

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES

SERVICE JURIDIQUE DE LA FISCALITE

Sous-direction du contentieux des impôts des professionnels

Bureau JF 2 B

86, allée de Bercy - Teledoc 944

75572 PARIS cedex 12

Séance du 29 novembre 2013 : avis rendus par le comité de l'abus de droit fiscal commentés par l'administration (CADF/AC n° 10/2013).

➤ ***Affaire n° 2013-36 concernant M. et Mme B (impôt sur le revenu)***

Au cours de l'année 2004, le groupe S, spécialisé dans les métiers liés au cycle de l'eau, a fait l'objet d'un rachat au groupe X dans le cadre d'une opération de "leverage buy out" (LBO).

Dans ce contexte, est mis en place un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe S, notamment par l'intermédiaire de la société I, d'acquérir des actions assorties de bons de souscription d'actions (ABSA) de la société N, société qui procédera à l'acquisition de ce groupe.

Les FCPR Y, dont la société de gestion est la société Z, ont créé une société holding dénommée N devant inscrire à son actif les titres du groupe S.

La société N a été constituée le 17 novembre 2004 avec un capital de 45.000 € divisé en 4 500 000 actions de 0,01 €. Ce capital est entièrement détenu par les FCPR Y.

Le 14 février 2005, ces FCPR cèdent 675 000 actions à la SA X.

Le 15 février 2005, la société N a procédé à une première augmentation de capital pour le porter à 37 794 018,75 euros divisé en 3 779 401 875 actions d'une valeur nominale de 0,01 euro. A l'issue de cette opération, les FCPR Y, la SA X et le FCPR W, dont la société de gestion est la société Z, détiennent respectivement 60 %, 25 % et 15 % du capital réparties entre les investisseurs financiers (groupe Z et la SA X). Ces actions nouvelles sont émises au prix de 0,04 euro soit une prime d'émission de 0,03 euro.

Le même jour, le groupe Z et la SA X signent un document relatif aux titulaires des valeurs mobilières de la société N en vue de déterminer les droits et obligations de chaque actionnaire, notamment de régler la mutation des actions et autres valeurs mobilières donnant accès au capital de la société N, et d'organiser les modalités d'administration de cette société et ses filiales, à l'effet de maximiser la valeur du groupe S, le taux de rendement interne (TRI) et les multiples d'investissement des investisseurs.

Le 29 juillet 2005, les associés de la société N ont décidé d'augmenter le capital social de la société d'un montant de 187 250 euros par l'émission de 18 725 000 actions ordinaires d'une valeur nominale de 0,01 euro assorties de bons de souscription d'actions ordinaires de la société.

Les bons de souscription d'actions (BSA) offrent la possibilité à leur détenteur de souscrire, pendant une période de dix ans, des actions de la société N au prix de 0,04 euro, en cas d'introduction en bourse ou de cession de cette société. Le nombre d'actions auquel donne droit un BSA est déterminé à partir d'une prime calculée en fonction du taux interne de rendement des actionnaires financiers de N à la date de l'introduction en bourse ou du rachat de la société.

Les 18 725 000 actions à bons de souscription d'actions (ABSA) ont été émises au prix de souscription de 0,20 € chacune (soit une prime d'émission de 0,19 € par ABSA). Cette émission est réservée à hauteur de 9 500 000 actions à la SAS I créée par huit cadres dirigeants du groupe

S, le solde étant souscrit par deux autres sociétés regroupant d'autres cadres supérieurs de ce groupe.

La société I a été constituée le 26 mai 2005 et a pour objet l'achat, la souscription, la détention, la cession ou l'apport d'actions ou autres valeurs mobilières de la société N.

Son capital social a été fixé à un montant de 37 000 euros, divisé en 37 000 actions ordinaires d'une valeur nominale d'un euro, et est réparti entre huit cadres dirigeants du groupe S. Il a été souscrit, à hauteur de 5 550 actions, par M. B, exerçant des fonctions de responsable d'un pôle au sein du groupe, par un apport en numéraire de 5 550 euros.

Le 21 juillet 2005, la société I a procédé à une augmentation de son capital de 1 873 060 euros. A compter de cette date, le capital de la société entièrement libéré s'élève à 1 910 060 euros divisé en 1 910 060 actions, d'une valeur nominale d'un euro, réparties en 1 910 000 actions ordinaires réparties entre les huit cadres dirigeants du groupe S, et 60 actions B souscrites par le groupe Z.

M. B a ainsi souscrit à cette augmentation de capital par un apport en numéraire de 280 950 euros représentant 280 950 actions.

Après cette opération, M. B détient 15% du capital de la société I, soit 286 500 des 1 910 000 actions ordinaires de la société. Il a inscrit sur son plan d'épargne en actions (PEA) 132 000 actions de cette société.

Le 26 avril 2007, la société N a été cédée à la société H, laquelle a ainsi fait l'acquisition de :

- la totalité des actions ordinaires de la société N au prix unitaire de 0,38 euros ;
- la totalité des 1 910 060 actions de la société I au prix unitaire de 18,16 euros.

Le prix de cession des actions de la société I (18,16 euros) a été déterminé à partir de l'évaluation des ABSA de la société N qu'elle détenait, dont le prix a été estimé à 3,65 euros.

M. B a ainsi cédé le 26 avril 2007 à la société H ses 286 500 actions de la société I, dont 132 000 étaient inscrites dans son plan d'épargne en action (PEA), réalisant un gain total d'un montant de 4 886 025 euros.

Seule la plus-value réalisée lors de la cession des 154 500 actions acquises en dehors du PEA a fait l'objet d'une taxation à l'impôt sur le revenu, les autres titres (132 000 actions) bénéficiant d'une exonération d'impôt du fait de leur inscription sur le PEA.

L'administration a estimé que, sous couvert de la souscription des ABSA de la société N par l'intermédiaire de la société I, M. B avait bénéficié en réalité d'un contrat d'intéressement lié à son activité dans la reprise et le développement du groupe S par la société holding N et basé sur le taux de rendement interne (TRI) constaté par les autres actionnaires de la société N résultant de l'appréciation de la valeur de la société holding de rachat entre sa mise en place et sa cession ou son introduction en bourse.

Elle a considéré que, par un montage juridique présentant une apparence non conforme à la réalité, M. B avait ainsi entendu déguiser en gains de cession de titres des gains de nature salariale, conditionnés à ses résultats à raison de ses fonctions de direction exercées au sein du groupe S.

L'administration a, en effet, estimé que l'émission des ABSA traduisait la volonté des principaux actionnaires du groupe S, et notamment du groupe Z, de gratifier les huit dirigeants du groupe S, détenant les actions ordinaires de la société I, d'un avantage devant s'analyser comme un intéressement.

Selon l'administration, eu égard aux performances du groupe S, ces actionnaires entendaient ainsi consentir à ces dirigeants une rétrocession de la plus-value réalisée lors de la revente des titres. Elle relève notamment que les caractéristiques des BSA de la société N démontrent qu'ils ne sont pas le support d'un investissement mais qu'ils constituent un instrument permettant l'attribution d'une prime de performance aux dirigeants du groupe S.

Elle a donc considéré qu'une partie du gain réalisé par M. B lors de la cession des actions de la société I devait être requalifiée en traitements et salaires. Le gain correspondant à l'intéressement imposable dans cette catégorie de revenus a été fixé à 3,08 euros par ABSA de la société N,

déterminé par différence entre le prix attribué à une ABSA (3,65 euros) et le prix de cession d'une action de la société N (0,38 euro) diminué de la prime d'émission de l'ABSA (0,19 euro).

L'administration en a déduit que l'inscription par M. B des titres de la société I sur son PEA ne lui était pas opposable dès lors qu'elle procédait de l'utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur dans la mesure où le contribuable avait transféré sur un PEA un salaire déguisé en plus-value.

Elle a remis en cause, dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal, l'exonération de la plus-value constatée en 2007 par M. B à raison des 132 000 titres inscrits sur le PEA et a imposé les sommes correspondantes dans la catégorie des traitements et salaires, soit un montant de 2 022 093 euros. Dans sa proposition de rectification, elle a assorti les droits dus d'une pénalité pour abus de droit au taux de 40 %.

M. B fait valoir que les ABSA de la société N sont des instruments optionnels qui ne peuvent pas être requalifiés de primes ou de schéma d'intéressement des huit managers du groupe S. Il relève que la totalité des ABSA n'ont pas été émis au bénéfice exclusif de ces huit cadres dirigeants. Il soutient également que l'acquisition de ces ABSA comportait une réelle prise de risque dès lors que la société I les a acquises pour un prix de 0,20 euro l'unité qui correspond à hauteur de 0,04 euro au prix d'une action simple et à hauteur de 0,16 euro au prix du BSA. Le contribuable indique que le prix d'acquisition du BSA n'est pas un prix de convenance ce que l'administration a elle-même admis. Il observe enfin qu'en tout état de cause la date de clôture du PEA retenue par l'administration n'autorisait pas celle-ci à soumettre à l'impôt un quelconque montant de plus-value.

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

Le Comité constate que M. B a effectivement acquis les actions de la société I au moyen de ses propres deniers et que cet investissement représentait une part substantielle des revenus qu'il avait perçus au cours de l'année précédant cette acquisition.

Toutefois, il relève que le montant de l'investissement proposé aux dirigeants du groupe S, et le nombre d'actions de la société I qui leur a en conséquence été attribué, n'était pas déterminé librement par chaque dirigeant mais leur était imposé au cas où ils décideraient d'investir et que ce montant a été déterminé en fonction du niveau de responsabilité de chacun de ces dirigeants à la date de réalisation de l'opération relative à l'émission des actions à bons de souscription d'actions.

Le Comité constate également, au vu des caractéristiques et des modalités des bons de souscription d'actions attachés aux 18 725 000 ABSA émis par la société N et du calcul du nombre d'actions ordinaires nouvelles de la société N auxquels les BSA donnent droit, que, le mécanisme de détermination du nombre d'actions accordé aux détenteurs des bons de souscription d'action N procède en fait de la répartition entre ces détenteurs d'une somme prédéterminée et calculée en fonction, d'une part, du taux de rendement interne (TRI) réalisé par les investisseurs financiers (groupe Z et SA X) lors de la cession ou de l'introduction en bourse de la société N et, d'autre part, du mois au cours duquel intervient cette cession ou cette introduction en bourse.

