

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES

SERVICE DE LA SECURITE JURIDIQUE ET

DU CONTRÔLE FISCAL

Sous-direction de la sécurité juridique des professionnels

Bureau SJCF 3 B

86, allée de Bercy - Teledoc 944

75572 PARIS cedex 12

Séance n°5 du 21 octobre 2022 : avis rendu par le comité de l'abus de droit fiscal commenté par l'administration (CADF/AC n° 5/2022).

➤ **Affaire n° 2022-13 concernant la SAS A**

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^{er} 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^{er} 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'eu 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.

Nota : l'administration a décidé de ne pas suivre l'avis émis par le comité. Eu égard aux spécificités de ce montage et notamment au droit de retrait obligatoire prenant la forme d'un amortissement du capital sur 25 ans, l'administration entend soumettre ce différend au juge de l'impôt, étant précisé que dans d'autres affaires de fusion-absorption mettant en œuvre des modalités de rémunération similaires, les associés ont reconnu le caractère abusif du montage.