

SCOTTO & ASSOCIÉS

AVOCATS A LA COUR

CONTRÔLE ET CONTENTIEUX FISCAL Focus sur l'abus de droit

SOMMAIRE

- > Rapport 2010 du Comité de l'abus de droit fiscal : les grandes tendances
- > Le chiffre du mois
- Impôt sur le revenu : l'utilisation d'un plan d'épargne en actions (PEA) peut-elle être abusive ?
- > Et encore...
- Droits d'enregistrement : une position constante en matière de donations déguisées
- Impôt sur les sociétés : des intérêts versés sur un prêt intra-groupe peuvent-ils cacher un dividende ?

ÉDITO

Rapport 2010 du Comité de l'abus de droit fiscal : les grandes tendances

Par Jérémie Jeausserand

Dans l'arsenal dont dispose l'administration fiscale pour redresser les contribuables, entreprises ou particuliers, la procédure de répression des abus de droit est une arme très efficace. Elle permet en effet à l'administration fiscale de requalifier les actes qui, en dépit de leur légalité apparente, dissimulent, selon elle, soit une situation fictive, soit un montage mis en place dans un but exclusivement fiscal contraire aux objectifs du législateur. L'effet dissuasif de cette procédure sur les contribuables découle principalement des pénalités applicables si l'abus de droit est avéré : outre les intérêts de retard, le redressement est en effet accompagné d'une pénalité pouvant s'élever jusqu'à 80% des droits éludés.

Compte tenu de la sévérité des sanctions encourues, la procédure de répression des abus de droit s'accompagne de garanties spécifiques pour le contribuable, la principale étant la possibilité de saisir un organisme consultatif, le

Comité de l'abus de droit fiscal. Si ce dernier a pendant longtemps été considéré comme une émanation de l'administration fiscale, notamment du fait d'une composition discutable et d'un taux d'avis favorables à l'administration parfois proche de 90%, il apparaît désormais beaucoup plus impartial, surtout depuis sa réforme en 2009, et en tout état de cause beaucoup plus objectif quant à l'analyse des arguments des parties. Ainsi, il est désormais composé d'experts indépendants (conseiller d'Etat, conseiller à la Cour de cassation, avocat fiscaliste, notaire, etc.), lesquels ne se contentent plus d'étudier les éléments du dossier, mais auditionnent également les parties.

Le rapport annuel du Comité de l'abus de droit fiscal pour 2010 a été publié récemment (instruction fiscale publiée le 9 mai 2011). L'analyse de ce rapport laisse apparaître des tendances intéressantes, les principales étant les suivantes :

- > **Une activité stable par rapport à 2009, mais en diminution par rapport à 2007 et 2008** : en 2010, le Comité a été saisi de 18 affaires (contre 15 en 2009) et a rendu 15 avis (contre 18 en 2009). L'activité du Comité est en revanche en diminution par rapport à 2007 et 2008, années au cours desquelles le nombre d'affaires reçues et traitées était compris entre 25 et 35 chaque année. Il convient toutefois de relativiser ces données, dans la mesure où tous les redressements notifiés dans le cadre de la procédure de répression des abus de droit, ne sont pas nécessairement présentés au Comité, soit parce que l'affaire est réglée préalablement dans le cadre d'une transaction entre le contribuable et l'administration, soit parce que le contribuable décide, pour des raisons de stratégie procédurale, de ne pas saisir le Comité (la saisine étant facultative).
- > **Un nombre d'avis favorables à l'administration en nette diminution** : en 2010, seulement 47% des avis rendus ont été favorables à l'administration (contre près de 70% en 2009). A notre connaissance, c'est la première fois que le nombre d'avis favorables est inférieur au nombre d'avis défavorables, signe incontestable de l'impartialité et de l'objectivité du nouveau Comité.
- > **L'émergence de nouveaux types de redressements** : en 2010, des redressements portant sur des sujets nouveaux ont été présentés au Comité, notamment en matière d'utilisation abusive de plans d'épargne en actions (PEA) ou de montages impliquant des instruments de dette complexe. L'analyse des avis rendus par le Comité sur ces sujets est éclairante, tant pour l'avocat amené à se prononcer sur la structuration fiscale d'une opération, que pour celui en charge de la représentation d'un contribuable dans le cadre d'une procédure de contrôle ou d'un contentieux fiscal.

> Rapport du Comité de l'abus de droit fiscal pour l'année 2010

Impôt sur le revenu : l'utilisation d'un plan d'épargne en actions (PEA) peut-elle être abusive ?