Ainsi, à titre d'exemple, si le TRI réalisé s'établit à 15% lors de la cession de la société N et que cette cession intervient en avril 2007, la somme attribuée à l'ensemble des détenteurs des BSA de la société N et à répartir entre eux s'élève à 7,53 millions d'euros. Cette somme s'élève à 22,83 millions d'euros dans l'hypothèse où ce TRI est de 20% au cours du même mois. Le nombre de BSA détenu par chaque dirigeant selon un chiffre qui lui était imposé sert ainsi seulement à fixer la part qui lui revient de cette somme.

Le Comité note enfin que, compte tenu des modalités de détermination de cette somme, l'investissement réalisé par les managers dans les BSA était intégralement garanti si le TRI était égal à zéro sur la période de juin 2005 à janvier 2007, ou s'il était égal à 2,5 % sur la période allant de février 2007 à mai 2012 ou s'il était égal à 5% sur la période postérieure.

Le Comité estime que, compte tenu des données relatives au groupe S, que ces dirigeants ne pouvaient ignorer, M. B était en réalité assuré, quel que soit le TRI réalisé à la date de la cession ou l'introduction en bourse de la société N, de récupérer son investissement dans les BSA à leur prix de souscription initial, tout en étant susceptible de réaliser un gain substantiel en cas de succès de l'opération.

Ainsi, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité considère que les caractéristiques des BSA de la société N ne correspondent pas à celles d'un investisseur financier mais qu'ils ont eu pour unique objet de répartir une prime d'intéressement entre les huit cadres dirigeants du groupe S et qui trouve son origine dans leur contrat de travail dont celui qui lie M. B au groupe S.

Par suite, le Comité considère que l'inscription dans le PEA pour leur prix de souscription des actions de la société I, comprenant des BSA ayant en réalité la nature d'un intéressement lié aux fonctions salariales exercées en tant que dirigeant par M. B au sein du groupe S, traduit la poursuite d'un but exclusivement fiscal par application littérale des textes régissant le PEA à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur.

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

Nota : l'administration a pris note de l'avis favorable du Comité.

➤ ***Affaire n° 2013-51 concernant M. et Mme L (impôt sur le revenu)***

Au cours de l'année 2004, le groupe S, spécialisé dans les métiers liés au cycle de l'eau, a fait l'objet d'un rachat au groupe X dans le cadre d'une opération de "leverage buy out" (LBO).

Dans ce contexte, est mis en place un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe S, notamment par l'intermédiaire de la société I, d'acquérir des actions assorties de bons de souscription d'actions (ABSA) de la société N, société qui procédera à l'acquisition de ce groupe.

Les FCPR Y, dont la société de gestion est la société Z, ont créé une société holding dénommée N devant inscrire à son actif les titres du groupe S.

La société N a été constituée le 17 novembre 2004 avec un capital de 45.000 € divisé en 4 500 000 actions de 0,01 €. Ce capital est entièrement détenu par les FCPR Y.

Le 14 février 2005, ces FCPR cèdent 675 000 actions à la SA X.

Le 15 février 2005, la société N a procédé à une première augmentation de capital pour le porter à 37 794 018,75 euros divisé en 3 779 401 875 actions d'une valeur nominale de 0,01 euro. A l'issue de cette opération, les FCPR Y, la SA X et le FCPR W, dont la société de gestion est la société Z, détiennent respectivement 60 %, 25 % et 15 % du capital réparties entre les investisseurs financiers (groupe Z et la SA X). Ces actions nouvelles sont émises au prix de 0,04 euro soit une prime d'émission de 0,03 euro.

Le même jour, le groupe Z et la SA X signent un document relatif aux titulaires des valeurs mobilières de la société N en vue de déterminer les droits et obligations de chaque actionnaire, notamment de régler la mutation des actions et autres valeurs mobilières donnant accès au capital de la société N, et d'organiser les modalités d'administration de cette société et ses filiales, à l'effet de maximiser la valeur du groupe S, le taux de rendement interne (TRI) et les multiples d'investissement des investisseurs.

Le 29 juillet 2005, les associés de la société N ont décidé d'augmenter le capital social de la société d'un montant de 187 250 euros par l'émission de 18 725 000 actions ordinaires d'une valeur nominale de 0,01 euro assorties de bons de souscription d'actions ordinaires de la société.

Les bons de souscription d'actions (BSA) offrent la possibilité à leur détenteur de souscrire, pendant une période de dix ans, des actions de la société N au prix de 0,04 euro, en cas d'introduction en bourse ou de cession de cette société. Le nombre d'actions auquel donne droit un BSA est déterminé à partir d'une prime calculée en fonction du taux interne de rendement des actionnaires financiers de N à la date de l'introduction en bourse ou du rachat de la société.

Les 18 725 000 actions à bons de souscription d'actions (ABSA) ont été émises au prix de souscription de 0,20 € chacune (soit une prime d'émission de 0,19 € par ABSA). Cette émission est réservée à hauteur de 9 500 000 actions à la SAS I créée par huit cadres dirigeants du groupe S, le solde étant souscrit par deux autres sociétés regroupant d'autres cadres supérieurs de ce groupe.

La société I a été constituée le 26 mai 2005 et a pour objet l'achat, la souscription, la détention, la cession ou l'apport d'actions ou autres valeurs mobilières de la société N.

Son capital social a été fixé à un montant de 37 000 euros, divisé en 37 000 actions ordinaires d'une valeur nominale d'un euro, et est réparti entre huit cadres dirigeants du groupe S. Il a été souscrit, à hauteur de 9 250 actions, par M. L, exerçant les fonctions de président directeur général au sein du groupe, par un apport en numéraire de 9 250 euros.

Le 21 juillet 2005, la société I a procédé à une augmentation de son capital de 1 873 060 euros. A compter de cette date, le capital de la société entièrement libéré s'élève à 1 910 060 euros divisé en 1 910 060 actions, d'une valeur nominale d'un euro, réparties en 1 910 000 actions ordinaires réparties entre les huit cadres dirigeants du groupe S, et 60 actions B souscrites par le groupe Z.

M. L a ainsi souscrit à cette augmentation de capital par un apport en numéraire de 468 250 euros représentant 468 250 actions.

Après cette opération, M. L détient 25% du capital de la société I, soit 477 500 des 1 910 000 actions ordinaires de la société. Il a inscrit sur son plan d'épargne en actions (PEA) 148 231 actions de cette société.

Le 6 avril 2007, M. L procède à la donation de 222 222 titres de la société I.

Le 26 avril 2007, la société N a été cédée à la société H, laquelle a ainsi fait l'acquisition de :

- la totalité des actions ordinaires de la société N au prix unitaire de 0,38 euros ;
- la totalité des 1 910 060 actions de la société I au prix unitaire de 18,16 euros.

Le prix de cession des actions de la société I (18,16 euros) a été déterminé à partir de l'évaluation des ABSA de la société N qu'elle détenait, dont le prix a été estimé à 3,65 euros.

M. L a ainsi cédé le 26 avril 2007 à la société H ses 255 278 actions de la société I, dont 148 231 étaient inscrites dans son plan d'épargne en action (PEA), réalisant un gain total d'un montant de 4 359 566 euros.

Seule la plus-value réalisée lors de la cession des 107 047 actions acquises en dehors du PEA a fait l'objet d'une taxation à l'impôt sur le revenu, les autres titres (148 231 actions) bénéficiant d'une exonération d'impôt du fait de leur inscription sur le PEA.

L'administration a estimé que, sous couvert de la souscription des ABSA de la société N par l'intermédiaire de la société I, M. L avait bénéficié en réalité d'un contrat d'intéressement lié à son activité dans la reprise et le développement du groupe S par la société holding N et basé sur le taux de rendement interne (TRI) constaté par les autres actionnaires de la société N résultant de l'appréciation de la valeur de la société holding de rachat entre sa mise en place et sa cession ou son introduction en bourse.

Elle a considéré que, par un montage juridique présentant une apparence non conforme à la réalité, M. L avait ainsi entendu déguiser en gains de cession de titres des gains de nature salariale, conditionnés à ses résultats à raison de ses fonctions de direction exercées au sein du groupe S.

L'administration a, en effet, estimé que l'émission des ABSA traduisait la volonté des principaux actionnaires du groupe S, et notamment du groupe Z, de gratifier les huit dirigeants du groupe S, détenant les actions ordinaires de la société I, d'un avantage devant s'analyser comme un intéressement.

Selon l'administration, eu égard aux performances du groupe S, ces actionnaires entendaient ainsi consentir à ces dirigeants une rétrocession de la plus-value réalisée lors de la revente des titres. Elle relève notamment que les caractéristiques des BSA de la société N démontrent qu'ils ne sont pas le support d'un investissement mais qu'ils constituent un instrument permettant l'attribution d'une prime de performance aux dirigeants du groupe S.

Elle a donc considéré qu'une partie du gain réalisé par M. L lors de la cession des actions de la société I devait être requalifiée en traitements et salaires. Le gain correspondant à l'intéressement imposable dans cette catégorie de revenus a été fixé à 3,08 euros par ABSA de la société N, déterminé par différence entre le prix attribué à une ABSA (3,65 euros) et le prix de cession d'une action de la société N (0,38 euro) diminué de la prime d'émission de l'ABSA (0,19 euro).

L'administration en a déduit que l'inscription par M. L des titres de la société I sur son PEA ne lui était pas opposable dès lors qu'elle procédait de l'utilisation abusive de ce plan contraire à

l'intention du législateur dans la mesure où le contribuable avait transféré sur un PEA un salaire déguisé en plus-value.

Elle a remis en cause, dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal, l'exonération de la plus-value constatée en 2007 par M. L à raison des 148 231 titres inscrits sur le PEA et a imposé les sommes correspondantes dans la catégorie des traitements et salaires, soit un montant de 2 270 734 euros. Dans sa proposition de rectification, elle a assorti les droits dus d'une pénalité pour abus de droit au taux de 40 %.

M. L fait valoir que les ABSA de la société N sont des instruments optionnels qui ne peuvent pas être requalifiés de primes ou de schéma d'intéressement des huit managers du groupe S. Il relève que la totalité des ABSA n'ont pas été émis au bénéfice exclusif de ces huit cadres dirigeants. Il soutient également que l'acquisition de ces ABSA comportait une réelle prise de risque dès lors que la société I les a acquises pour un prix de 0,20 euro l'unité qui correspond à hauteur de 0,04 euro au prix d'une action simple et à hauteur de 0,16 euro au prix du BSA. Le contribuable indique que le prix d'acquisition du BSA n'est pas un prix de convenance ce que l'administration a elle-même admis. Il observe enfin qu'en tout état de cause la date de clôture du PEA retenue par l'administration n'autorisait pas celle-ci à soumettre à l'impôt un quelconque montant de plus-value.

