime que cette opération de restructuration, de par son caractère rétroactif, ne s'inscrit pas dans une logique économique mais a eu en réalité comme objectif de permettre à la SAS D, qui a de fait poursuivi son activité par l'intermédiaire de la société E, de bénéficier du transfert des déficits de la SAS B et, grâce à cet intermédiaire, de faire imputer ces déficits sur les bénéfices générés par cette activité et désormais réalisés par la société E.

Il en déduit que l'administration doit être regardée comme établissant le caractère artificiel du montage qui a été mis en place à des fins exclusivement fiscales et procède de la recherche du bénéfice d'une application littérale des dispositions du I de l'article 209 du code général des impôts en contrariété avec l'intention du législateur sans qu'il ait d'incidence à cet égard le fait que les conditions prévues pour la mise en œuvre des dispositions du 5 de l'article 221 du même code relatives au droit au report déficitaire seraient formellement satisfaites.

Le Comité émet en conséquence l'avis que, dans les circonstances de l'espèce, 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 la société E 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 même code. Il émet donc l'avis que l'administration est fondée à leur appliquer la majoration de 80 % prévue par ces dispositions.

◆ **Montage visant à bénéficier d'une application littérale des dispositions du 7 bis de l'article 38 du CGI**

◆ **Avis défavorable**

**Affaire n° 2022-13 (avis non suivi – CADF/AC n° 5/2022)**

La société par actions simplifiée (SAS) B a été constituée le 30 décembre 1986 afin de gérer le patrimoine de la famille de M. X par la prise de participations dans des sociétés opérationnelles. Son fondateur, M. X, détient 73,16 % de son capital social en usufruit. Il détient également au moins 10 % du capital social de chaque société opérationnelle par l'intermédiaire de cette SAS.

La propriété du capital social de la SAS B est exclusivement réservée à M. et Mme X, leurs descendants directs, aux personnes morales constituées, détenues et dirigées par ces personnes, aux organismes sans but lucratif familiaux exclusivement présidés par ces mêmes personnes ainsi qu'aux salariés ou dirigeants de la SAS. Cette société holding prend une part active à la définition de la stratégie des sociétés opérationnelles membres du groupe.

Le 6 juillet 1992, la société C a été constituée aux Pays-Bas. Cette société holding détient des titres de participations de sociétés françaises, belges et luxembourgeoises.

Le 19 janvier 1993, trois sociétés civiles, dites « CIV », ont été constituées, selon le même schéma, par M. et Mme X. Elles concernent respectivement chacun de leurs trois enfants et ont pour objet social la gestion du patrimoine familial. La société civile A, concernant M. Y, est détenue à l'origine à parts égales par M. et Mme X.

Par décisions extraordinaires des associés en date du 27 mai 1993, le capital social des trois sociétés civiles a été augmenté par apport en numéraire de chacun des enfants. Le capital social de la société A est alors détenu à hauteur de 55 % par M. et Mme X en usufruit et par M. Y en nue-propriété et à hauteur de 45 % par M. Y en usufruit et par ses trois enfants en nue-propriété.



Le 29 décembre 1993, les trois sociétés « CIV » ont acquis chacune un tiers du capital social de la société C dont la valeur totale des parts a été évaluée à 247 172 358 euros, soit un prix unitaire d'acquisition de 6 179 euros.

Le 24 juin 2015, la SAS B est devenue une société en commandite par actions (SCA) avec comme associée commanditée la société F – détenue par M. et Mme X – et comme associés commanditaires M. et Mme X, leurs trois enfants, les trois sociétés « CIV », la société civile D et la société de droit belge SA E. Lors de la même assemblée générale extraordinaire, les actionnaires ont décidé la création de six catégories d'actions de préférence, dont certaines (actions AOA, AOB et ADP 2) bénéficient de prérogatives et de droits spécifiques ainsi que la conversion des actions de catégorie A et B de la SAS en actions de catégories AOA et AOB de la SCA. Le capital social est désormais réparti en 17 990 600 actions de préférence AOA et 558 518 actions de préférence AOB.

Au 1<sup>er</sup> janvier 2016, le capital social de la société B, détenu par M. X à hauteur de 82,97 %, s'établit à 2 921 551,36 euros et est composé de 18 259 696 actions d'une valeur nominale de 0,16 euro réparties en six catégories :

- 17 308 819 actions de préférence dites « AOA »,
- 314 752 actions de catégorie dites « AOB »,
- 636 125 actions de préférence dites « ADP1 »,
- aucune action de préférence dite « ADP2 »,
- aucune action de préférence dite « OBSL »,
- aucune action de préférence dite « AOS ».

Le 23 juin 2016, la société C a transféré son siège en France et est devenue une société à responsabilité limitée (SARL).

Le 24 juin 2016, le projet de fusion-absorption de la société C par la société B est établi. Il prévoit que la société C sera dissoute de plein droit, sans liquidation, à l'issue de cette opération.

