

ENTREPRISE

Chronique d'actualité



Serge ANOUCHIAN
Expert-comptable,
Commissaire aux comptes,
Emargence



Laurent BENOUDIZ
Expert-comptable,
Commissaire aux comptes,
Associé-gérant, Bewiz,
en charge de l'ingénierie
patrimoniale



Lise CHATAIN
Maître de conférences
(HDR) à la faculté de droit
de Montpellier



Carine DELEU
Avocat associé,
Alcade & Associés



Alexis GRAJALÈS*
Avocat, cabinet Arsene



Olivier JANORAY*
Avocat, cabinet Arsene

Patrimoine de l'entreprise

- > **Évaluation d'un usufruit temporaire de parts de SCI** - Le Conseil d'État juge que l'évaluation du revenu futur attendu par un usufruitier de parts sociales ne peut avoir pour objet que de déterminer le montant des distributions prévisionnelles qui peut être fonction notamment des annuités prévisionnelles de remboursement d'emprunts ou des éventuelles mises en réserves pour le financement d'investissements futurs, lorsqu'elles sont justifiées par la société. Par suite, commet une erreur de droit la cour jugeant que la méthode d'évaluation de la valeur de l'usufruit acquis par la requérante, retenue par l'administration et fondée sur les résultats imposables prévisionnels de la société, était régulière alors qu'il convenait de déterminer cette valeur sur la base des distributions prévisionnelles (V. § 1).
- > **Bien détenu en nue-propriété** - Le Conseil d'État juge que lorsque la nue-propriété d'un bien est inscrite à l'actif d'une entreprise, la renonciation de l'usufruitier à son droit de jouissance, qui entraîne la reconstitution de la pleine propriété de ce bien

entre les mains du nu-propiétaire avant le terme normal de l'usufruit, c'est-à-dire avant la mort de l'usufruitier ou l'expiration du temps pour lequel il a été accordé, se traduit par l'acquisition de droits nouveaux par le nu-propiétaire. Par conséquent, constitue un bénéfice imposable l'accroissement de l'actif de l'entreprise qui en résulte, égal à la valeur de l'usufruit à la date de la renonciation (V. § 15).

- > **Titres prêtés à l'entreprise** - La CAA de Versailles juge que les dividendes reçus par une société à raison des titres qu'elle détient du fait d'un contrat de prêt sont éligibles au régime mère-fille (V. § 18).
- > **Cession d'un immeuble** - Le Conseil d'État juge que lorsque les titres d'une société font l'objet d'une provision pour dépréciation, la prépondérance immobilière de cette société doit être appréciée soit à la clôture de son dernier exercice précédant la constitution de cette provision, soit à la date à laquelle cette dernière est constituée, c'est-à-dire à la date de clôture de l'exercice de la société qui détient ses titres (V. § 32).

* L'auteur remercie **Jean DEMORTIÈRE** de sa participation à la rédaction de ses contributions.



> **Cession d'un actif à prix minoré** - La Cour de cassation juge qu'une vente à prix minoré entre une société et le président de son conseil d'administration peut donner lieu à une imposition aux droits de donation. L'opération, qualifiée de donation indirecte, a été valablement soumise aux droits de mutation à titre gratuit au taux de 60% (mutations réalisées au profit de personnes non parentes) (V. § 37).

Cession de l'entreprise

> **Apport de titres rémunéré en partie par des obligations convertibles en actions** - La CAA de Bordeaux juge qu'un échange de titres rémunéré, notamment, par des obligations convertibles en actions représentant plus de 10% de la valeur nominale des titres reçus n'écarte pas l'application du régime du sursis d'imposition (CGI, art. 150-0 B) au motif que l'attribution d'obligations convertibles ne constitue pas une soulte. La plus-value de cession ultérieure des titres reçus doit donc être calculée à partir du prix d'acquisition des titres échangés et non de la valeur des titres reçus lors de l'échange (V. § 44).

> **Apport de titres à une société et report d'imposition** - La CJUE confirme le principe selon lequel la plus-value déterminée lors d'un apport de titres en société doit être imposée de la même manière que la plus-value de cession des titres reçus en contrepartie de cet apport. Au-delà des conséquences qu'emporte cette solution sur le régime des abattements pour durée de détention, cet arrêt pourrait contraindre le législateur français à réformer l'ensemble du régime du report d'imposition tel que prévu par l'article 150-0 B ter du CGI (V. § 58).

> **Apport de titres à une société contrôlée par l'apporteur** - Un décret procède aux mesures de coordination et aux modifications des obligations déclaratives afférentes au régime du report d'imposition de l'article 150-0 B ter du CGI rendues nécessaires par les différentes évolutions législatives. Ce décret adapte, notamment, les informations qui devront être renseignées au sein du formulaire n° 2074-I de déclaration des plus-values en report d'imposition. D'autres évolutions apportées par ce décret méritent une attention plus particulière (V. § 71).

> **Échange de titres avec soulte** - Le CADF se prononce à nouveau sur des opérations d'échange de titres avec soulte. Sans surprise, ces avis confirment la position de l'administration fiscale tout en rappelant, à l'instar des récentes décisions du TA de Montreuil, que l'attribution d'une soulte peut être justifiée économiquement dès lors qu'elle est nécessaire à la réalisation de l'opération (V. § 77).

> **Cession de titres par un dirigeant partant à la retraite** - Le Conseil d'État juge que le bénéfice de l'abattement prévu à l'article 150-0 D ter du CGI est subordonné à la double condition que le cédant ait cessé toute fonction dans la société cédée et qu'il ait fait valoir ses droits à la retraite au cours d'une période de quatre années allant de deux ans avant la cession, à deux ans après la cession. Cet article n'impose pas que la cessation de fonctions intervienne avant la mise à la retraite ou inversement, que ces deux événements interviennent tous les deux soit avant, soit après la cession, ni enfin qu'ils se succèdent dans un délai plus rapproché que la période de quatre années précédemment indiqué (V. § 87).

Patrimoine de l'entreprise

1. Évaluation - Usufruit temporaire de parts de SCI - Évaluation sur la base des distributions prévisionnelles - Le Conseil d'État juge que l'évaluation du revenu futur attendu par un usufruitier de parts sociales ne peut avoir pour objet que de déterminer le montant des distributions prévisionnelles qui peut être fonction notamment des annuités prévisionnelles de remboursement d'emprunts ou des éventuelles mises en réserves pour le financement d'investissements futurs, lorsqu'elles sont justifiées par la société. Par suite, commet une erreur de droit la cour jugeant que la méthode d'évaluation de la valeur de l'usufruit acquis par la requérante, retenue par l'administration et fondée sur les résultats imposables prévisionnels de la société, était régulière alors qu'il convenait de déterminer cette valeur sur la base des distributions prévisionnelles.