Par Tristan Audouard

En matière d'impôt sur le revenu, le Comité a notamment eu à se prononcer sur trois affaires relatives à de prétendus contournements des règles de fonctionnement du plan d'épargne en actions (PEA) qui auraient été mis en œuvre dans le but d'exonérer les plus-values réalisées lors de la cession des titres qui y étaient inscrits.

Les trois affaires concernaient des opérations de LBO, dans lesquels les éléments du dossier avaient amené les vérificateurs à considérer que les titres avaient été acquis à une valeur sciemment minorée afin de contourner le plafond de versement fixé par la loi.

Dans deux des affaires (n° 2010-02 et 2010-03), le Comité n'a pas retenu d'abus de droit, alors même que les circonstances pouvaient, de prime abord, laisser penser que les titres avaient été acquis pour une valeur minorée. En effet, les titres de la holding de reprise avaient été souscrits en 1999 pour 15,24 euros via une société contrôlée par les managers. En 2003, ces derniers avaient acquis, auprès de leur société, les actions de la holding via leur PEA au prix de 16 euros, ces mêmes titres ayant été revendus à un tiers en 2004 au prix de 311 euros.

Malgré ces éléments, le Comité a suivi l'argumentation développée par les contribuables, corroborée par une évaluation réalisée par un cabinet d'expertise comptable et confirmée par une seconde expertise, qui mettaient en avant un ensemble de facteurs externes pouvant expliquer l'augmentation sensible de valeur entre les transactions de 2003 et de 2004 : très forte augmentation du résultat d'exploitation des sociétés du groupe et des multiples de valorisation des sociétés, illiquidité justifiant en 2003 d'importantes décotes, risque de dilution pour les managers en 2003 du fait de la détention par d'autres actionnaires d'obligations convertibles, etc.

A l'inverse, dans l'autre affaire (n° 2009-15) qui portait sur une problématique similaire d'évaluation de titres souscrits via un PEA, le Comité a retenu l'abus de droit en relevant principalement que le prix payé par le contribuable pour l'acquisition de ses titres initialement souscrits par l'investisseur financier était nettement inférieur au prix payé par ce dernier quelques mois plus tôt.

En l'espèce, le Comité n'a pas pris en compte les arguments développés par le contribuable qui mettait principalement en avant son absence d'implication dans le montage de l'opération et une absence de but exclusivement fiscal.

L'analyse de ces affaires permet de constater que le Comité accepte de ne pas retenir d'abus de droit malgré un contexte général qui peut apparaître largement défavorable au contribuable lorsque ce dernier est en mesure de démontrer, sur la base d'éléments objectifs, que la forte augmentation de valeur entre le jour de l'acquisition des titres et celui de leur cession, est justifiée.

En revanche, les argumentations fondées sur la bonne foi du contribuable ou sur une analyse plus juridique des faits semblent avoir moins de portée devant le Comité.

Droits d'enregistrement : une position constante en matière de donations déguisées

Par Marc Vaslin

En matière de droits d'enregistrement, l'ensemble des dossiers examinés concernait des donations déguisées en vente. En effet, les droits à régler pour une donation entre personnes sans lien de parenté, direct ou collatéral, peuvent atteindre 60%. Afin d'éviter cette imposition qui peut être considérée comme excessive, certains contribuables sont tentés de déguiser l'opération de donation en une vente, soumise à des droits d'enregistrement bien inférieurs.

Dans deux affaires (n° 2010-07 et n° 2010-09), les contribuables avaient structuré la vente en convertissant une partie significative du prix en une obligation de soins. Dans ces deux affaires, l'administration fiscale a considéré que le schéma constituait un abus de droit. Elle a été suivie dans cette analyse par le Comité, lequel a apprécié le montage dans sa globalité et a notamment relevé l'absence d'une contrepartie réelle et sérieuse pour le cédant ainsi que l'existence d'une intention libérale de la part de ce dernier.

Ainsi, les liens unissant le cédant au cessionnaire, l'âge avancé du « cédant » et la survenance de son décès peu de temps après l'opération semblent avoir été des indices déterminants pour requalifier l'opération de vente en donation.

Dans trois autres affaires (n° 2010-04, 2010-05 et 2010-06), les contribuables avaient structuré la vente via un schéma complexe de vente d'immeuble à une SCI, financée par un emprunt in fine garanti par des contrats d'assurance-vie souscrits par le vendeur au profit des autres associés de la SCI : dans ces affaires, l'administration fiscale avait tenté de démontrer que la vente suivie de la souscription des contrats d'assurance-vie n'avait eu comme unique objectif que d'éluder les droits de mutation de 60%.