Le même jour, l'assemblée générale extraordinaire des associés des sociétés « CIV » a autorisé, sous la condition suspensive de la réalisation définitive de ce projet de fusion, une augmentation de capital de leurs sociétés respectives à hauteur de 92 399 euros par apport personnel de leur actionnaire principal d'actions AOA de la SCA B. M. Y a ainsi apporté 445 012 actions AOA à la société A.

Le 9 août 2016, les associés des sociétés C et B ont approuvé en assemblée générale la transmission universelle du patrimoine de la société C à la société B. La valeur de la société C est arrêtée à 404 206 896 euros pour un total de 40 002 parts, soit un prix unitaire de 10 104,67 euros.

Cette opération de fusion-absorption a été rémunérée par l'émission de 2 564 739 actions nouvelles ADP2 de la société B, d'une valeur nominale de 148,62075 euros, correspondant à une augmentation du capital social de la société B de 381 173 433,73 euros assortie d'une prime de fusion de 23 033 462,99 euros, soit un rapport d'échange d'actions d'une part sociale de la société C pour 64,115275 actions ADP2 de la SCA B. Chaque société « CIV » se voit ainsi attribuer 854 913 actions ADP2 nouvellement émises par la société B et a constaté une plus-value d'échange de 134 729 505 euros.

A l'issue de ces opérations, le capital social de la société A est composé de 2 063 parts détenues en pleine propriété et de 3 998 parts démembrées. Les parts en pleine propriété sont détenues par M. Y à hauteur de 2 061 parts et par M. et Mme X à hauteur d'une part chacun. Les parts démembrées sont détenues par M. Y à hauteur de 2 parts en nue-propriété et 1 800 parts en usufruit, par ses trois enfants à hauteur de 1 332 parts en nue-propriété chacun et par M. et Mme X à hauteur de 1 099 parts en usufruit chacun.

Le 18 octobre 2016, les sociétés civiles « CIV », qui étaient soumises à l'impôt sur les

sociétés dès avant le 1<sup>er</sup> janvier 2016, ont été transformées en SAS. M. Y est devenu président de la société A.

Il ressort des statuts de la société B et du rapport du commissaire, mentionné à l'article L 225-147 du code de commerce, chargé d'apprécier les avantages particuliers, que les actions de préférence ADP2 sont régies par les clauses suivantes.

En premier lieu, elles sont émises, sous la forme nominative, exclusivement en rémunération de la fusion-absorption de la société C et seuls les actionnaires de la société C à la date de la fusion ou toute société venant aux droits du titulaire initial d'actions ADP2 peuvent en être titulaires. Elles ne peuvent être indivises. Elles sont assorties d'un droit de vote proportionnel à la quotité du capital qu'elles représentent et donnent chacune droit à une voix. Ces actions ne sont pas cessibles en dehors du retrait annuel obligatoire prévu par le mécanisme d'amortissement du capital.

En deuxième lieu, le titulaire d'actions ADP2 peut exercer un droit de retrait exclusivement par voie d'amortissement du capital, chaque année et ce durant une période de 25 années dénommée « période d'amortissement des actions ADP2 ». Il est ainsi procédé chaque année civile à un amortissement par tranche de 4 % des actions ADP2 de la société B reçues en rémunération de la fusion-absorption de la société C, sous réserve des capacités financières de la société B. Chaque action ADP2 amortie conservera une valeur nominale résiduelle incompressible de 0,10 euro. Ce retrait annuel se traduit par un amortissement partiel des titres et n'entraîne pas de réduction du capital de la société. Le prix dû au titre du droit de retrait des actions ADP2 sera payé par la société au titulaire de ces actions, à hauteur de la quote-part amortie, en numéraire ou par inscription de la somme correspondante sur le compte courant de ce titulaire. Si, à la date d'émission effective des ADP 2 ou ultérieurement, un des titulaires des actions ADP2 n'est pas ou n'est plus soumis à l'impôt sur les sociétés, il sera alors créé automatiquement deux catégories distinctes d'actions ADP2 : les ADP2 et les ADP2R. Ces dernières actions bénéficient des mêmes droits et obligations que les ADP2 à l'exception de la seule caractéristique suivante : les ADP2 détenues par une personne morale non soumise à l'impôt sur les sociétés deviennent automatiquement des ADP2R et ne peuvent bénéficier du droit à amortissement tant que le titulaire des actions n'est pas soumis à l'impôt sur les sociétés, de plein droit ou sur option.

En sus du paiement du droit de retrait pour la quote-part d'ADP2 amortie, chaque ADP2 amortie reçoit concomitamment la quote-part de réserves, à l'exception de la réserve légale et statutaire, lui revenant à la date du retrait. Chaque action ADP2 donne droit durant la période d'amortissement à un dividende plafonné et différent en fonction du caractère amorti ou non de l'action.

En troisième lieu, à l'issue de la période d'amortissement de 25 ans, les actions ADP2 seront converties automatiquement en actions de catégorie B.