CE, 9^e et 10^e ch., 30 sept. 2019, n° 419855, Sté Hôtel Restaurant Luccotel et n° 419860, Sté VP Santé, concl. E. Bokdam-Tognetti (V. annexe 1)

2. D'une façon générale, l'évaluation des biens est un exercice périlleux, que ce soit en matière comptable, financière ou fiscale. La difficulté est accrue quand il s'agit de valoriser l'usufruit d'un bien. La question de l'évaluation de l'usufruit de parts sociales fait ainsi partie des sujets particulièrement délicats. Un arrêt rendu par deux chambres réunies du Conseil d'État le 30 septembre 2019 et mentionné aux tables du Recueil Lebon apporte une solution qui devrait se révéler fort utile pour les praticiens. Il faut toutefois se garder d'une interprétation trop large de cette décision et bien distinguer ce que le Conseil d'État dit et ce qu'il tait.

◆ CE QUE LE CONSEIL D'ÉTAT DIT

3. Les faits de l'affaire jugée le 30 septembre 2019 sont relativement simples. M. et Mme V. détenant respectivement 50 % des parts sociales de la SCI LBA cèdent le 28 décembre 2009 l'usufruit de ces parts pour 20 ans à la SARL Hôtel Restaurant Luccotel dont ils détiennent indirectement la totalité du capital social¹. Cette cession est réalisée pour un prix de 460 €, ce montant représentant 46 % de la valeur de la pleine propriété des titres de la société civile au capital de 1 000 € tout juste constituée (rappelons que l'article 669 du CGI dispose que « *Usufruit constitué pour une durée fixe est estimé à 23 % de la valeur de la propriété entière pour chaque période de dix ans de la durée de l'usufruit, sans fraction et sans égard à l'âge de l'usufruitier* »).

1 Soulignons la rédaction elliptique voire trompeuse de l'arrêt qui énonce : « *La SCI LBA a cédé à la société Hôtel-Restaurant Luccotel, détenue indirectement par les associés de la SCI, l'usufruit de la totalité de ses parts sociales pour une durée de 20 ans et un montant total de 460 euros* ».

L'administration remet en cause cette évaluation de la valeur de l'usufruit qu'elle estime à la somme de 949 000 €, ramenée ensuite à 632 993 €. Pour déterminer ce montant, l'administration s'appuie sur la méthode dite DCF (« *discounted cash-flows* » ou méthode des flux de trésorerie disponibles futurs actualisés) et calcule la valeur de l'usufruit provisoire des parts de la SCI LBA sur la base de la capitalisation avec un taux d'actualisation de 5 % des résultats nets d'activité de la société intégrant un abattement de 33,33 % correspondant à une imposition théorique à l'impôt sur les sociétés. Considérant que le prix de l'usufruit avait été minoré, l'administration rehausse alors l'actif net de la SARL du montant de cette minoration à la clôture de l'exercice 2009. Un jugement du 23 février 2016 du TA d'Orléans², confirmé par un arrêt de la CAA de Nantes du 15 février 2018³, rejettent ensuite la demande de la société tendant à la décharge des cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés et des pénalités résultant de la rectification.

Avant d'énoncer les modalités d'application de la méthode DCF pour l'évaluation de l'usufruit de parts de SCI, le Conseil d'État reprend des solutions connues tant au regard du droit fiscal que du droit civil.

◆ Sur l'évaluation des titres d'une société non cotée

4. Le Conseil d'État rappelle tout d'abord que la valeur vénale des titres d'une société non admise à la négociation sur un marché réglementée doit être appréciée compte tenu de tous les éléments dont l'ensemble permet d'obtenir un chiffre aussi voisin que possible de celui qu'aurait entraîné le jeu de l'offre et de la demande à la date où la cession est intervenue. Il rappelle ensuite que l'évaluation doit prioritairement être effectuée par référence au prix d'autres transactions intervenues dans des conditions équivalentes et portant sur des titres de la même société ou à défaut des sociétés similaires. À défaut, l'évaluation peut se fonder sur la combinaison de plusieurs méthodes alternatives.

Le Conseil d'État reprend ainsi la hiérarchie des méthodes d'évaluation des titres de société précédemment établie⁴ : la méthode prioritaire consiste à retenir le prix de transactions comparables récentes⁵ et ce n'est qu'à défaut qu'une évaluation directe de la valeur vénale des titres est appliquée (le cas échéant en combinant plusieurs méthodes d'évaluation). Ces règles sont expressément reprises dans le Guide d'évaluation des entreprises et des titres de sociétés, publié par l'administration⁶. La décision commentée implique donc que ces principes jurisprudentiels s'appliquent également aux évaluations d'usufruit de titres : il est ainsi nécessaire en théorie d'appliquer prioritairement la méthode comparative. Or en l'espèce, aucun comparable pertinent ne semblait pouvoir

2 TA Orléans 23 févr. 2016, n° 1502490.

3 CAA Nantes, 15 févr. 2018, n° 16NT01325, SARL Hôtel-Restaurant Luccotel : RJF 6/18 n° 582, concl. T. Jouno C 582. Pour une critique de la solution, v. L. Benoudiz, L'évaluation d'un usufruit temporaire : quelle méthode ? quel taux ? : Dr. fisc. 2019, n°6, étude 140.

4 CE, 10 déc. 2014, n° 371422 : RJF 5/15 n° 381.

5 Par ex. Cass. com., 24 mai 2016, n° 15-17788.

6 Guide d'évaluation des entreprises et des titres de sociétés, nov. 2006, Fiche 2, p. 34.

être avancé et l'administration pouvait donc recourir à une méthode d'évaluation directe de l'usufruit⁷.

◆ Sur les droits de l'usufruitier de parts d'une société

5. Le Conseil d'État rappelle qu'en vertu de l'article 582 du code civil l'usufruitier a droit à la jouissance de toute espèce de fruits que peut produire l'objet : ainsi, en cas de démembrement de droits sociaux, l'usufruitier n'a droit qu'aux dividendes distribués. Il ressort en effet d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation que les dividendes n'ont pas d'existence juridique tant qu'une décision de l'organe social compétent n'a pas constaté l'existence de sommes distribuables et décidé leur distribution⁸. Dès lors, la Cour administrative d'appel de Nantes ne pouvait pas décider dans l'affaire en cause que le flux pertinent à capitaliser et actualiser pour valoriser l'usufruit correspondait aux loyers issus de la location des immeubles⁹.