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

Le Comité constate que M. L a effectivement acquis les actions de la société I au moyen de ses propres deniers et que cet investissement représentait une part substantielle des revenus qu'il avait perçus au cours de l'année précédant cette acquisition.

Toutefois, il relève que le montant de l'investissement proposé aux dirigeants du groupe S, et le nombre d'actions de la société I qui leur a en conséquence été attribué, n'était pas déterminé librement par chaque dirigeant mais leur était imposé au cas où ils décideraient d'investir et que ce montant a été déterminé en fonction du niveau de responsabilité de chacun de ces dirigeants à la date de réalisation de l'opération relative à l'émission des actions à bons de souscription d'actions.

Le Comité constate également, au vu des caractéristiques et des modalités des bons de souscription d'actions attachés aux 18 725 000 ABSA émis par la société N et du calcul du nombre d'actions ordinaires nouvelles de la société N auxquels les BSA donnent droit, que, le mécanisme de détermination du nombre d'actions accordé aux détenteurs des bons de souscription d'action N procède en fait de la répartition entre ces détenteurs d'une somme prédéterminée et calculée en fonction, d'une part, du taux de rendement interne (TRI) réalisé par les investisseurs financiers (groupe Z et SA X) lors de la cession ou de l'introduction en bourse de la société N et, d'autre part, du mois au cours duquel intervient cette cession ou cette introduction en bourse.

Ainsi, à titre d'exemple, si le TRI réalisé s'établit à 15% lors de la cession de la société N et que cette cession intervient en avril 2007, la somme attribuée à l'ensemble des détenteurs des BSA de la société N et à répartir entre eux s'élève à 7,53 millions d'euros. Cette somme s'élève à 22,83 millions d'euros dans l'hypothèse où ce TRI est de 20% au cours du même mois. Le nombre de BSA détenu par chaque dirigeant selon un chiffre qui lui était imposé sert ainsi seulement à fixer la part qui lui revient de cette somme.

Le Comité note enfin que, compte tenu des modalités de détermination de cette somme, l'investissement réalisé par les managers dans les BSA était intégralement garanti si le TRI était égal à zéro sur la période de juin 2005 à janvier 2007, ou s'il était égal à 2,5 % sur la période allant de février 2007 à mai 2012 ou s'il était égal à 5% sur la période postérieure.

Le Comité estime que, compte tenu des données relatives au groupe S, que ces dirigeants ne pouvaient ignorer, M. L était en réalité assuré, quel que soit le TRI réalisé à la date de la cession ou l'introduction en bourse de la société N, de récupérer son investissement dans les BSA à leur prix de souscription initial, tout en étant susceptible de réaliser un gain substantiel en cas de succès de l'opération.

Ainsi, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité considère que les caractéristiques des BSA de la société N ne correspondent pas à celles d'un investisseur financier mais qu'ils ont eu pour unique objet de répartir une prime d'intéressement entre les huit cadres dirigeants du groupe S et qui trouve son origine dans leur contrat de travail dont celui qui lie M. L au groupe S.

Par suite, le Comité considère que l'inscription dans le PEA pour leur prix de souscription des actions de la société I, comprenant des BSA ayant en réalité la nature d'un intéressement lié aux fonctions salariales exercées en tant que dirigeant par M. L au sein du groupe S, traduit la poursuite d'un but exclusivement fiscal par application littérale des textes régissant le PEA à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur.

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

Nota : l'administration a pris note de l'avis favorable du Comité.

➤ ***Affaire n° 2013-48 concernant M. et Mme T (impôt sur le revenu)***

Au cours de l'année 2004, le groupe S, spécialisé dans les métiers liés au cycle de l'eau, a fait l'objet d'un rachat au groupe X dans le cadre d'une opération de " leverage buy out " (LBO).

Dans ce contexte, est mis en place un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe S, notamment par l'intermédiaire de la société I, d'acquérir des actions assorties de bons de souscription d'actions (ABSA) de la société N, société qui procédera à l'acquisition de ce groupe.

Les FCPR Y, dont la société de gestion est la société Z, ont créé une société holding dénommée N devant inscrire à son actif les titres du groupe S.

La société N a été constituée le 17 novembre 2004 avec un capital de 45.000 € divisé en 4 500 000 actions de 0,01 €. Ce capital est entièrement détenu par les FCPR Y.

Le 14 février 2005, ces FCPR cèdent 675 000 actions à la SA X.

Le 15 février 2005, la société N a procédé à une première augmentation de capital pour le porter à 37 794 018,75 euros divisé en 3 779 401 875 actions d'une valeur nominale de 0,01 euro. A l'issue de cette opération, les FCPR Y, la SA X et le FCPR W, dont la société de gestion est la société Z, détiennent respectivement 60 %, 25 % et 15 % du capital réparties entre les investisseurs financiers (groupe Z et la SA X). Ces actions nouvelles sont émises au prix de 0,04 euro soit une prime d'émission de 0,03 euro.

Le même jour, le groupe Z et la SA X signent un document relatif aux titulaires des valeurs mobilières de la société N en vue de déterminer les droits et obligations de chaque actionnaire, notamment de régler la mutation des actions et autres valeurs mobilières donnant accès au capital de la société N, et d'organiser les modalités d'administration de cette société et ses filiales, à l'effet de maximiser la valeur du groupe S, le taux de rendement interne (TRI) et les multiples d'investissement des investisseurs.

Le 29 juillet 2005, les associés de la société N ont décidé d'augmenter le capital social de la société d'un montant de 187 250 euros par l'émission de 18 725 000 actions ordinaires d'une valeur nominale de 0,01 euro assorties de bons de souscription d'actions ordinaires de la société.

Les bons de souscription d'actions (BSA) offrent la possibilité à leur détenteur de souscrire, pendant une période de dix ans, des actions de la société N au prix de 0,04 euro, en cas d'introduction en bourse ou de cession de cette société. Le nombre d'actions auquel donne droit un BSA est déterminé à partir d'une prime calculée en fonction du taux interne de rendement des actionnaires financiers de N à la date de l'introduction en bourse ou du rachat de la société.

Les 18 725 000 actions à bons de souscription d'actions (ABSA) ont été émises au prix de souscription de 0,20 € chacune (soit une prime d'émission de 0,19 € par ABSA). Cette émission est réservée à hauteur de 9 500 000 actions à la SAS I créée par huit cadres dirigeants du groupe S, le solde étant souscrit par deux autres sociétés regroupant d'autres cadres supérieurs de ce groupe.

La société I a été constituée le 26 mai 2005 et a pour objet l'achat, la souscription, la détention, la cession ou l'apport d'actions ou autres valeurs mobilières de la société N.

Son capital social a été fixé à un montant de 37 000 euros, divisé en 37 000 actions ordinaires d'une valeur nominale d'un euro, et est réparti entre huit cadres dirigeants du groupe S. Il a été souscrit, à hauteur de 1 850 actions, par M. T, exerçant des fonctions de directeur juridique au sein du groupe, par un apport en numéraire de 1 850 euros.

Le 21 juillet 2005, la société I a procédé à une augmentation de son capital de 1 873 060 euros. A compter de cette date, le capital de la société entièrement libéré s'élève à 1 910 060 euros divisé en 1 910 060 actions, d'une valeur nominale d'un euro, réparties en 1 910 000 actions ordinaires réparties entre les huit cadres dirigeants du groupe S, et 60 actions B souscrites par le groupe Z.

M. T a ainsi souscrit à cette augmentation de capital par un apport en numéraire de 93 650 euros représentant 93 650 actions.

Après cette opération, M. T détient 5% du capital de la société I, soit 95 500 des 1 910 000 actions ordinaires de la société. Il a inscrit sur son plan d'épargne en actions (PEA) 81 175 actions de cette société.

Le 26 avril 2007, la société N a été cédée à la société H, laquelle a ainsi fait l'acquisition de :

- la totalité des actions ordinaires de la société N au prix unitaire de 0,38 euros ;
- la totalité des 1 910 060 actions de la société I au prix unitaire de 18,16 euros.

Le prix de cession des actions de la société I (18,16 euros) a été déterminé à partir de l'évaluation des ABSA de la société N qu'elle détenait, dont le prix a été estimé à 3,65 euros.

M. T a ainsi cédé le 26 avril 2007 à la société H ses 95 500 actions de la société I, dont 81 175 étaient inscrites dans son plan d'épargne en action (PEA), réalisant un gain total d'un montant de 1 638 780 euros.

Seule la plus-value réalisée lors de la cession des 14 235 actions acquises en dehors du PEA a fait l'objet d'une taxation à l'impôt sur le revenu, les autres titres (81 175 actions) bénéficiant d'une exonération d'impôt du fait de leur inscription sur le PEA.

L'administration a estimé que, sous couvert de la souscription des ABSA de la société N par l'intermédiaire de la société I, M. T avait bénéficié en réalité d'un contrat d'intéressement lié à son activité dans la reprise et le développement du groupe S par la société holding N et basé sur le taux de rendement interne (TRI) constaté par les autres actionnaires de la société N résultant de l'appréciation de la valeur de la société holding de rachat entre sa mise en place et sa cession ou son introduction en bourse.

Elle a considéré que, par un montage juridique présentant une apparence non conforme à la réalité, M. T avait ainsi entendu déguiser en gains de cession de titres des gains de nature salariale, conditionnés à ses résultats à raison de ses fonctions de direction exercées au sein du groupe S.

L'administration a, en effet, estimé que l'émission des ABSA traduisait la volonté des principaux actionnaires du groupe S, et notamment du groupe Z, de gratifier les huit dirigeants du groupe S, détenant les actions ordinaires de la société I, d'un avantage devant s'analyser comme un intéressement.

Selon l'administration, eu égard aux performances du groupe S, ces actionnaires entendaient ainsi consentir à ces dirigeants une rétrocession de la plus-value réalisée lors de la revente des titres. Elle relève notamment que les caractéristiques des BSA de la société N démontrent qu'ils ne sont pas le support d'un investissement mais qu'ils constituent un instrument permettant l'attribution d'une prime de performance aux dirigeants du groupe S.

Elle a donc considéré qu'une partie du gain réalisé par M. T lors de la cession des actions de la société I devait être requalifiée en traitements et salaires. Le gain correspondant à l'intéressement imposable dans cette catégorie de revenus a été fixé à 3,08 euros par ABSA de la société N, déterminé par différence entre le prix attribué à une ABSA (3,65 euros) et le prix de cession d'une action de la société N (0,38 euro) diminué de la prime d'émission de l'ABSA (0,19 euro).

L'administration en a déduit que l'inscription par M. T des titres de la société I sur son PEA ne lui était pas opposable dès lors qu'elle procédait de l'utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur dans la mesure où le contribuable avait transféré sur un PEA un salaire déguisé en plus-value.