Le Comité n'a pas suivi l'administration, en prenant notamment en compte les objectifs non fiscaux mis en avant par les contribuables pour justifier la constitution de la SCI, à savoir « *assurer la pérennité de la détention et de l'exploitation dans un cadre familial d'un immeuble de rapport d'une manière plus efficace que n'aurait pu le faire une indivision* ».

L'analyse de ces affaires permet de rappeler que la capacité du contribuable à justifier la structuration d'une opération par des raisons autres que fiscales (raisons juridiques ou économiques par exemple) est primordiale pour convaincre le Comité de l'absence d'abus de droit.

Impôt sur les sociétés : des intérêts versés sur un prêt intra-groupe peuvent-ils cacher un dividende ?

Par Yann de Kergos

Deux affaires d'apparence similaire ont été soumises à l'avis du Comité en matière d'impôt sur les sociétés. Pour autant, elles ont donné lieu à des solutions différentes dont l'analyse se révèle instructive.

Les faits de la première affaire (n° 2010-12) semblaient caricaturaux, et le schéma pouvait apparaître comme visant uniquement à transformer des dividendes futurs en intérêts déductibles : pour faire simple, une société américaine avait souscrit des obligations remboursables en actions (ORA), émises par sa filiale française. La souscription avait été réalisée par compensation avec une créance résultant d'une distribution concomitante de réserve, pour un même montant. Les ORA avaient une échéance de 7 ans et portaient intérêts à un taux de marché. Toutefois, les intérêts étaient plafonnés pour chaque exercice à la somme algébrique des résultats comptables de l'émettrice des ORA et de ses filiales françaises intégrées.

Le Comité a conclu à l'existence d'un abus de droit, visant notamment à permettre la déductibilité, sous forme d'intérêts, de sommes présentant en réalité la nature de dividendes. Afin de justifier cette conclusion, le Comité a relevé (i) que les opérations en cause n'avaient généré aucun flux financier et n'avaient donné lieu qu'à de simples écritures comptables, (ii) que la situation financière de l'émettrice n'avait pas été modifiée par ces opérations, et (iii) que ces opérations, ne modifiant en rien l'actionnariat de la société, sa trésorerie ou son activité, caractérisaient la conversion d'une réserve en dettes. Il convient en revanche de noter que le fait que les intérêts ne soient pas imposés chez le bénéficiaire n'a pas été repris par le Comité pour justifier sa position.

Dans la seconde affaire (n° 2010-13), une société luxembourgeoise avait souscrit un prêt participatif au profit de sa filiale française, en partie par compensation avec son compte courant, lequel résultait d'une réduction de capital de la société française intervenue un an plus tôt. Le prêt participatif avait une échéance de 8 ans, et était rémunéré par un intérêt fixe de 1% et un intérêt variable égal à 80% des bénéfices consolidés de la société française. L'intérêt, fixe et variable, était en tout état de cause plafonné à 50% des cash flows consolidés de la société française et ne pouvait excéder 6% par an.

Afin de conclure à l'absence d'abus de droit, le Comité a notamment relevé de réels mouvements financiers, et une amélioration de la structure financière de la société ainsi que de ses capacités d'endettement (remplacement d'une dette à court terme par une dette à plus long terme).

L'analyse de ces affaires permet de constater que le Comité décide de l'existence ou non d'un abus de droit en s'attachant au contexte global entourant l'émission des outils de dette mais également aux conséquences comptables et financières des opérations en cause. Le contribuable doit ainsi être capable de démontrer que l'opération avait pour lui des conséquences positives autres que fiscales pour échapper à la sanction du Comité.

La liberté de gestion et le principe de « non immixtion » dans celle-ci par l'administration fiscale trouvent ainsi leurs limites. Il appartient à la société de pouvoir démontrer la recherche d'une amélioration de sa situation financière si nécessaire, au-delà des effets fiscaux de ses différentes sources de financement. On notera cependant que ces « effets fiscaux » limités par l'abus de droit ne concernent que l'impôt français sans prendre en considération l'impôt étranger, ainsi qu'il résulte de l'examen du financement « hybride » dans la première affaire.

7
SUR
8

Sur les huit avis défavorables à l'administration fiscale, cette dernière a majoritairement suivi les avis du Comité et décidé d'abandonner le redressement dans sept des affaires, ne poursuivant le contentieux que dans une seule affaire. Cette statistique démontre la crédibilité et la reconnaissance dont jouit désormais le Comité, surtout depuis sa réforme en 2009.

Et encore...