L'article 1844 du code civil prévoit au surplus que si une part sociale est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices où il est réservé à l'usufruitier. Il faut ici indiquer que la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés¹⁰ a modifié cet article dont les alinéas 3 et 4 disposent désormais :

« Si une part est grevée d'un usufruit, le nu-proprétaire et l'usufruitier ont le droit de participer aux décisions collectives. Le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier. Toutefois, pour les autres décisions, le nu-proprétaire et l'usufruitier peuvent convenir que le droit de vote sera exercé par l'usufruitier.

Les statuts peuvent déroger aux dispositions du deuxième alinéa et de la seconde phrase du troisième alinéa ».

Ainsi, la loi nouvelle permet à l'usufruitier de prendre plus aisément part au vote pour des décisions autres que celles concernant l'affectation des bénéfices. Depuis le 21 juillet 2019, tant le nu-proprétaire que l'usufruitier ont le droit de participer aux décisions collectives. Cette nouveauté met fin à la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle l'usufruitier n'a pas à être convoqué aux assemblées qui ne statuent pas sur l'affectation des bénéfices¹¹. Le nu-proprétaire et l'usufruitier peuvent également désormais convenir que le droit de vote est exercé par l'usufruitier pour les décisions autres que celles concernant l'affectation des bénéfices.

7 L'évaluation de l'usufruit de titres selon les flux de trésorerie doit se fonder sur les distributions : FR 43/19 n° 1.

8 Cass. com., 4 févr. 2014, n° 12-23.894, F-D : Dr. sociétés 2014, comm. 62, obs. H. Hovasse ; BJS 2014, p. 307, note C. Taboutot-Hyest ; Rev. sociétés 2014, p. 373, note A. Reygrobellet ; RJDA 5/2014, n° 433. – Cass. com., 13 sept. 2017, n° 16-13.674, FS-P+B+I, X : Dr. fisc. 2017, n° 47, comm. 555, note M. Douay ; Dr. sociétés 2017, n° 185, obs. H. Hovasse ; Procédures 2017, n° 262, obs. L. Raschel ; RJDA 12/17 n° 804. – F. Deboissy et G. Wicker, Impossibilité de saisir les bénéfices non distribués d'une SCI : articulation des règles fiscales et sociétaires : Dr. fisc. 2017, n° 47, act. 626.

9 CAA Nantes, 15 févr. 2018, n° 16NT01325, SARL Hôtel-Restaurant Luccotel, préc.

10 IP 3-2019, n° 3, § 6, comm. S. Godechot-Patris et V. Streiff.

11 Cass. civ. 3°, 15 sept. 2016, n° 15-15.172.

◆ Sur l'application de la méthode DCF à l'évaluation de l'usufruit de parts d'une SCI

6. Le Conseil d'État ne conteste pas le choix par l'administration de la méthode DCF pour évaluer l'usufruit des parts de la SCI LBA.

Pour les praticiens, la méthode DCF a pu être qualifiée de « méthode d'évaluation fondamentale »¹² pour évaluer la valeur de l'actif économique (ou valeur de marché de l'entreprise). Globalement, cette valeur est égale à « la somme des flux de trésorerie disponible après impôt actualisés au taux de rentabilité exigé en moyenne par l'ensemble des pourvoyeurs de fonds »¹³.

Dans son Guide d'évaluation des entreprises et des titres de sociétés, l'administration explique qu'elle ne met pas en œuvre directement la méthode des DCF car elle « ne peut établir des plans d'affaires. Mais lorsque cette méthode est proposée, elle l'examine et éventuellement l'utilise pour affiner les résultats obtenus avec d'autres méthodes [...] »¹⁴. Le guide explique que cette méthode est plus particulièrement adaptée pour les sociétés de taille importante qui montrent des perspectives de développement, car elle présente une difficulté supplémentaire par rapport aux autres méthodes, à savoir la fiabilité de ses prévisions et la capacité de l'entreprise à les réaliser. Le guide expose qu'« en revanche, elle ne présente pas d'intérêt pour les petites sociétés comme celles qui exploitent un fonds de commerce ou pour les sociétés dont la seule activité est la détention d'un patrimoine ». Ainsi, le Conseil d'État valide expressément dans l'arrêt commenté l'utilisation par l'administration de la méthode DCF pour l'évaluation de l'usufruit de titres de SCI, contrairement aux préconisations du guide susvisé.

7. Toutefois, le Conseil d'État conteste les modalités d'application de cette méthode telles que retenues par l'administration et en propose d'autres. Il juge ainsi que « l'évaluation du revenu futur attendu par un usufruitier de parts sociales ne peut avoir pour objet que de déterminer le montant des distributions prévisionnelles qui peut être fonction notamment des annuités prévisionnelles de remboursement d'emprunts ou des éventuelles mises en réserves pour le financement d'investissements futurs, lorsqu'elles sont justifiées par la société. Par suite, en jugeant que la méthode d'évaluation de la valeur de l'usufruit acquis par la société Hôtel Restaurant Luccotel, retenue par l'administration et fondée sur les résultats imposables prévisionnels de la société, était régulière alors qu'il convenait de déterminer cette valeur sur la base des distributions prévisionnelles, la cour a commis une erreur de droit ». La valorisation de l'usufruit des parts d'une SCI impose donc d'appliquer la méthode DCF en se basant sur les distributions prévisionnelles et non les résultats imposables prévisionnels.

Cette solution est parfaitement cohérente avec la méthode DCF qui repose sur un raisonnement en termes de flux de trésorerie : il s'agit d'identifier le montant qui sera effectivement

12 P. Vernimmen, P. Quiry et Y. Le Fur : Finance d'entreprise 2020, p. 681 n° 33.4.

13 Ibidem.

14 Guide d'évaluation des entreprises et des titres de sociétés, nov. 2006, Fiche 2, p. 57.

perçu par l'usufruitier. C'est la position retenue par le rapporteur public Mme E. Bokdam-Tognetti dans ses conclusions sous l'arrêt (reproduites en annexe) : « *Ce qu'il faut apprécier, c'est la faculté d'appréhension effective, et non purement fiscale, de bénéfiques par l'usufruitier* ». Elle explique en effet qu'il ne s'agit pas de capitaliser et d'actualiser le résultat fiscal de la SCI mais les flux de trésorerie que l'usufruit des titres de cette société est susceptible de procurer à l'usufruitier. La circonstance que l'associé d'une SCI soit en vertu de l'article 8 du CGI imposé sur sa quote-part des résultats de la société de personnes même s'ils ne sont pas distribués est inopérante : cette quote-part ne peut être regardée comme le flux futur de trésorerie que l'usufruitier peut escompter pendant la durée de son investissement.