Elle a remis en cause, dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal, l'exonération de la plus-value constatée en 2007 par M. T à raison des 81 175 titres inscrits sur le PEA et a imposé les sommes correspondantes dans la catégorie des traitements et salaires, soit un montant de

1 243 511 euros. Dans sa proposition de rectification, elle a assorti les droits dus d'une pénalité pour abus de droit au taux de 40 %.

M. T fait valoir que les ABSA de la société N sont des instruments optionnels qui ne peuvent pas être requalifiés de primes ou de schéma d'intéressement des huit managers du groupe S. Il relève que la totalité des ABSA n'ont pas été émis au bénéfice exclusif de ces huit cadres dirigeants. Il soutient également que l'acquisition de ces ABSA comportait une réelle prise de risque dès lors que la société I les a acquises pour un prix de 0,20 euro l'unité qui correspond à hauteur de 0,04 euro au prix d'une action simple et à hauteur de 0,16 euro au prix du BSA. Le contribuable indique que le prix d'acquisition du BSA n'est pas un prix de convenance ce que l'administration a elle-même admis. Il observe enfin qu'en tout état de cause la date de clôture du PEA retenue par l'administration n'autorisait pas celle-ci à soumettre à l'impôt un quelconque montant de plus-value.

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

Le Comité constate que M. T a effectivement acquis les actions de la société I au moyen de ses propres deniers et que cet investissement représentait une part substantielle des revenus qu'il avait perçus au cours de l'année précédant cette acquisition.

Toutefois, il relève que le montant de l'investissement proposé aux dirigeants du groupe S, et le nombre d'actions de la société I qui leur a en conséquence été attribué, n'était pas déterminé librement par chaque dirigeant mais leur était imposé au cas où ils décideraient d'investir et que ce montant a été déterminé en fonction du niveau de responsabilité de chacun de ces dirigeants à la date de réalisation de l'opération relative à l'émission des actions à bons de souscription d'actions.

Le Comité constate également, au vu des caractéristiques et des modalités des bons de souscription d'actions attachés aux 18 725 000 ABSA émis par la société N et du calcul du nombre d'actions ordinaires nouvelles de la société N auxquels les BSA donnent droit, que, le mécanisme de détermination du nombre d'actions accordé aux détenteurs des bons de souscription d'action N procède en fait de la répartition entre ces détenteurs d'une somme prédéterminée et calculée en fonction, d'une part, du taux de rendement interne (TRI) réalisé par les investisseurs financiers (groupe Z et SA X) lors de la cession ou de l'introduction en bourse de la société N et, d'autre part, du mois au cours duquel intervient cette cession ou cette introduction en bourse.

Ainsi, à titre d'exemple, si le TRI réalisé s'établit à 15% lors de la cession de la société N et que cette cession intervient en avril 2007, la somme attribuée à l'ensemble des détenteurs des BSA de la société N et à répartir entre eux s'élève à 7,53 millions d'euros. Cette somme s'élève à 22,83 millions d'euros dans l'hypothèse où ce TRI est de 20% au cours du même mois. Le nombre de BSA détenu par chaque dirigeant selon un chiffre qui lui était imposé sert ainsi seulement à fixer la part qui lui revient de cette somme.

Le Comité note enfin que, compte tenu des modalités de détermination de cette somme, l'investissement réalisé par les managers dans les BSA était intégralement garanti si le TRI était égal à zéro sur la période de juin 2005 à janvier 2007, ou s'il était égal à 2,5 % sur la période allant de février 2007 à mai 2012 ou s'il était égal à 5% sur la période postérieure.

Le Comité estime que, compte tenu des données relatives au groupe S, que ces dirigeants ne pouvaient ignorer, M. T était en réalité assuré, quel que soit le TRI réalisé à la date de la cession ou l'introduction en bourse de la société N, de récupérer son investissement dans les BSA à leur prix de souscription initial, tout en étant susceptible de réaliser un gain substantiel en cas de succès de l'opération.

Ainsi, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité considère que les caractéristiques des BSA de la société N ne correspondent pas à celles d'un investisseur financier mais qu'ils ont eu pour unique objet de répartir une prime d'intéressement entre les huit cadres dirigeants du groupe S et qui trouve son origine dans leur contrat de travail dont celui qui lie M. T au groupe S.

Par suite, le Comité considère que l'inscription dans le PEA pour leur prix de souscription des actions de la société I, comprenant des BSA ayant en réalité la nature d'un intéressement lié aux fonctions salariales exercées en tant que dirigeant par M. T au sein du groupe S, traduit la poursuite d'un but exclusivement fiscal par application littérale des textes régissant le PEA à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur.

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

Nota : l'administration a pris note de l'avis favorable du Comité.

➤ **Affaire n° 2013-49 concernant M. et Mme A (impôt sur le revenu)**

Au cours de l'année 2004, le groupe S, spécialisé dans les métiers liés au cycle de l'eau, a fait l'objet d'un rachat au groupe X dans le cadre d'une opération de "leverage buy out" (LBO).

Dans ce contexte, est mis en place un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe S, notamment par l'intermédiaire de la société I, d'acquérir des actions assorties de bons de souscription d'actions (ABSA) de la société N, société qui procédera à l'acquisition de ce groupe.

Les FCPR Y, dont la société de gestion est la société Z, ont créé une société holding dénommée N devant inscrire à son actif les titres du groupe S.

La société N a été constituée le 17 novembre 2004 avec un capital de 45.000 € divisé en 4 500 000 actions de 0,01 €. Ce capital est entièrement détenu par les FCPR Y.

Le 14 février 2005, ces FCPR cèdent 675 000 actions à la SA X.

Le 15 février 2005, la société N a procédé à une première augmentation de capital pour le porter à 37 794 018,75 euros divisé en 3 779 401 875 actions d'une valeur nominale de 0,01 euro. A l'issue de cette opération, les FCPR Y, la SA X et le FCPR W, dont la société de gestion est la société Z, détiennent respectivement 60 %, 25 % et 15 % du capital réparties entre les investisseurs financiers (groupe Z et la SA X). Ces actions nouvelles sont émises au prix de 0,04 euro soit une prime d'émission de 0,03 euro.

Le même jour, le groupe Z et la SA X signent un document relatif aux titulaires des valeurs mobilières de la société N en vue de déterminer les droits et obligations de chaque actionnaire, notamment de régler la mutation des actions et autres valeurs mobilières donnant accès au capital de la société N, et d'organiser les modalités d'administration de cette société et ses filiales, à l'effet de maximiser la valeur du groupe S, le taux de rendement interne (TRI) et les multiples d'investissement des investisseurs.

Le 29 juillet 2005, les associés de la société N ont décidé d'augmenter le capital social de la société d'un montant de 187 250 euros par l'émission de 18 725 000 actions ordinaires d'une valeur nominale de 0,01 euro assorties de bons de souscription d'actions ordinaires de la société.

Les bons de souscription d'actions (BSA) offrent la possibilité à leur détenteur de souscrire, pendant une période de dix ans, des actions de la société N au prix de 0,04 euro, en cas d'introduction en bourse ou de cession de cette société. Le nombre d'actions auquel donne droit un BSA est déterminé à partir d'une prime calculée en fonction du taux interne de rendement des actionnaires financiers de N à la date de l'introduction en bourse ou du rachat de la société.

Les 18 725 000 actions à bons de souscription d'actions (ABSA) ont été émises au prix de souscription de 0,20 € chacune (soit une prime d'émission de 0,19 € par ABSA). Cette émission est réservée à hauteur de 9 500 000 actions à la SAS I créée par huit cadres dirigeants du groupe S, le solde étant souscrit par deux autres sociétés regroupant d'autres cadres supérieurs de ce groupe.

La société I a été constituée le 26 mai 2005 et a pour objet l'achat, la souscription, la détention, la cession ou l'apport d'actions ou autres valeurs mobilières de la société N.

Son capital social a été fixé à un montant de 37 000 euros, divisé en 37 000 actions ordinaires d'une valeur nominale d'un euro, et est réparti entre huit cadres dirigeants du groupe S. Il a été souscrit, à hauteur de 1 850 actions, par M. A, exerçant des fonctions de directeur des ressources humaines au sein du groupe, par un apport en numéraire de 1 850 euros.

Le 21 juillet 2005, la société I a procédé à une augmentation de son capital de 1 873 060 euros. A compter de cette date, le capital de la société entièrement libéré s'élève à 1 910 060 euros divisé en 1 910 060 actions, d'une valeur nominale d'un euro, réparties en 1 910 000 actions ordinaires réparties entre les huit cadres dirigeants du groupe S, et 60 actions B souscrites par le groupe Z.

M. A a ainsi souscrit à cette augmentation de capital par un apport en numéraire de 93 650 euros représentant 93 650 actions.

Après cette opération, M. A détient 5% du capital de la société I, soit 95 500 des 1 910 000 actions ordinaires de la société. Il a inscrit sur son plan d'épargne en actions (PEA) 81 175 actions de cette société.

Le 26 avril 2007, la société N a été cédée à la société H, laquelle a ainsi fait l'acquisition de :

- la totalité des actions ordinaires de la société N au prix unitaire de 0,38 euros ;
- la totalité des 1 910 060 actions de la société I au prix unitaire de 18,16 euros.

Le prix de cession des actions de la société I (18,16 euros) a été déterminé à partir de l'évaluation des ABSA de la société N qu'elle détenait, dont le prix a été estimé à 3,65 euros.

M. A a ainsi cédé le 26 avril 2007 à la société H ses 95 500 actions de la société I, dont 81 175 étaient inscrites dans son plan d'épargne en action (PEA), réalisant un gain total d'un montant de 1 635 969 euros.

Seule la plus-value réalisée lors de la cession des 14 235 actions acquises en dehors du PEA a fait l'objet d'une taxation à l'impôt sur le revenu, les autres titres (81 175 actions) bénéficiant d'une exonération d'impôt du fait de leur inscription sur le PEA.

L'administration a estimé que, sous couvert de la souscription des ABSA de la société N par l'intermédiaire de la société I, M. A avait bénéficié en réalité d'un contrat d'intéressement lié à son activité dans la reprise et le développement du groupe S par la société holding N et basé sur le taux de rendement interne (TRI) constaté par les autres actionnaires de la société N résultant de l'appréciation de la valeur de la société holding de rachat entre sa mise en place et sa cession ou son introduction en bourse.

Elle a considéré que, par un montage juridique présentant une apparence non conforme à la réalité, M. A avait ainsi entendu déguiser en gains de cession de titres des gains de nature salariale, conditionnés à ses résultats à raison de ses fonctions de direction exercées au sein du groupe S.