Par Carole Furst et Amandine Allix-Cieutat

Autres affaires soumises à l'avis du Comité

Impôt sur le revenu et revenus fonciers

– *Contournement des dispositions de l'article 15 II du Code Général des Impôts (Affaire n° 2010-01)*

Le Comité qualifie d'abus de droit la conclusion de baux entre une SCI et ses associés ayant pour seul objectif de permettre l'imputation, sur les revenus fonciers des associés, des coûts des travaux réalisés dans le logement de ces derniers, contrairement aux dispositions du II de l'article 15 du Code Général des Impôts.

Le Comité a principalement relevé que l'opération à laquelle s'était livrée la société était structurellement déficitaire du fait de la disproportion manifeste entre le montant des charges et celui des recettes escomptées.

– *Constitution d'une association syndicale libre dans le but de minorer des revenus fonciers (Affaire n° 2010-11)*

Le Comité a refusé de qualifier d'abus de droit la constitution, entre 2 membres d'une même famille, d'une association syndicale libre (ASL) ayant pour objet la réalisation d'une opération de restauration complète d'un immeuble classé monument historique, et ayant permis la déduction du revenu global, en tant que déficit foncier, de la somme correspondant au versement effectué au profit de l'association au titre des appels de fonds pour la restauration de cet immeuble.

Le Comité s'est notamment appuyé sur le fait que l'association n'était pas dépourvue de toute substance et que donc, la création de l'ASL ne présentait pas un caractère fictif et permettait la réalisation du projet privé de restauration de l'immeuble.

Impôt sur les sociétés

– *Revendication abusive des régimes des marchands de biens, du régime des sociétés mères et filiales et du régime de l'intégration fiscale dans le but d'éviter l'imposition des plus-values immobilières (Affaire n° 2010-08)*

Le Comité qualifie d'abus de droit la constitution d'une société de marchand de biens, son inclusion dans l'intégration fiscale et la distribution du bénéfice réalisé par sa filiale sur l'exercice même de sa réalisation en ce que ce schéma aurait eu pour

seul objectif de pouvoir déduire la provision constituée sur les titres de la filiale sur les résultats du groupe d'intégration fiscale. Le Comité a en effet estimé que la société n'avait recherché que l'intérêt fiscal lié à l'inscription des titres de cette filiale dans ses stocks pour pouvoir ensuite les déprécier par voie de provision déductible dans les conditions de droit commun. Il s'est notamment appuyé sur le fait que la société n'avait pas réellement exercé l'activité de marchand de biens.

*– Application abusive du régime des sociétés mères et filiales à l'occasion d'une distribution de dividendes
(Affaire n° 2010-10)*

Le Comité qualifie d'abus de droit le fait, pour une société d'acquérir des titres de deux sociétés ne détenant plus aucun actif et n'exerçant plus aucune activité économique, mais disposant de liquidités importantes, puis de demander à bénéficier du régime des sociétés mères et filiales lors d'une distribution importante de dividendes par celles-ci. Le Comité a estimé que ces opérations successives formaient un tout indissociable et que la société, qui n'avait aucun intérêt économique à l'opération, avait souscrit l'engagement formel de conservation des titres pendant une durée de deux ans dans le but exclusif d'atténuer ses charges fiscales grâce à une application littérale du texte à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur (lesquels induiraient une poursuite effective de l'activité des filiales acquises).

Jurisprudences récentes

Opérations d'«Owner Buy Out» ou OBO

– Arrêt Bourdon du 27 janvier 2011 (CE, 9e et 10e s-s, n° 320313)

Par un arrêt en date du 27 janvier 2011, le Conseil d'Etat s'est prononcé pour la première fois sur la validité fiscale d'une opération particulière de LBO, appelée Owner Buy Out (OBO), par laquelle deux co-associés et co-gérants d'une société de services informatiques avaient créé une holding financière puis lui avaient vendu les titres de leur société, cette acquisition ayant été financée pour partie par un recours à l'emprunt bancaire (lequel emprunt devait, comme c'est le cas dans toute opération de LBO, être remboursé grâce aux dividendes distribués par la société cible). A l'issue de ces opérations, les dirigeants associés s'étaient vus remettre la totalité du prix de la cession de la société cible.

L'administration fiscale a remis en cause l'ensemble de ces opérations sur le terrain de l'abus de droit en estimant que l'intervention de la société holding dans ce processus n'avait pour seul but que de procéder à une économie fiscale, les contribuables ayant supporté un impôt sur la plus-value de cession au taux de 16%, au lieu d'acquitter l'impôt sur le revenu au taux progressif si les dividendes de la société cédée avaient été inclus dans leur revenu imposable.