Le Conseil d'État reconnaît que **le montant effectivement perçu par l'usufruitier dépend du résultat distribuable mais également des annuités de remboursement d'emprunt, en ce compris le remboursement du capital**. Les intérêts constituent des charges financières et grèvent donc le résultat comptable et fiscal. En revanche, le remboursement du capital n'est pas une charge mais il impacte la trésorerie de la société et donc les sommes susceptibles d'être effectivement distribuées aux associés. Pour calculer le flux susceptible de revenir à l'usufruitier, il convient donc de « *déterminer le montant des distributions prévisionnelles qui peut être fonction notamment des annuités prévisionnelles de remboursement d'emprunts* ». On pourrait certes envisager une solution plus élaborée : lorsque la SCI est endettée et dégage un bénéfice supérieur à sa trésorerie, ce bénéfice excédentaire peut être affecté au compte courant de l'usufruitier. L'usufruitier peut ainsi percevoir ce dividende plus tard, lorsque la société dispose de la trésorerie nécessaire, et même éventuellement après l'extinction de l'usufruit. Il conviendrait alors de prendre en considération dans la mise en œuvre de la méthode DCF la perception différée de ces dividendes¹⁵. Mme E. Bokdam-Tognetti considère que cette solution, si elle est séduisante, repose sur l'hypothèse incertaine que la trésorerie de la société permette un jour le paiement des sommes inscrites en compte courant et serait en tout état de cause trop complexe à mettre en œuvre.

Le Conseil d'État admet que **le montant perçu par l'usufruitier dépend également de l'affectation du résultat en réserve pour le financement d'investissements futurs**. D'une part, le Conseil d'État distingue ainsi clairement résultat distribuable et résultat distribué : l'usufruitier de titres sociaux bénéficie d'un droit aux fruits, c'est-à-dire aux dividendes qui n'ont d'existence juridique que lorsqu'ils sont distribués à l'issue d'une assemblée générale valablement tenue. Le résultat mis en réserve ne constitue pas un flux de trésorerie perçu par l'usufruitier¹⁶. La jurisprudence considère au surplus que les réserves, quand elles sont distribuées, reviennent au

nu-proprétaire¹⁷. Les résultats mis en réserve ne sauraient donc être pris en compte dans le cadre de la méthode DCF. D'autre part, le Conseil d'État n'envisage que la mise en réserve pour le financement de futurs investissements : on comprend donc que la mise en réserve ne doit pas répondre à une manœuvre d'optimisation des associés. Un auteur a ainsi fait part de ses inquiétudes quant à l'emploi de cette méthode d'évaluation de l'usufruit susceptible de conduire à une sous-valorisation délibérée entraînant de graves risques fiscaux en matière de rehaussement tant pour le cédant que pour le cessionnaire de l'usufruit, voire en matière d'abus de droit¹⁸. Le rapporteur public T. Jouno considère pour sa part que les limites de la méthode DCF sont connues dès lors qu'elle ne permet notamment de valoriser qu'une seule des facettes de l'usufruit de parts sociales, à savoir le droit au bénéfice des résultats distribués et non mis en réserve. Elle ne permet pas d'appréhender les autres avantages conférés par la détention de l'usufruit comme le pouvoir d'administration du bien que l'usufruit donne à son détenteur. Il en conclut : « *Cette méthode conduit donc selon nous à une sous-estimation quasi-systématique de la valeur de l'usufruit de parts sociales, d'autant plus problématique que le taux d'actualisation applicable est délicat à calculer. Bref, c'est la pire des méthodes à l'exclusion sans doute de toutes les autres...* »¹⁹.

8. Le Conseil d'État invite enfin à la prudence dans la mise en œuvre de la méthode d'évaluation qu'il propose.

Il faut en effet souligner l'utilisation dans le point 5 de l'arrêt de la formule « *lorsqu'elles sont justifiées par la société* ». On peut tout d'abord s'interroger sur l'objet de cette réserve : s'applique-t-elle uniquement aux éventuelles mises en réserve pour le financement d'investissements futurs ou également aux annuités prévisionnelles de remboursement d'emprunt ? Que signifie par ailleurs le terme « *justifiées* » ? Faut-il entendre que la société doit prouver la réalité de l'engagement à porter les sommes en réserve (par exemple par des dispositions statutaires) et/ou de l'opération d'emprunt ? Faut-il au contraire comprendre que la société doit démontrer que la mise en réserve des bénéfices et/ou l'emprunt ont été décidés dans son intérêt ? Or, concernant la mise en réserve, il semble difficile de penser qu'elle puisse être contraire à l'intérêt de la société et la jurisprudence considère généralement qu'elle est de bonne politique²⁰. Ainsi, ce n'est que dans l'hypothèse d'un abus de majorité trahissant une perversion des majoritaires et une dénaturation du rôle de la société que les tribunaux prononcent la nullité des mises en réserve²¹.

17 Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 2016, n° 15-19471, P+B : BJS 2016, p. 568, note R. Mortier ; D. 2016, p. 1976, note A. Rabreau ; Dr. sociétés 2016, n° 141, note H. Hovasse ; Rev. sociétés 2016, p. 531, note C. Donzel-Taboucou.

18 P. Fernoux, L'évaluation de l'usufruit de parts d'une SCI : le Conseil d'État met les choses au point, note sous CE 30 sept. 2019 n° 419855, Hôtel Restaurant Luccotel ; Dr. fisc. 2019, comm. 465.

19 T. Jouno, concl. ss CAA Nantes, 15 févr. 2018, n° 16NT01325, SARL Hôtel-Restaurant Luccotel, préc.

20 Not. Cass. com., 3 juin 2003 : BJS 2003, p. 1049, note L. Godon.

21 Par ex. Cass. civ. 3^e, 7 févr. 2012, n° 10-17.812 : Rev. sociétés 2012, p. 622, note A.-L. Champetier de Ribes-Justeau. - Cass. civ. 3^e, 12 nov. 2015, n° 14-23.716 : Dr. sociétés 2016, n° 4, obs. R. Mortier ; Rev. sociétés 2016, p. 526, note E. Schlumberger.