L'administration a, en effet, estimé que l'émission des ABSA traduisait la volonté des principaux actionnaires du groupe S, et notamment du groupe Z, de gratifier les huit dirigeants du groupe S, détenant les actions ordinaires de la société I, d'un avantage devant s'analyser comme un intéressement.

Selon l'administration, eu égard aux performances du groupe S, ces actionnaires entendaient ainsi consentir à ces dirigeants une rétrocession de la plus-value réalisée lors de la revente des titres. Elle relève notamment que les caractéristiques des BSA de la société N démontrent qu'ils ne sont pas le support d'un investissement mais qu'ils constituent un instrument permettant l'attribution d'une prime de performance aux dirigeants du groupe S.

Elle a donc considéré qu'une partie du gain réalisé par M. A lors de la cession des actions de la société I devait être requalifiée en traitements et salaires. Le gain correspondant à l'intéressement imposable dans cette catégorie de revenus a été fixé à 3,08 euros par ABSA de la société N, déterminé par différence entre le prix attribué à une ABSA (3,65 euros) et le prix de cession d'une action de la société N (0,38 euro) diminué de la prime d'émission de l'ABSA (0,19 euro).

L'administration en a déduit que l'inscription par M. A des titres de la société I sur son PEA ne lui était pas opposable dès lors qu'elle procédait de l'utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur dans la mesure où le contribuable avait transféré sur un PEA un salaire déguisé en plus-value.

Elle a remis en cause, dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal, l'exonération de la plus-value constatée en 2007 par M. A à raison des 81 175 titres inscrits sur le PEA et a imposé les sommes correspondantes dans la catégorie des traitements et salaires, soit un montant de 1 243 511 euros. Dans sa proposition de rectification, elle a assorti les droits dus d'une pénalité pour abus de droit au taux de 40 %.

M. A fait valoir que les ABSA de la société N sont des instruments optionnels qui ne peuvent pas être requalifiés de primes ou de schéma d'intéressement des huit managers du groupe S. Il relève que la totalité des ABSA n'ont pas été émis au bénéfice exclusif de ces huit cadres dirigeants. Il

soutient également que l'acquisition de ces ABSA comportait une réelle prise de risque dès lors que la société I les a acquises pour un prix de 0,20 euro l'unité qui correspond à hauteur de 0,04 euro au prix d'une action simple et à hauteur de 0,16 euro au prix du BSA. Le contribuable indique que le prix d'acquisition du BSA n'est pas un prix de convenance ce que l'administration a elle-même admis. Il observe enfin qu'en tout état de cause la date de clôture du PEA retenue par l'administration n'autorisait pas celle-ci à soumettre à l'impôt un quelconque montant de plus-value.

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

Le Comité constate que M. A a effectivement acquis les actions de la société I au moyen de ses propres deniers et que cet investissement représentait une part substantielle des revenus qu'il avait perçus au cours de l'année précédant cette acquisition.

Toutefois, il relève que le montant de l'investissement proposé aux dirigeants du groupe S, et le nombre d'actions de la société I qui leur a en conséquence été attribué, n'était pas déterminé librement par chaque dirigeant mais leur était imposé au cas où ils décideraient d'investir et que ce montant a été déterminé en fonction du niveau de responsabilité de chacun de ces dirigeants à la date de réalisation de l'opération relative à l'émission des actions à bons de souscription d'actions.

Le Comité constate également, au vu des caractéristiques et des modalités des bons de souscription d'actions attachés aux 18 725 000 ABSA émis par la société N et du calcul du nombre d'actions ordinaires nouvelles de la société N auxquels les BSA donnent droit, que, le mécanisme de détermination du nombre d'actions accordé aux détenteurs des bons de souscription d'action N procède en fait de la répartition entre ces détenteurs d'une somme prédéterminée et calculée en fonction, d'une part, du taux de rendement interne (TRI) réalisé par les investisseurs financiers (groupe Z et SA X) lors de la cession ou de l'introduction en bourse de la société N et, d'autre part, du mois au cours duquel intervient cette cession ou cette introduction en bourse.

Ainsi, à titre d'exemple, si le TRI réalisé s'établit à 15% lors de la cession de la société N et que cette cession intervient en avril 2007, la somme attribuée à l'ensemble des détenteurs des BSA de la société N et à répartir entre eux s'élève à 7,53 millions d'euros. Cette somme s'élève à 22,83 millions d'euros dans l'hypothèse où ce TRI est de 20% au cours du même mois. Le nombre de BSA détenu par chaque dirigeant selon un chiffre qui lui était imposé sert ainsi seulement à fixer la part qui lui revient de cette somme.

Le Comité note enfin que, compte tenu des modalités de détermination de cette somme, l'investissement réalisé par les managers dans les BSA était intégralement garanti si le TRI était égal à zéro sur la période de juin 2005 à janvier 2007, ou s'il était égal à 2,5 % sur la période allant de février 2007 à mai 2012 ou s'il était égal à 5% sur la période postérieure.

Le Comité estime que, compte tenu des données relatives au groupe S, que ces dirigeants ne pouvaient ignorer, M. A était en réalité assuré, quel que soit le TRI réalisé à la date de la cession ou l'introduction en bourse de la société N, de récupérer son investissement dans les BSA à leur prix de souscription initial, tout en étant susceptible de réaliser un gain substantiel en cas de succès de l'opération.

Ainsi, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité considère que les caractéristiques des BSA de la société N ne correspondent pas à celles d'un investisseur financier mais qu'ils ont eu pour unique objet de répartir une prime d'intéressement entre les huit cadres dirigeants du groupe S et qui trouve son origine dans leur contrat de travail dont celui qui lie M. A au groupe S.

Par suite, le Comité considère que l'inscription dans le PEA pour leur prix de souscription des actions de la société I, comprenant des BSA ayant en réalité la nature d'un intéressement lié aux fonctions salariales exercées en tant que dirigeant par M. A au sein du groupe S, traduit la poursuite d'un but exclusivement fiscal par application littérale des textes régissant le PEA à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur.

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

Nota : l'administration a pris note de l'avis favorable du Comité.

➤ **Affaire n° 2013-50 concernant M. et Mme P (impôt sur le revenu)**

Au cours de l'année 2004, le groupe S, spécialisé dans les métiers liés au cycle de l'eau, a fait l'objet d'un rachat au groupe X dans le cadre d'une opération de "leverage buy out" (LBO).

Dans ce contexte, est mis en place un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe S, notamment par l'intermédiaire de la société I, d'acquérir des actions assorties de bons de souscription d'actions (ABSA) de la société N, société qui procédera à l'acquisition de ce groupe.

Les FCPR Y, dont la société de gestion est la société Z, ont créé une société holding dénommée N devant inscrire à son actif les titres du groupe S.

La société N a été constituée le 17 novembre 2004 avec un capital de 45.000 € divisé en 4 500 000 actions de 0,01 €. Ce capital est entièrement détenu par les FCPR Y.

Le 14 février 2005, ces FCPR cèdent 675 000 actions à la SA X.

Le 15 février 2005, la société N a procédé à une première augmentation de capital pour le porter à 37 794 018,75 euros divisé en 3 779 401 875 actions d'une valeur nominale de 0,01 euro. A l'issue de cette opération, les FCPR Y, la SA X et le FCPR W, dont la société de gestion est la société Z, détiennent respectivement 60 %, 25 % et 15 % du capital réparties entre les investisseurs financiers (groupe Z et la SA X). Ces actions nouvelles sont émises au prix de 0,04 euro soit une prime d'émission de 0,03 euro.

Le même jour, le groupe Z et la SA X signent un document relatif aux titulaires des valeurs mobilières de la société N en vue de déterminer les droits et obligations de chaque actionnaire, notamment de réglementer la mutation des actions et autres valeurs mobilières donnant accès au capital de la société N, et d'organiser les modalités d'administration de cette société et ses filiales, à l'effet de maximiser la valeur du groupe S, le taux de rendement interne (TRI) et les multiples d'investissement des investisseurs.

Le 29 juillet 2005, les associés de la société N ont décidé d'augmenter le capital social de la société d'un montant de 187 250 euros par l'émission de 18 725 000 actions ordinaires d'une valeur nominale de 0,01 euro assorties de bons de souscription d'actions ordinaires de la société.

Les bons de souscription d'actions (BSA) offrent la possibilité à leur détenteur de souscrire, pendant une période de dix ans, des actions de la société N au prix de 0,04 euro, en cas d'introduction en bourse ou de cession de cette société. Le nombre d'actions auquel donne droit un BSA est déterminé à partir d'une prime calculée en fonction du taux interne de rendement des actionnaires financiers de N à la date de l'introduction en bourse ou du rachat de la société.

Les 18 725 000 actions à bons de souscription d'actions (ABSA) ont été émises au prix de souscription de 0,20 € chacune (soit une prime d'émission de 0,19 € par ABSA). Cette émission est réservée à hauteur de 9 500 000 actions à la SAS I créée par huit cadres dirigeants du groupe S, le solde étant souscrit par deux autres sociétés regroupant d'autres cadres supérieurs de ce groupe.

La société I a été constituée le 26 mai 2005 et a pour objet l'achat, la souscription, la détention, la cession ou l'apport d'actions ou autres valeurs mobilières de la société N.

Son capital social a été fixé à un montant de 37 000 euros, divisé en 37 000 actions ordinaires d'une valeur nominale d'un euro, et est réparti entre huit cadres dirigeants du groupe S. Il a été souscrit, à hauteur de 5 550 actions, par M. P, exerçant des fonctions de président directeur général d'une filiale et membre du comité exécutif au sein du groupe, par un apport en numéraire de 5 550 euros.

Le 21 juillet 2005, la société I a procédé à une augmentation de son capital de 1 873 060 euros. A compter de cette date, le capital de la société entièrement libéré s'élève à 1 910 060 euros divisé en 1 910 060 actions, d'une valeur nominale d'un euro, réparties en 1 910 000 actions ordinaires réparties entre les huit cadres dirigeants du groupe S, et 60 actions B souscrites par le groupe Z.

M. P a ainsi souscrit à cette augmentation de capital par un apport en numéraire de 280 950 euros représentant 280 950 actions.

Après cette opération, M. P détient 15% du capital de la société I, soit 286 500 des 1 910 000 actions ordinaires de la société. Il a inscrit sur son plan d'épargne en actions (PEA) 129 388 actions de cette société.

Le 26 avril 2007, la société N a été cédée à la société H, laquelle a ainsi fait l'acquisition de :

- la totalité des actions ordinaires de la société N au prix unitaire de 0,38 euros ;
- la totalité des 1 910 060 actions de la société I au prix unitaire de 18,16 euros.