Le Conseil d'Etat a cependant rejeté la qualification d'abus de droit en reconnaissant l'existence de motifs autres que fiscaux au schéma mis en place, notamment eu égard à l'impact de l'existence de la holding sur la capacité d'emprunt du groupe et donc sur son développement futur.

> Arrêt du Conseil d'Etat du 27 janvier 2011, n° 320313, Bourdon

Apport-cession

– *Arrêts Bazire, Bauchart et Four du 8 octobre 2010 (CE, 8e et 3e s-s, n° 301934, n° 313139, n° 321361)*

Trois arrêts relatifs à des opérations dites d'« apport-cession » ont été rendus le 8 octobre 2010. L'intérêt fiscal des opérations en cause est de différer l'imposition d'une plus-value de cession de titres en bénéficiant du mécanisme de report ou de sursis d'imposition. En pratique, les titres à céder sont apportés à une société qui les cède au tiers acquéreur peu de temps après. La plus-value ne devient en principe imposable que lors de la cession des titres reçus en apport.

Selon le Conseil d'Etat, elles sont caractéristiques d'un abus de droit lorsqu'elles permettent au contribuable, du fait de l'interposition d'une société, de rester détenteur des titres reçus en échange de l'apport tout en disposant effectivement des liquidités obtenues du fait de la cession (ce qui est le cas lorsque, par exemple, l'apport-cession est suivi d'une réduction de capital de la société ayant bénéficié de l'apport). Elles sont également susceptibles d'être remises en cause lorsque la société bénéficiaire de l'apport n'a pas effectivement réinvesti le produit de cession dans une « activité économique », notion qui n'a toutefois pas été définie mais qui semble exclure les investissements purement patrimoniaux, tels que l'immobilier de rapport.

- > Arrêt du Conseil d'Etat du 8 octobre 2010, n° 301934, Bazire
- > Arrêt du Conseil d'Etat du 8 octobre 2010, n° 313139, Bauchart
- > Arrêt du Conseil d'Etat du 8 octobre 2010, n° 321361, Four

– *Arrêt Min. c/ Conseil du 3 février 2011 (CE 8e et 3e s-s n° 329839)*

Le Conseil d'Etat a affiné sa jurisprudence en précisant que le réinvestissement par la société bénéficiaire de l'apport doit représenter une « part significative » du produit de la cession des titres apportés. En l'espèce, le réinvestissement, qui correspondait à une proportion de 4% de ce produit, n'a pas été jugé suffisant, malgré le fait que par ailleurs 60% du produit de la cession ait été investi en compte-courant dans la société cible.

Pour le Conseil d'Etat, l'investissement en compte-courant ne saurait être pris en compte dès lors qu'il s'agit d'un investissement à « caractère patrimonial ». Cette solution n'est pas exempte de toute critique et démontre en tout état de cause que la jurisprudence en matière d'apport-cession peut encore révéler certaines surprises.

- > Arrêt du Conseil d'Etat du 3 février 2011, n° 329839, Min. c/ Conseil



Jérémie Jeausserand – jjeausserand@scotto-associes.com

Tristan Audouard – taudouard@scotto-associes.com

Marc Vaslin – mvaslin@scotto-associes.com

Yann de Kergos – ydekergos@scotto-associes.com

Carole Furst – cfurst@scotto-associes.com

Amandine Allix-Cieutat – aallix@scotto-associes.com

Avec une dizaine de professionnels expérimentés et reconnus, l'équipe fiscale de Scotto & Associés accompagne les clients du cabinet sur l'ensemble de leurs opérations, tant en matière de conseil que de contentieux fiscal, qu'il s'agisse de fiscalité corporate ou patrimoniale. L'équipe fiscale du cabinet dispose notamment d'un savoir-faire de premier plan en matière d'assistance des personnes physiques et des entreprises à l'occasion de contrôles et de contentieux fiscaux. Les membres de l'équipe maîtrisent parfaitement les différentes procédures fiscales et judiciaires, et disposent d'une grande expérience en matière de négociation avec les autorités fiscales. Par ailleurs, l'équipe dispose d'une expérience inégalée en matière d'assistance d'équipes de management de groupe sous LBO lors de contrôles et de contentieux fiscaux relatifs aux gains issus de management packages.

Scotto & Associés

65/67, avenue des Champs-Élysées

75008 Paris

Tel. +33 (0) 1 83 92 38 38

Fax +33 (0) 1 83 92 38 39

contact@scotto-associes.com

www.scotto-associes.com