15 L. Benoudiz, L'évaluation d'un usufruit temporaire : quelle méthode ? quel taux ?, préc.

16 « *Le bénéfice distribuable, fondé sur le résultat comptable, est une chose. La politique de distribution d'une société en est une autre. Seule cette dernière justifie le rendement de l'usufruit sur les parts sociales de la société concernée et l'évaluation qui en résulte* » : F. Versailles, Cession d'usufruit temporaire de parts de SCI : petite leçon d'évaluation du Conseil d'État, RFP 2019, n° 121.

9. Certes, la cession d'usufruit temporaire telle qu'elle est pratiquée dans l'affaire en cause soulève des questionnements. Les sociétés parties à la cession sont en effet détenues par les mêmes associés et on peut craindre que ces derniers favorisent leur propre intérêt au détriment des sociétés qu'ils contrôlent. Par ailleurs, le vote sur la distribution des dividendes en assemblée générale appartient à l'usufruitier : c'est donc lui qui détermine le montant qu'il perçoit, et indirectement la valeur de son usufruit si l'on utilise la méthode DCF dans les conditions fixées dans la décision commentée. On peut toutefois considérer que **le fait que la décision de distribuer appartienne à l'usufruitier ne modifie pas les données du problème** : il ne s'enrichit pas s'il ne perçoit pas de dividendes et il est donc normal de tenir compte de la présence ou de l'absence ou de distribution pour évaluer son droit d'usufruit.

◆ CE QUE LE CONSEIL D'ÉTAT TAIT

10. L'arrêt rendu le 30 septembre 2019, s'il apporte une réponse utile à certaines questions dans l'application de la méthode DCF pour l'évaluation de l'usufruit de parts de SCI, ne résout pas toutes les difficultés. Il ne traite par exemple pas de la pertinence du choix de la méthode DCF par rapport à d'autres techniques d'évaluation ou encore de certaines modalités d'application de cette méthode.

◆ Sur la pertinence de la méthode DCF

11. Mme E. Bokdam-Tognetti explique que dans l'affaire en cause les parties à la cession ont valorisé l'usufruit en évaluant la pleine propriété des parts selon une approche patrimoniale de la SCI qui aboutissait à une valeur modique compte tenu de l'endettement de la SCI. Puis elles ont appliqué à la valeur de la pleine propriété ainsi obtenue le barème de l'article 669 du CGI pour déterminer la fraction correspondant à l'usufruit. L'administration a rejeté cette évaluation en se basant sur une méthode fondée sur l'actualisation des fruits. Les parties n'ayant pas soulevé de moyen quant à l'application de cette technique financière, le Conseil d'État n'a pas eu à se prononcer sur la pertinence de la méthode DCF par rapport à l'évaluation en pleine propriété ni sur l'éventuelle combinaison de cette méthode avec une approche patrimoniale²².

Il faut indiquer à cet égard qu'il a été jugé que l'administration peut en particulier se fonder soit sur l'une des méthodes d'évaluation subsidiaires comme la méthode DCF, soit sur la combinaison de plusieurs d'entre elles²³ mais elle ne peut pas évaluer des titres en procédant par combinaison entre la méthode par comparaison et l'une ou plusieurs des méthodes subsidiaires²⁴.

22 M. Buchet, Méthode d'évaluation d'un usufruit temporaire de parts de SCI : à propos de CE 30 sept. 2019 n° 419855 Hôtel Restaurant Luccotel : Dr. fisc. 2019, act. 443.

23 CE, 16 oct. 2013, n° 329420 : RJF 1/14 n° 36, chron. E. Bokdam-Tognetti p. 3 ; BDCF 1/14 n° 7, concl. D. Hedary.

24 CE, 21 oct. 2016, n° 390421, Sté France éleveurs : RJF 1/17 n° 8, concl. E. Crépey C 8.

◆ Sur le taux d'actualisation à appliquer

12. Le Conseil d'État ne se prononce pas non plus sur l'une des difficultés d'application essentielle de la méthode DCF, savoir le choix du taux d'actualisation. Le Conseil d'État ne statue pas sur le choix opéré par l'administration fiscale de retenir un taux de rendement théorique au lieu du taux de rendement de l'actif lui-même qui pouvait être déduit des loyers pratiqués²⁵.

Un auteur explique que le choix du taux dépend de l'approche conceptuelle du démembrement²⁶ : soit le taux est intrinsèque au bien et dépend de sa rentabilité, car il importe que la valeur de l'usufruit additionnée à celle de la nue-propriété donne toujours la valeur de la pleine propriété²⁷ ; soit le taux est extrinsèque au bien et dépend des conditions du marché et de la situation de l'investisseur (la somme de l'usufruit et de la nue-propriété n'étant alors pas forcément égale à la valeur de la pleine propriété)²⁸. Un arrêt du Conseil d'État du 24 octobre 2018 semble avoir tranché la question en indiquant qu'« En l'absence de toute transaction ou de transaction équivalente, l'appréciation de la valeur vénale doit être faite en utilisant les méthodes d'évaluation qui permettent d'obtenir un chiffre aussi voisin que possible de celui qu'aurait entraîné le jeu normal de l'offre et de la demande à la date où l'acquisition est intervenue. Dans le cas de l'acquisition d'un bien en démembrement de propriété, constitue une telle méthode d'évaluation celle qui définit des prix de la nue-propriété et de l'usufruit tels qu'ils offrent le même taux de rendement interne (TRI) de l'investissement pour l'usufruitier et le nu-propriétaire »²⁹.

◆ Sur la prise en compte de la fiscalité de l'usufruitier

13. La décision du Conseil d'État du 30 septembre 2019 ne statue pas sur la prise en compte de la fiscalité de l'usufruitier dans l'évaluation du revenu futur de ses parts. Certes, le Conseil d'État indique au point 5 que l'administration, dans sa propre application de la méthode DCF, avait capitalisé et actualisé les résultats nets de la société avec un abattement de 33,33 % correspondant à une imposition théorique à l'impôt sur les sociétés. Mais la solution proposée par le Conseil d'État dans ce même attendu n'évoque nullement la taxation du revenu futur attendu par l'usufruitier : il indique seulement qu'il convient de capitaliser et actualiser les distributions prévisionnelles, pouvant elles-mêmes être fonction des annuités prévisionnelles de remboursement d'emprunt ou des éventuelles mises en réserve. Contrairement à ce qui

25 M. Buchet, Méthode d'évaluation d'un usufruit temporaire de parts de SCI : à propos de CE 30 sept. 2019 n° 419855 Hôtel Restaurant Luccotel : Dr. fisc. 2019, act. 443.