Le prix de cession des actions de la société I (18,16 euros) a été déterminé à partir de l'évaluation des ABSA de la société N qu'elle détenait, dont le prix a été estimé à 3,65 euros.

M. P a ainsi cédé le 26 avril 2007 à la société H ses 286 500 actions de la société I, dont 129 388 étaient inscrites dans son plan d'épargne en action (PEA), réalisant un gain total d'un montant de 4 885 514 euros.

Seule la plus-value réalisée lors de la cession des 157 112 actions acquises en dehors du PEA a fait l'objet d'une taxation à l'impôt sur le revenu, les autres titres (129 388 actions) bénéficiant d'une exonération d'impôt du fait de leur inscription sur le PEA.

L'administration a estimé que, sous couvert de la souscription des ABSA de la société N par l'intermédiaire de la société I, M. P avait bénéficié en réalité d'un contrat d'intéressement lié à son activité dans la reprise et le développement du groupe S par la société holding N et basé sur le taux de rendement interne (TRI) constaté par les autres actionnaires de la société N résultant de l'appréciation de la valeur de la société holding de rachat entre sa mise en place et sa cession ou son introduction en bourse.

Elle a considéré que, par un montage juridique présentant une apparence non conforme à la réalité, M. P avait ainsi entendu déguiser en gains de cession de titres des gains de nature salariale, conditionnés à ses résultats à raison de ses fonctions de direction exercées au sein du groupe S.

L'administration a, en effet, estimé que l'émission des ABSA traduisait la volonté des principaux actionnaires du groupe S, et notamment du groupe Z, de gratifier les huit dirigeants du groupe S, détenant les actions ordinaires de la société I, d'un avantage devant s'analyser comme un intéressement.

Selon l'administration, eu égard aux performances du groupe S, ces actionnaires entendaient ainsi consentir à ces dirigeants une rétrocession de la plus-value réalisée lors de la revente des titres. Elle relève notamment que les caractéristiques des BSA de la société N démontrent qu'ils ne sont pas le support d'un investissement mais qu'ils constituent un instrument permettant l'attribution d'une prime de performance aux dirigeants du groupe S.

Elle a donc considéré qu'une partie du gain réalisé par M. P lors de la cession des actions de la société I devait être requalifiée en traitements et salaires. Le gain correspondant à l'intéressement imposable dans cette catégorie de revenus a été fixé à 3,08 euros par ABSA de la société N, déterminé par différence entre le prix attribué à une ABSA (3,65 euros) et le prix de cession d'une action de la société N (0,38 euro) diminué de la prime d'émission de l'ABSA (0,19 euro).

L'administration en a déduit que l'inscription par M. P des titres de la société I sur son PEA ne lui était pas opposable dès lors qu'elle procédait de l'utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur dans la mesure où le contribuable avait transféré sur un PEA un salaire déguisé en plus-value.

Elle a remis en cause, dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal, l'exonération de la plus-value constatée en 2007 par M. P à raison des 129 388 titres inscrits sur le PEA et a imposé les sommes correspondantes dans la catégorie des traitements et salaires, soit un montant de 1 982 081 euros. Dans sa proposition de rectification, elle a assorti les droits dus d'une pénalité pour abus de droit au taux de 40 %.

M. P fait valoir que les ABSA de la société N sont des instruments optionnels qui ne peuvent pas être requalifiés de primes ou de schéma d'intéressement des huit managers du groupe S. Il relève que la totalité des ABSA n'ont pas été émis au bénéfice exclusif de ces huit cadres dirigeants. Il soutient également que l'acquisition de ces ABSA comportait une réelle prise de risque dès lors que la société I les a acquises pour un prix de 0,20 euro l'unité qui correspond à hauteur de 0,04 euro au prix d'une action simple et à hauteur de 0,16 euro au prix du BSA. Le contribuable indique que le prix d'acquisition du BSA n'est pas un prix de convenance ce que l'administration a elle-même admis. Il observe enfin qu'en tout état de cause la date de clôture du PEA retenue par l'administration n'autorisait pas celle-ci à soumettre à l'impôt un quelconque montant de plus-value.

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

Le Comité constate que M. P a effectivement acquis les actions de la société I au moyen de ses propres deniers et que cet investissement représentait une part substantielle des revenus qu'il avait perçus au cours de l'année précédant cette acquisition.

Toutefois, il relève que le montant de l'investissement proposé aux dirigeants du groupe S, et le nombre d'actions de la société I qui leur a en conséquence été attribué, n'était pas déterminé librement par chaque dirigeant mais leur était imposé au cas où ils décideraient d'investir et que ce montant a été déterminé en fonction du niveau de responsabilité de chacun de ces dirigeants à la date de réalisation de l'opération relative à l'émission des actions à bons de souscription d'actions.

Le Comité constate également, au vu des caractéristiques et des modalités des bons de souscription d'actions attachés aux 18 725 000 ABSA émis par la société N et du calcul du nombre d'actions ordinaires nouvelles de la société N auxquels les BSA donnent droit, que, le mécanisme de détermination du nombre d'actions accordé aux détenteurs des bons de souscription d'action N procède en fait de la répartition entre ces détenteurs d'une somme prédéterminée et calculée en fonction, d'une part, du taux de rendement interne (TRI) réalisé par les investisseurs financiers (groupe Z et SA X) lors de la cession ou de l'introduction en bourse de la société N et, d'autre part, du mois au cours duquel intervient cette cession ou cette introduction en bourse.

Ainsi, à titre d'exemple, si le TRI réalisé s'établit à 15% lors de la cession de la société N et que cette cession intervient en avril 2007, la somme attribuée à l'ensemble des détenteurs des BSA de la société N et à répartir entre eux s'élève à 7,53 millions d'euros. Cette somme s'élève à 22,83 millions d'euros dans l'hypothèse où ce TRI est de 20% au cours du même mois. Le nombre de BSA détenu par chaque dirigeant selon un chiffre qui lui était imposé sert ainsi seulement à fixer la part qui lui revient de cette somme.

Le Comité note enfin que, compte tenu des modalités de détermination de cette somme, l'investissement réalisé par les managers dans les BSA était intégralement garanti si le TRI était égal à zéro sur la période de juin 2005 à janvier 2007, ou s'il était égal à 2,5 % sur la période allant de février 2007 à mai 2012 ou s'il était égal à 5% sur la période postérieure.

Le Comité estime que, compte tenu des données relatives au groupe S, que ces dirigeants ne pouvaient ignorer, M. P était en réalité assuré, quel que soit le TRI réalisé à la date de la cession ou l'introduction en bourse de la société N, de récupérer son investissement dans les BSA à leur prix de souscription initial, tout en étant susceptible de réaliser un gain substantiel en cas de succès de l'opération.

Ainsi, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité considère que les caractéristiques des BSA de la société N ne correspondent pas à celles d'un investisseur financier mais qu'ils ont eu pour unique objet de répartir une prime d'intéressement entre les huit cadres dirigeants du groupe S et qui trouve son origine dans leur contrat de travail dont celui qui lie M. P au groupe S.

Par suite, le Comité considère que l'inscription dans le PEA pour leur prix de souscription des actions de la société I, comprenant des BSA ayant en réalité la nature d'un intéressement lié aux fonctions salariales exercées en tant que dirigeant par M. P au sein du groupe S, traduit la poursuite d'un but exclusivement fiscal par application littérale des textes régissant le PEA à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur.

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

Nota : l'administration a pris note de l'avis favorable du Comité.

➤ **Affaire n° 2013-47 concernant M. et Mme M (impôt sur le revenu)**

Au cours de l'année 2004, le groupe S, spécialisé dans les métiers liés au cycle de l'eau, a fait l'objet d'un rachat au groupe X dans le cadre d'une opération de "leverage buy out" (LBO).

Dans ce contexte, est mis en place un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe S, notamment par l'intermédiaire de la société I, d'acquérir des actions assorties de bons de souscription d'actions (ABSA) de la société N, société qui procédera à l'acquisition de ce groupe.

Les FCPR Y, dont la société de gestion est la société Z, ont créé une société holding dénommée N devant inscrire à son actif les titres du groupe S.

La société N a été constituée le 17 novembre 2004 avec un capital de 45.000 € divisé en 4 500 000 actions de 0,01 €. Ce capital est entièrement détenu par les FCPR Y.

Le 14 février 2005, ces FCPR cèdent 675 000 actions à la SA X.

Le 15 février 2005, la société N a procédé à une première augmentation de capital pour le porter à 37 794 018,75 euros divisé en 3 779 401 875 actions d'une valeur nominale de 0,01 euro. A l'issue de cette opération, les FCPR Y, la SA X et le FCPR W, dont la société de gestion est la société Z, détiennent respectivement 60 %, 25 % et 15 % du capital réparties entre les investisseurs financiers (groupe Z et la SA X). Ces actions nouvelles sont émises au prix de 0,04 euro soit une prime d'émission de 0,03 euro.

Le même jour, le groupe Z et la SA X signent un document relatif aux titulaires des valeurs mobilières de la société N en vue de déterminer les droits et obligations de chaque actionnaire, notamment de réglementer la mutation des actions et autres valeurs mobilières donnant accès au capital de la société N, et d'organiser les modalités d'administration de cette société et ses filiales, à l'effet de maximiser la valeur du groupe S, le taux de rendement interne (TRI) et les multiples d'investissement des investisseurs.

Le 29 juillet 2005, les associés de la société N ont décidé d'augmenter le capital social de la société d'un montant de 187 250 euros par l'émission de 18 725 000 actions ordinaires d'une valeur nominale de 0,01 euro assorties de bons de souscription d'actions ordinaires de la société.

Les bons de souscription d'actions (BSA) offrent la possibilité à leur détenteur de souscrire, pendant une période de dix ans, des actions de la société N au prix de 0,04 euro, en cas d'introduction en bourse ou de cession de cette société. Le nombre d'actions auquel donne droit un BSA est déterminé à partir d'une prime calculée en fonction du taux interne de rendement des actionnaires financiers de N à la date de l'introduction en bourse ou du rachat de la société.

Les 18 725 000 actions à bons de souscription d'actions (ABSA) ont été émises au prix de souscription de 0,20 € chacune (soit une prime d'émission de 0,19 € par ABSA). Cette émission est réservée à hauteur de 9 500 000 actions à la SAS I créée par huit cadres dirigeants du groupe S, le solde étant souscrit par deux autres sociétés regroupant d'autres cadres supérieurs de ce groupe.