Au titre de l'exercice clos en 2016, la société A, qui avait opté pour le régime des sociétés mères prévu aux articles 145 et 216 du code général des impôts, a déclaré, en tant que produit exceptionnel sur opération en capital, une plus-value de 134 729 505 euros correspondant à l'opération d'échange des titres de la société absorbée C contre des actions ADP2 de la société B. Elle a placé cette plus-value d'échange sous le régime du sursis d'imposition prévu au 7 bis de l'article 38 du code général des impôts. Les montants déclarés au titre de chacun des exercices clos en 2016, 2017 et 2018 correspondant à l'amortissement du capital des actions ADP2, assimilés fiscalement à une distribution de dividendes, ont été imposés à hauteur de 5 % correspondant à la quote-part de frais et charges s'élevant respectivement à 269 421, 292 709 et 307 619 euros.

Par une proposition de rectification du 23 décembre 2019, l'administration a, à la suite d'un contrôle sur pièces, mis en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévu à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales et a, au titre de la fraude à la loi, remis en cause le bénéfice du sursis d'imposition de la plus-value d'échange prévu au 7 bis de l'article 38 du code général des impôts. Elle a estimé que le dispositif d'amortissement des actions ADP2 de la société B avait pour seul objectif de dissimuler l'octroi de liquidités aux actionnaires de la

société absorbée C, dont la société A, pour un montant supérieur à 10 % de la valeur nominale des titres reçus à l'échange et que la société A avait, dans un but exclusivement fiscal, entendu bénéficier d'une application littérale des dispositions de cet article, contraire à l'intention du législateur laquelle a été de permettre de différer l'imposition d'opérations ne générant pas de liquidités.

L'administration a ainsi, sur le fondement du a quinquies du I de l'article 219 du code général des impôts, réintégré au résultat de l'exercice clos en 2016 le montant de la plus-value d'échange auquel a été appliqué la quote-part de frais et charges de 12 % et a parallèlement effectué une compensation à hauteur de la quote-part de 5 % de frais et charges relative à l'amortissement des actions ADP2 en 2016, soumise à l'impôt sur les sociétés. Les cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés mises à la charge de la société A au titre de 2016 ont été assorties de la majoration pour abus de droit de 80 %.

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

Le Comité relève qu'en vertu du 7 bis de l'article 38 du code général des impôts, le profit réalisé lors de l'échange de droits sociaux résultant d'une fusion peut être compris dans le résultat de l'exercice au cours duquel les droits sociaux reçus en échange sont cédés. Ces dispositions, qui instituent ainsi sur option un mécanisme de sursis d'imposition de la plus-value d'échange en permettant aux associés de la société absorbée de ne pas comprendre dans leurs résultats le profit réalisé lors de l'échange, ne sont pas applicables en cas d'échange avec soulte si la soulte dépasse 10 % de la valeur nominale des parts ou des actions attribuées ou si la soulte excède la plus-value réalisée.

Le Comité estime que l'exercice d'une option prévue par la loi fiscale ne peut, par lui-même, être regardé comme étant constitutif d'un abus de droit. Il considère qu'il en va différemment si l'administration apporte des éléments permettant d'établir que le contribuable a réalisé une opération ou un ensemble d'opérations lui permettant d'entrer artificiellement dans les prévisions de ce régime optionnel dans des conditions contraires à l'intention du législateur. Ces principes sont applicables pour l'exercice de l'option pour le sursis d'imposition prévu par le 7 bis de l'article 38 du code général des impôts.

Le Comité relève que l'administration ne remet pas en cause la fusion absorption de la société C par la société B réalisée en 2016. Il constate que cette opération s'inscrit dans le cadre d'une réorganisation patrimoniale et juridique de l'ensemble des participations détenues par la famille de M. X et que celle-ci a commencé en 2015 par la transformation de cette dernière société en une société en commandite par actions. Il note que la société F, gérante et associée commanditée de la société B, est présidée par M. X et que ses trois enfants sont devenus associés commanditaires. Il note encore que la société A soutient qu'afin de faciliter l'adhésion des trois enfants à cette transformation, l'opération de fusion absorption s'est accompagnée d'une restructuration de capital ayant pour objectif d'assurer à leurs trois holdings personnelles "CIV" la perception progressive de liquidités afin de leur permettre de développer leurs projets personnels.

Le Comité estime qu'en égard à l'ensemble des opérations réalisées dans le cadre de la fusion-absorption, l'administration ne lui soumet pas d'éléments permettant, dans ce contexte, d'estimer, comme elle le soutient, que les caractéristiques des actions ADP2, auxquelles est attaché un droit de retrait obligatoire prenant la forme d'un amortissement annuel sur une durée de 25 ans, - lequel ne peut, en vertu de l'article L 225-198 du code de commerce, être effectué qu'au moyen des sommes distribuables au sens de l'article L 232-11 de ce code -, répondent au but exclusivement fiscal de la société A de bénéficier d'une application littérale des dispositions du 7 bis de l'article 38 du code général des impôts en contournant les conditions mises à l'exercice de l'option pour le régime du sursis d'imposition prévu par ces dispositions en contradiction avec les objectifs poursuivis par le législateur lors de son adoption.

En conséquence, 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.

## **TITRE 4 TAXE SUR LA VALEUR AJOUTEE**

## **TITRE 5 CONTRIBUTION ÉCONOMIQUE TERRITORIALE**