26 L. Benoudiz, Et s'il était désormais plus complexe de valoriser une pleine propriété que des droits démembrés ? : FR 44/19, n° 3.

27 Sur cette approche, v. J. Aulagnier, Analyse critique de l'estimation des droits démembrés de l'article 669 : Droit et patrimoine sept. 2004, n° 129, p. 88.

28 Sur cette approche, v. P. Carceloro, Est-il si complexe de valoriser des droits démembrés ? : FR 31/19 inf. 5 p. 5.

29 CE, 24 oct. 2018, n° 412322 : RJF 1/19 n° 36 ; Dr. fisc. 2019, comm. 141.

a pu être soutenu³⁰, nous pensons que ce silence ne signifie pas que le Conseil d'État rejette la prise en compte de l'imposition due par l'usufruitier des parts. Cette question est actuellement largement débattue. Pour certains, la méthode DCF implique nécessairement la prise en compte de revenus nets d'impôt dès lors qu'il s'agit de raisonner en termes de flux de trésorerie³¹. Pour d'autres, l'actualisation doit s'appuyer sur le rendement des parts tel qu'il ressort des comptes de la SCI et l'impôt dû par la société usufruitière en raison des revenus qu'elle recueille doit rester totalement étranger au calcul³².

14. Même si l'arrêt rendu le 30 septembre 2019 ne répond pas à toutes les épineuses questions posées par la valorisation de l'usufruit de parts de sociétés, il faut toutefois louer la leçon d'évaluation qui nous est ici offerte par le Conseil d'État.

L. CHATAIN ■

15. Bien détenu en nue-propriété - Renonciation de l'usufruitier à son droit de jouissance - Accroissement de l'actif net - Le Conseil d'État juge que lorsque la nue-propriété d'un bien est inscrite à l'actif d'une entreprise, la renonciation de l'usufruitier à son droit de jouissance, qui entraîne la reconstitution de la pleine propriété de ce bien entre les mains du nu-propiétaire avant le terme normal de l'usufruit, c'est-à-dire avant la mort de l'usufruitier ou l'expiration du temps pour lequel il a été accordé, se traduit par l'acquisition de droits nouveaux par le nu-propiétaire. Par conséquent, constitue un bénéfice imposable l'accroissement de l'actif de l'entreprise qui en résulte, égal à la valeur de l'usufruit à la date de la renonciation.

CE, 3^e et 8^e ch., 14 oct. 2019, n° 417095, Sté Techmeta Participations, concl. M.-G. Merloz (V. annexe 2)

16. La société Techmeta Participations (TP), détenue par les enfants de Madame A, était nue-propiétaire de 2560 actions de la société Techmeta (T) dont l'usufruit était détenu par Madame A.

Le 10 mai 2006, au moyen d'un acte sous seing privé, Madame A a renoncé à l'usufruit viager qu'elle possédait sur ses actions.

Lors d'un contrôle, l'administration a constaté que la renonciation par Madame A de l'usufruit n'avait pas été retranscrite à l'actif du bilan de la société, alors même, selon l'administration qu'en vertu de l'article 38, 2 du CGI, il y avait lieu de constater un accroissement de son actif net et par là-même une imposition.

30 P. Fernoux, L'évaluation de l'usufruit de parts d'une SCI : le Conseil d'Etat met les choses au point, préc.

31 L. Benoudiz, Et s'il était désormais plus complexe de valoriser une pleine propriété que des droits démembrés ?, préc.

32 P. Fernoux, Stratégies d'immobilier d'entreprise et démembrement de propriété : Droit et patrimoine 2002, n° 107, p. 65 et s.

Les juridictions successives ayant rejeté la demande de décharge de la société TP, ce litige s'est porté devant le Conseil d'État.

Pour la Haute juridiction, la renonciation de Madame A à l'usufruit viager sur des titres dont la société TP était nue-propiétaire a permis à cette dernière d'acquérir des droits nouveaux, qui ont augmenté son actif net, constituant ainsi un bénéfice imposable.

17. Pourtant, la motivation de la cour administrative d'appel pour rejeter la demande de la société TP avait de quoi faire naître un espoir chez celle-ci. En effet, la cour avait jugé que l'extinction de l'usufruit du fait de la renonciation de l'usufruitier équivalait à une cession à titre gratuit de cet usufruit.

Un auteur remarque que, de prime abord, cette position de la cour est conforme à celle de l'administration fiscale : « les renonciations purement extinctives ou abdicatives sont assujetties au droit fixe prévu à l'article 680 du code général des impôts. Cela dit, les droits de mutation à titre gratuit ou à titre onéreux deviennent exigibles si le nu-propiétaire entre en jouissance du droit délaissé par l'usufruitier »³³.

Cependant, il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation que la renonciation de l'usufruitier à son droit de jouissance, « qui n'est soumise par la loi à aucune forme spéciale et qui entraîne, sous réserve que la volonté de renoncer de l'usufruitier soit certaine et non équivoque, extinction de l'usufruit, ne constitue pas nécessairement une donation ». Cela permettait au Conseil d'État d'annuler la décision de la cour administrative d'appel pour erreur de droit et de régler l'affaire au fond.

Mais s'il n'y avait pas donation, l'accroissement de l'actif est dans ce dossier un élément incontestable et il convient de rappeler l'article 38, 2 du CGI, applicable en matière d'impôt sur les sociétés en vertu de l'article 209 du même code : « le bénéfice net est constitué par la différence entre les valeurs de l'actif net à la clôture et à l'ouverture de la période dont les résultats doivent servir de base à l'impôt diminuée des suppléments d'apport et augmentée des prélèvements effectués au cours de cette période par l'exploitant ou par les associés. L'actif net s'entend de l'excédent des valeurs d'actifs sur le total formé au passif par les créances des tiers, les amortissements et les provisions justifiées ».

La renonciation de l'usufruitière à son droit viager a augmenté incontestablement la valeur de la nue-propriété des titres détenus par la société TP, du montant de la valeur de l'usufruit à la date de la renonciation.