La société I a été constituée le 26 mai 2005 et a pour objet l'achat, la souscription, la détention, la cession ou l'apport d'actions ou autres valeurs mobilières de la société N.

Son capital social a été fixé à un montant de 37 000 euros, divisé en 37 000 actions ordinaires d'une valeur nominale d'un euro, et est réparti entre huit cadres dirigeants du groupe S. Il a été souscrit, à hauteur de 5 550 actions, par M. M, exerçant des fonctions de directeur financier au sein du groupe, par un apport en numéraire de 5 550 euros.

Le 21 juillet 2005, la société I a procédé à une augmentation de son capital de 1 873 060 euros. A compter de cette date, le capital de la société entièrement libéré s'élève à 1 910 060 euros divisé en 1 910 060 actions, d'une valeur nominale d'un euro, réparties en 1 910 000 actions ordinaires réparties entre les huit cadres dirigeants du groupe S, et 60 actions B souscrites par le groupe Z.

M. M a ainsi souscrit à cette augmentation de capital par un apport en numéraire de 280 950 euros représentant 280 950 actions.

Après cette opération, M. M détient 15% du capital de la société I, soit 286 500 des 1 910 000 actions ordinaires de la société. Il a inscrit sur son plan d'épargne en actions (PEA) 128 000 actions de cette société.

Le 6 avril 2007, M. M a procédé à la donation de 140 000 titres.

Le 26 avril 2007, la société N a été cédée à la société H, laquelle a ainsi fait l'acquisition de :

- la totalité des actions ordinaires de la société N au prix unitaire de 0,38 euros ;

- la totalité des 1 910 060 actions de la société I au prix unitaire de 18,16 euros.

Le prix de cession des actions de la société I (18,16 euros) a été déterminé à partir de l'évaluation des ABSA de la société N qu'elle détenait, dont le prix a été estimé à 3,65 euros.

M. M a ainsi cédé le 26 avril 2007 à la société H ses 146 500 actions de la société I, dont 128 000 étaient inscrites dans son plan d'épargne en action (PEA), réalisant un gain total d'un montant de 2 510 310 euros.

Seule la plus-value réalisée lors de la cession des 18 500 actions acquises en dehors du PEA a fait l'objet d'une taxation à l'impôt sur le revenu, les autres titres (128 000 actions) bénéficiant d'une exonération d'impôt du fait de leur inscription sur le PEA.

L'administration a estimé que, sous couvert de la souscription des ABSA de la société N par l'intermédiaire de la société I, M. M avait bénéficié en réalité d'un contrat d'intéressement lié à son activité dans la reprise et le développement du groupe S par la société holding N et basé sur le taux de rendement interne (TRI) constaté par les autres actionnaires de la société N résultant de l'appréciation de la valeur de la société holding de rachat entre sa mise en place et sa cession ou son introduction en bourse.

Elle a considéré que, par un montage juridique présentant une apparence non conforme à la réalité, M. M avait ainsi entendu déguiser en gains de cession de titres des gains de nature salariale, conditionnés à ses résultats à raison de ses fonctions de direction exercées au sein du groupe S.

L'administration a, en effet, estimé que l'émission des ABSA traduisait la volonté des principaux actionnaires du groupe S, et notamment du groupe Z, de gratifier les huit dirigeants du groupe S, détenant les actions ordinaires de la société I, d'un avantage devant s'analyser comme un intéressement.

Selon l'administration, eu égard aux performances du groupe S, ces actionnaires entendaient ainsi consentir à ces dirigeants une rétrocession de la plus-value réalisée lors de la revente des titres. Elle relève notamment que les caractéristiques des BSA de la société N démontrent qu'ils ne sont pas le support d'un investissement mais qu'ils constituent un instrument permettant l'attribution d'une prime de performance aux dirigeants du groupe S.

Elle a donc considéré qu'une partie du gain réalisé par M. M lors de la cession des actions de la société I devait être requalifiée en traitements et salaires. Le gain correspondant à l'intéressement imposable dans cette catégorie de revenus a été fixé à 3,08 euros par ABSA de la société N, déterminé par différence entre le prix attribué à une ABSA (3,65 euros) et le prix de cession d'une action de la société N (0,38 euro) diminué de la prime d'émission de l'ABSA (0,19 euro).

L'administration en a déduit que l'inscription par M. M des titres de la société I sur son PEA ne lui était pas opposable dès lors qu'elle procédait de l'utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur dans la mesure où le contribuable avait transféré sur un PEA un salaire déguisé en plus-value.

Elle a remis en cause, dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal, l'exonération de la plus-value constatée en 2007 par M. M à raison des 128 000 titres inscrits sur le PEA et a imposé les sommes correspondantes dans la catégorie des traitements et salaires, soit un montant de 1 960 818 euros. Dans sa proposition de rectification, elle a assorti les droits dus d'une pénalité pour abus de droit au taux de 40 %.

M. M fait valoir que les ABSA de la société N sont des instruments optionnels qui ne peuvent pas être requalifiés de primes ou de schéma d'intéressement des huit managers du groupe S. Il relève que la totalité des ABSA n'ont pas été émis au bénéfice exclusif de ces huit cadres dirigeants. Il soutient également que l'acquisition de ces ABSA comportait une réelle prise de risque dès lors que la société I les a acquises pour un prix de 0,20 euro l'unité qui correspond à hauteur de 0,04 euro au prix d'une action simple et à hauteur de 0,16 euro au prix du BSA. Le contribuable indique que le prix d'acquisition du BSA n'est pas un prix de convenance ce que l'administration a elle-même admis. Il observe enfin qu'en tout état de cause la date de clôture du PEA retenue par l'administration n'autorisait pas celle-ci à soumettre à l'impôt un quelconque montant de plus-value.

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

Le Comité constate que M. M a effectivement acquis les actions de la société I au moyen de ses propres deniers et que cet investissement représentait une part substantielle des revenus qu'il avait perçus au cours de l'année précédant cette acquisition.

Toutefois, il relève que le montant de l'investissement proposé aux dirigeants du groupe S, et le nombre d'actions de la société I qui leur a en conséquence été attribué, n'était pas déterminé librement par chaque dirigeant mais leur était imposé au cas où ils décideraient d'investir et que ce montant a été déterminé en fonction du niveau de responsabilité de chacun de ces dirigeants à la date de réalisation de l'opération relative à l'émission des actions à bons de souscription d'actions.

Le Comité constate également, au vu des caractéristiques et des modalités des bons de souscription d'actions attachés aux 18 725 000 ABSA émis par la société N et du calcul du nombre d'actions ordinaires nouvelles de la société N auxquels les BSA donnent droit, que, le mécanisme de détermination du nombre d'actions accordé aux détenteurs des bons de souscription d'action N procède en fait de la répartition entre ces détenteurs d'une somme prédéterminée et calculée en fonction, d'une part, du taux de rendement interne (TRI) réalisé par les investisseurs financiers (groupe Z et SA X) lors de la cession ou de l'introduction en bourse de la société N et, d'autre part, du mois au cours duquel intervient cette cession ou cette introduction en bourse.

Ainsi, à titre d'exemple, si le TRI réalisé s'établit à 15% lors de la cession de la société N et que cette cession intervient en avril 2007, la somme attribuée à l'ensemble des détenteurs des BSA de la société N et à répartir entre eux s'élève à 7,53 millions d'euros. Cette somme s'élève à 22,83 millions d'euros dans l'hypothèse où ce TRI est de 20% au cours du même mois. Le nombre de BSA détenu par chaque dirigeant selon un chiffre qui lui était imposé sert ainsi seulement à fixer la part qui lui revient de cette somme.

Le Comité note enfin que, compte tenu des modalités de détermination de cette somme, l'investissement réalisé par les managers dans les BSA était intégralement garanti si le TRI était égal à zéro sur la période de juin 2005 à janvier 2007, ou s'il était égal à 2,5 % sur la période allant de février 2007 à mai 2012 ou s'il était égal à 5% sur la période postérieure.

Le Comité estime que, compte tenu des données relatives au groupe S, que ces dirigeants ne pouvaient ignorer, M. M était en réalité assuré, quel que soit le TRI réalisé à la date de la cession ou l'introduction en bourse de la société N, de récupérer son investissement dans les BSA à leur prix de souscription initial, tout en étant susceptible de réaliser un gain substantiel en cas de succès de l'opération.

Ainsi, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité considère que les caractéristiques des BSA de la société N ne correspondent pas à celles d'un investisseur financier mais qu'ils ont eu pour unique objet de répartir une prime d'intéressement entre les huit cadres dirigeants du groupe S et qui trouve son origine dans leur contrat de travail dont celui qui lie M. M au groupe S.

Par suite, le Comité considère que l'inscription dans le PEA pour leur prix de souscription des actions de la société I, comprenant des BSA ayant en réalité la nature d'un intéressement lié aux fonctions salariales exercées en tant que dirigeant par M. M au sein du groupe S, traduit la poursuite d'un but exclusivement fiscal par application littérale des textes régissant le PEA à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur.

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

Nota : l'administration a pris note de l'avis favorable du Comité.

➤ **Affaire n° 2013-52 concernant M. et Mme C (impôt sur le revenu)**

Au cours de l'année 2004, le groupe S, spécialisé dans les métiers liés au cycle de l'eau, a fait l'objet d'un rachat au groupe X dans le cadre d'une opération de "leverage buy out" (LBO).

Dans ce contexte, est mis en place un dispositif permettant aux principaux cadres du groupe S, notamment par l'intermédiaire de la société I, d'acquérir des actions assorties de bons de souscription d'actions (ABSA) de la société N, société qui procédera à l'acquisition de ce groupe.

Les FCPR Y, dont la société de gestion est la société Z, ont créé une société holding dénommée N devant inscrire à son actif les titres du groupe S.

La société N a été constituée le 17 novembre 2004 avec un capital de 45.000 € divisé en 4 500 000 actions de 0,01 €. Ce capital est entièrement détenu par les FCPR Y.

Le 14 février 2005, ces FCPR cèdent 675 000 actions à la SA X.

Le 15 février 2005, la société N a procédé à une première augmentation de capital pour le porter à 37 794 018,75 euros divisé en 3 779 401 875 actions d'une valeur nominale de 0,01 euro. A l'issue de cette opération, les FCPR Y, la SA X et le FCPR W, dont la société de gestion est la société Z, détiennent respectivement 60 %, 25 % et 15 % du capital réparties entre les investisseurs financiers (groupe Z et la SA X). Ces actions nouvelles sont émises au prix de 0,04 euro soit une prime d'émission de 0,03 euro.