Réalisée sans doute pour éviter les droits de donation, l'opération s'est finalement trouvée assujettie à l'impôt sur les sociétés.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

On peut s'étonner de voir inscrit à l'actif du bilan d'une entreprise assujettie à l'IS, la nue-propriété des actions de l'entreprise dont l'usufruit est détenu par une personne physique. Dans les entreprises assujetties à l'impôt sur le revenu, la pratique inverse est en effet largement plus courante : c'est la personne physique qui détient la nue-propriété des parts

33 BOI-ENR-DMTG-20-10-10, § 100, cité par M. Leroy : Juriscampus, focus, nov. 2019.

alors que l'usufruit de ces mêmes parts est inscrit à l'actif de la société d'exploitation. Mais s'agissant des entreprises soumises à l'IS, il faut tenir compte du fait que le CGI n'exonère pas les dividendes en application du régime mère-fille lorsque c'est l'usufruit des actions qui est inscrit à l'actif.

S. ANOUCHIAN ■

18. Titres prêtés à l'entreprise - Dividendes - Régime mère-fille - La CAA de Versailles juge que les dividendes reçus par une société à raison des titres qu'elle détient du fait d'un contrat de prêt sont éligibles au régime mère-fille.

CAA Versailles, 3^e ch., 15 oct. 2019, n° 17VE02377, SARL IMANES, concl. C. Huon (V. annexe 3)

19. La Cour administrative d'appel de Versailles a reconnu, pour la première fois à notre connaissance, l'éligibilité des dividendes reçus de titres prêtés au régime fiscal des sociétés mères. Les juges ont ainsi considéré que l'exclusion des titres prêtés du bénéfice de ce régime de faveur, prévue par l'article 37 de la loi du 17 juin 1987, n'a vocation à s'appliquer qu'aux seuls prêts de titres financiers.

20. À titre liminaire, il convient de rappeler que les prêts de titres correspondent à des prêts de consommation régis par les articles 1892 à 1914 du code civil. Ces prêts entraînent un transfert de propriété au bénéfice de l'emprunteur³⁴, à charge pour ce dernier de restituer, au terme du contrat, les titres prêtés ou leur équivalent³⁵. Au plan fiscal, le législateur a instauré un régime de neutralité (notamment en matière de plus-values) applicable aux prêts de consommation de certains titres financiers répondant aux conditions des articles 31 à 38 de la loi du 17 juin 1987 sur l'épargne. En vertu de l'article 4 de l'ordonnance du 14 décembre 2000³⁶, une partie de ces dispositions a été codifiée aux articles L. 432-6 à 11 du code monétaire et financier (CMF) puis aux articles L. 211-22 à 26 de ce même code. Notons d'emblée qu'aux termes de l'article L. 211-22 du CMF, les titres susceptibles de faire l'objet d'un droit à dividende pendant la durée du prêt sont exclus du régime des prêts de titres financiers.

21. En l'espèce, la SARL Imanes et la SAS Asinco détenaient conjointement la totalité du capital de la SAS Pro-Distribution. Le 22 décembre 2008, ces deux sociétés ont conclu un contrat aux termes duquel la SAS Asinco s'est engagée à prêter à la SARL Imanes 11% de ses participations dans la SAS Pro-Distribution. L'article 7 de cette convention de prêt précisait que les titres prêtés ouvraient droit à dividende. Dans ce cadre, la SAS Imanes a perçu, au cours des années 2009 et 2010, des dividendes de la SAS Pro-Distribution afférents aux titres prêtés ainsi qu'à sa participation initiale. L'ensemble de ces

dividendes ont bénéficié du régime fiscal des sociétés mères. Ils ont donc été exonérés d'impôt sur les sociétés, sous réserve de la réintégration d'une quote-part de frais et charges de 5%.

22. À l'issue d'une vérification de comptabilité portant sur les exercices clos au 31 décembre 2009 et au 31 décembre 2010, l'administration fiscale a remis en cause l'application du régime de faveur aux dividendes attachés aux titres prêtés. Cette dernière soutenait qu'en application de l'article 37 de la loi du 17 juin 1987 sur l'épargne, les titres prêtés devaient être systématiquement exclus du régime mère-fille, et ce, qu'ils ouvrent ou non droit à dividende. Elle a ainsi réintégré les dividendes afférents aux titres prêtés aux bénéficiaires imposables de la société, et a assujéti cette dernière à des cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés assorties d'intérêts de retard ainsi que d'une pénalité de 40%³⁷.

Par un jugement du 6 juin 2017, le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise³⁸ a confirmé la position de l'administration fiscale selon laquelle les dividendes versés à une société en exécution d'un contrat de prêt de titres doivent être, en application de l'article 37 précité, exclus du bénéfice du régime de faveur prévu par les articles 145 et 216 du CGI. Le contribuable a interjeté appel de cette décision.

Saisie par le contribuable, la CAA de Versailles a été amenée à se prononcer sur les deux questions suivantes :

- les dividendes afférents à des titres prêtés sont-ils éligibles au régime des sociétés mères ?
- les prêts de titres emportent-ils un transfert de la pleine propriété de ces derniers au bénéfice de l'emprunteur ?

◆ Reconnaissance de l'éligibilité au régime mère-fille des titres prêtés ouvrant droit à dividendes

23. Dans le cadre du régime des sociétés mères, le sort des prêts de titres est régi à la fois par des dispositions législatives codifiées et non codifiées.

Il résulte, d'une part, de l'application combinée des articles 145, 1, c et 38 bis du CGI que les titres prêtés ouvrant droit à dividendes peuvent être pris en compte pour l'application du régime mère-fille, sous réserve de répondre également à l'ensemble des conditions posées par l'article 145 du CGI³⁹. Plus précisément, aux termes de ces dispositions, seuls les titres financiers prêtés dans les conditions prévues aux articles L. 211-22 et suivants du CMF sont exclus du bénéfice du régime mère-fille.

Cependant, l'article 37, issu du chapitre V de la loi du 17 juin 1987 intitulé « Prêt de titres », dispose que les parties à un contrat de prêt ne peuvent tenir compte des titres prêtés pour l'application du régime mère-fille, sans faire de distinction quant à la nature des contrats de prêt visés par cette exclusion (*i.e.* contrat de prêt de consommation ou contrat de prêt de titres financiers).

37 La réintégration ayant été opérée par voie de taxation d'office pour défaut de déclaration dans les délais légaux.

38 TA Cergy-Pontoise, 6 juin 2017, n° 1504970.

39 Aux termes de l'article 145 du CGI dans sa rédaction applicable au litige, seules étaient éligibles au régime mère-fille les participations revêtant la forme nominative (ou déposées dans un établissement désigné par l'administration), représentant au moins 5% du capital de la société émettrice et conservées par la société pendant un délai de deux ans.