Le même jour, le groupe Z et la SA X signent un document relatif aux titulaires des valeurs mobilières de la société N en vue de déterminer les droits et obligations de chaque actionnaire, notamment de régler la mutation des actions et autres valeurs mobilières donnant accès au capital de la société N, et d'organiser les modalités d'administration de cette société et ses filiales, à l'effet de maximiser la valeur du groupe S, le taux de rendement interne (TRI) et les multiples d'investissement des investisseurs.

Le 29 juillet 2005, les associés de la société N ont décidé d'augmenter le capital social de la société d'un montant de 187 250 euros par l'émission de 18 725 000 actions ordinaires d'une valeur nominale de 0,01 euro assorties de bons de souscription d'actions ordinaires de la société.

Les bons de souscription d'actions (BSA) offrent la possibilité à leur détenteur de souscrire, pendant une période de dix ans, des actions de la société N au prix de 0,04 euro, en cas d'introduction en bourse ou de cession de cette société. Le nombre d'actions auquel donne droit un BSA est déterminé à partir d'une prime calculée en fonction du taux interne de rendement des actionnaires financiers de N à la date de l'introduction en bourse ou du rachat de la société.

Les 18 725 000 actions à bons de souscription d'actions (ABSA) ont été émises au prix de souscription de 0,20 € chacune (soit une prime d'émission de 0,19 € par ABSA). Cette émission est réservée à hauteur de 9 500 000 actions à la SAS I créée par huit cadres dirigeants du groupe S, le solde étant souscrit par deux autres sociétés regroupant d'autres cadres supérieurs de ce groupe.

La société I a été constituée le 26 mai 2005 et a pour objet l'achat, la souscription, la détention, la cession ou l'apport d'actions ou autres valeurs mobilières de la société N.

Son capital social a été fixé à un montant de 37 000 euros, divisé en 37 000 actions ordinaires d'une valeur nominale d'un euro, et est réparti entre huit cadres dirigeants du groupe S. Il a été souscrit, à hauteur de 5 550 actions, par M. C, exerçant des fonctions de responsable d'une filiale spécialisée dans l'ingénierie au sein du groupe, par un apport en numéraire de 5 550 euros.

Le 21 juillet 2005, la société I a procédé à une augmentation de son capital de 1 873 060 euros. A compter de cette date, le capital de la société entièrement libéré s'élève à 1 910 060 euros divisé en 1 910 060 actions, d'une valeur nominale d'un euro, réparties en 1 910 000 actions ordinaires réparties entre les huit cadres dirigeants du groupe S, et 60 actions B souscrites par le groupe Z.

M. C a ainsi souscrit à cette augmentation de capital par un apport en numéraire de 280 950 euros représentant 280 950 actions.

Après cette opération, M. C détient 15% du capital de la société I, soit 286 500 des 1 910 000 actions ordinaires de la société. Il a inscrit sur son plan d'épargne en actions (PEA) 123 274 actions de cette société.

Le 26 avril 2007, la société N a été cédée à la société H, laquelle a ainsi fait l'acquisition de :

- la totalité des actions ordinaires de la société N au prix unitaire de 0,38 euros ;
- la totalité des 1 910 060 actions de la société I au prix unitaire de 18,16 euros.

Le prix de cession des actions de la société I (18,16 euros) a été déterminé à partir de l'évaluation des ABSA de la société N qu'elle détenait, dont le prix a été estimé à 3,65 euros.

M. C a ainsi cédé le 26 avril 2007 à la société H ses 286 500 actions de la société I, dont 123 274 étaient inscrites dans son plan d'épargne en action (PEA), réalisant un gain total d'un montant de 4 884 312 euros.

Seule la plus-value réalisée lors de la cession des 163 226 actions acquises en dehors du PEA a fait l'objet d'une taxation à l'impôt sur le revenu, les autres titres (123 274 actions) bénéficiant d'une exonération d'impôt du fait de leur inscription sur le PEA.

L'administration a estimé que, sous couvert de la souscription des ABSA de la société N par l'intermédiaire de la société I, M. C avait bénéficié en réalité d'un contrat d'intéressement lié à son activité dans la reprise et le développement du groupe S par la société holding N et basé sur le taux de rendement interne (TRI) constaté par les autres actionnaires de la société N résultant de l'appréciation de la valeur de la société holding de rachat entre sa mise en place et sa cession ou son introduction en bourse.

Elle a considéré que, par un montage juridique présentant une apparence non conforme à la réalité, M. C avait ainsi entendu déguiser en gains de cession de titres des gains de nature salariale, conditionnés à ses résultats à raison de ses fonctions de direction exercées au sein du groupe S.

L'administration a, en effet, estimé que l'émission des ABSA traduisait la volonté des principaux actionnaires du groupe S, et notamment du groupe Z, de gratifier les huit dirigeants du groupe S, détenant les actions ordinaires de la société I, d'un avantage devant s'analyser comme un intéressement.

Selon l'administration, eu égard aux performances du groupe S, ces actionnaires entendaient ainsi consentir à ces dirigeants une rétrocession de la plus-value réalisée lors de la revente des titres. Elle relève notamment que les caractéristiques des BSA de la société N démontrent qu'ils ne sont pas le support d'un investissement mais qu'ils constituent un instrument permettant l'attribution d'une prime de performance aux dirigeants du groupe S.

Elle a donc considéré qu'une partie du gain réalisé par M. C lors de la cession des actions de la société I devait être requalifiée en traitements et salaires. Le gain correspondant à l'intéressement imposable dans cette catégorie de revenus a été fixé à 3,08 euros par ABSA de la société N, déterminé par différence entre le prix attribué à une ABSA (3,65 euros) et le prix de cession d'une action de la société N (0,38 euro) diminué de la prime d'émission de l'ABSA (0,19 euro).

L'administration en a déduit que l'inscription par M. C des titres de la société I sur son PEA ne lui était pas opposable dès lors qu'elle procédait de l'utilisation abusive de ce plan contraire à l'intention du législateur dans la mesure où le contribuable avait transféré sur un PEA un salaire déguisé en plus-value.

Elle a remis en cause, dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal, l'exonération de la plus-value constatée en 2007 par M. C à raison des 123 274 titres inscrits sur le PEA et a imposé les sommes correspondantes dans la catégorie des traitements et salaires, soit un montant de 1 888 420 euros. Dans sa proposition de rectification, elle a assorti les droits dus d'une pénalité pour abus de droit au taux de 40 %.

M. C fait valoir que les ABSA de la société N sont des instruments optionnels qui ne peuvent pas être requalifiés de primes ou de schéma d'intéressement des huit managers du groupe S. Il relève que la totalité des ABSA n'ont pas été émis au bénéfice exclusif de ces huit cadres dirigeants. Il soutient également que l'acquisition de ces ABSA comportait une réelle prise de risque dès lors que la société I les a acquises pour un prix de 0,20 euro l'unité qui correspond à hauteur de 0,04 euro au prix d'une action simple et à hauteur de 0,16 euro au prix du BSA. Le contribuable indique que le prix d'acquisition du BSA n'est pas un prix de convenance ce que l'administration a elle-même admis. Il observe enfin qu'en tout état de cause la date de clôture du PEA retenue par l'administration n'autorisait pas celle-ci à soumettre à l'impôt un quelconque montant de plus-value.

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

Le Comité constate que M. C a effectivement acquis les actions de la société I au moyen de ses propres deniers et que cet investissement représentait une part substantielle des revenus qu'il avait perçus au cours de l'année précédant cette acquisition.

Toutefois, il relève que le montant de l'investissement proposé aux dirigeants du groupe S, et le nombre d'actions de la société I qui leur a en conséquence été attribué, n'était pas déterminé librement par chaque dirigeant mais leur était imposé au cas où ils décideraient d'investir et que ce montant a été déterminé en fonction du niveau de responsabilité de chacun de ces dirigeants à la date de réalisation de l'opération relative à l'émission des actions à bons de souscription d'actions.

Le Comité constate également, au vu des caractéristiques et des modalités des bons de souscription d'actions attachés aux 18 725 000 ABSA émis par la société N et du calcul du nombre d'actions ordinaires nouvelles de la société N auxquels les BSA donnent droit, que, le mécanisme de détermination du nombre d'actions accordé aux détenteurs des bons de souscription d'action N procède en fait de la répartition entre ces détenteurs d'une somme prédéterminée et calculée en fonction, d'une part, du taux de rendement interne (TRI) réalisé par les investisseurs financiers (groupe Z et SA X) lors de la cession ou de l'introduction en bourse de la société N et, d'autre part, du mois au cours duquel intervient cette cession ou cette introduction en bourse.

Ainsi, à titre d'exemple, si le TRI réalisé s'établit à 15% lors de la cession de la société N et que cette cession intervient en avril 2007, la somme attribuée à l'ensemble des détenteurs des BSA de la société N et à répartir entre eux s'élève à 7,53 millions d'euros. Cette somme s'élève à 22,83 millions d'euros dans l'hypothèse où ce TRI est de 20% au cours du même mois. Le nombre de BSA détenu par chaque dirigeant selon un chiffre qui lui était imposé sert ainsi seulement à fixer la part qui lui revient de cette somme.

Le Comité note enfin que, compte tenu des modalités de détermination de cette somme, l'investissement réalisé par les managers dans les BSA était intégralement garanti si le TRI était égal à zéro sur la période de juin 2005 à janvier 2007, ou s'il était égal à 2,5 % sur la période allant de février 2007 à mai 2012 ou s'il était égal à 5% sur la période postérieure.

Le Comité estime que, compte tenu des données relatives au groupe S, que ces dirigeants ne pouvaient ignorer, M. C était en réalité assuré, quel que soit le TRI réalisé à la date de la cession ou l'introduction en bourse de la société N, de récupérer son investissement dans les BSA à leur prix de souscription initial, tout en étant susceptible de réaliser un gain substantiel en cas de succès de l'opération.

Ainsi, au vu des pièces du dossier et des éléments portés à sa connaissance lors de l'audition, le Comité considère que les caractéristiques des BSA de la société N ne correspondent pas à celles d'un investisseur financier mais qu'ils ont eu pour unique objet de répartir une prime d'intéressement entre les huit cadres dirigeants du groupe S et qui trouve son origine dans leur contrat de travail dont celui qui lie M. C au groupe S.

Par suite, le Comité considère que l'inscription dans le PEA pour leur prix de souscription des actions de la société I, comprenant des BSA ayant en réalité la nature d'un intéressement lié aux fonctions salariales exercées en tant que dirigeant par M. C au sein du groupe S, traduit la poursuite d'un but exclusivement fiscal par application littérale des textes régissant le PEA à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur.

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

Nota : l'administration a pris note de l'avis favorable du Comité.