34 C. civ., art. 1893.

35 C. civ., art. 1892.

36 Ord. n° 2000-1223, 14 déc. 2000 relative à la partie législative du code monétaire et financier, art. 4.

24. L'administration fiscale, se fondant sur une lecture autonome de l'article 37 susvisé, considérait que l'ensemble des titres prêtés devait être exclu du régime mère-fille, sans considération de l'existence ou non d'un droit à dividendes. Or, comme le relève très justement le rapporteur public, Christophe Huon, dans ses conclusions (reproduites en annexe), l'approche de l'administration fiscale conduisait « à faire cohabiter deux dispositions législatives contradictoires, sans qu'aucun texte ne consacre la prééminence de l'une sur l'autre ». Dans cette affaire, la CAA de Versailles avait donc à se prononcer sur l'articulation des dispositions précitées, ce qui impliquait d'interpréter, en premier lieu, la portée de l'exclusion prévue par l'article 37 de la loi sur l'épargne. Le décor était planté.

25. À l'instar de la société requérante, la cour a relevé que l'article 31 de la loi du 17 juin 1987 excluait du champ d'application du chapitre V de cette loi, et donc de celui de l'article 37, les titres prêtés susceptibles d'ouvrir droit à dividendes. Dans le cadre de la codification d'une partie de la loi sur l'épargne par l'ordonnance du 14 décembre 2000, l'article 31 a été abrogé et repris *stricto sensu* à l'article L. 432-6 du CMF puis à l'article L. 211-22 du même code. Les juges, qui constatent que le Gouvernement était seulement habilité à opérer une codification à droit constant de la loi sur l'épargne, en déduisent que le maintien de l'article 37 au sein de cette loi n'a pas eu pour effet d'en modifier sa portée⁴⁰. En conséquence, ce dernier doit toujours être interprété, aux fins d'application de l'article L. 211-22 du CMF, comme s'appliquant uniquement aux titres prêtés n'ouvrant pas droit à dividendes.

En outre, la cour considère que seule cette interprétation est conforme à l'article 4 de la directive mère-fille⁴¹ qui ne prévoit aucune exclusion des titres prêtés de son champ d'application.

26. Par cette interprétation de la portée de l'article 37 de la loi sur l'épargne, la CAA de Versailles confirme que les dividendes reçus à raison de titres prêtés dans le cadre d'un contrat de prêt de consommation sont éligibles, en application de l'article 145, 1, c du CGI, au régime des sociétés mères. Notons que cette solution est en ligne avec l'interprétation des dispositions précitées d'ores et déjà retenue par une partie des praticiens⁴² selon laquelle l'exclusion du régime mère-fille ne concerne que les prêts de titres financiers.

◆ Affirmation de l'effet translatif de propriété des titres au bénéfice de l'emprunteur

27. Dans la décision commentée, la CAA de Versailles a également eu à se prononcer sur la question de savoir si un prêt de titres emporte ou non transfert de la pleine propriété de ces derniers au bénéfice de l'emprunteur.

28. Rappelons qu'aux termes de l'article 54, 1^o de l'annexe II au CGI dans sa version applicable au litige, seules les participations détenues en pleine propriété pendant un délai de deux ans étaient éligibles au bénéfice du régime d'exonération prévu aux articles 145 et 216 du CGI⁴³. Se fondant sur ce texte, l'administration fiscale invoquait, à titre subsidiaire, l'absence de détention par l'emprunteur de la pleine propriété des titres. Sans renier pour autant l'effet translatif de propriété d'un prêt de consommation, expressément prévu à l'article 1893 du code civil, **l'administration fiscale faisait valoir que la détention par l'emprunteur de titres prêtés était seulement précaire et donc qu'elle ne pouvait être assimilée à une détention en pleine propriété au sens de l'article 54** précité.

29. À y regarder de plus près, **il s'agit là d'une tentative d'assimilation de la situation de l'emprunteur à celle de l'usufruitier**. Par une décision du 20 février 2012⁴⁴, le Conseil d'État a jugé, à l'instar du juge européen⁴⁵, que les participations détenues en usufruit sont exclues du régime des sociétés mères, dans la mesure où un tel droit démembré ne confère pas à son titulaire de droits équivalents à ceux d'un « propriétaire détenteur de titres ».

Or, dans sa décision *Artémis* de 2014⁴⁶, le Conseil d'État s'était déjà prononcé sur l'effet translatif des contrats de prêt de titres financiers pour les besoins de l'application du régime des sociétés mères. Après avoir constaté qu'en application de l'article 1893 du code civil, auquel renvoi l'article L. 211-22 du CMF, un prêt de titres financiers entraîne un transfert de propriété au bénéfice de l'emprunteur, le Conseil d'État conclut qu'un tel contrat emporte, pour la société prêteuse, rupture de l'engagement de conservation des titres, sans distinction entre les transferts de propriété temporaires et définitifs.

30. En l'espèce, la détention de la pleine propriété des titres par l'emprunteur avait donc peu de chance d'être remise en cause dans la mesure où une solution similaire avait d'ores et déjà été retenue par le Conseil d'État s'agissant des prêts de titres n'ouvrant pas droit à dividendes.

Dans ce contexte jurisprudentiel, la CAA de Versailles a relevé que, conformément à l'article 1893 du code civil, la convention de prêt en cause instaurait effectivement un transfert de propriété au bénéfice de l'emprunteur des actions prêtées ainsi que de l'ensemble des droits attachés à ces dernières. Par conséquent, les juges ont censuré la position de l'administration fiscale en jugeant que la circonstance selon laquelle la propriété des actions prêtées ne présente qu'un caractère provisoire est sans incidence sur l'appréciation de la détention de la pleine propriété par la société emprunteuse.

31. Notons enfin que le transfert de la pleine propriété

40 Plus précisément, les juges s'appuient sur l'article 1^{er} de la loi n° 99-1071 du 16 décembre 1999 portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes ainsi que sur le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 14 décembre 2000.

41 Dir. 90/435/CEE du Conseil, 23 juill. 1990 concernant le régime commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents.

42 C. Acard, *Fiscalité financière* : Dr. fisc. 2015, n° 24, étude 396, n° 11.

43 Depuis le 1^{er} janvier 2016, la condition de détention des titres en pleine propriété ou en nue-propriété figure à l'article 145 du CGI.

44 CE, 20 févr. 2012, n° 321224, Sté Participasanh : RJF 5/12 n° 454 ; BDCF 5/12 n° 54, concl. D. Hédary.

45 CJCE, 22 déc. 2008, C-48/07, Belgique c/ Les Vergers du Vieux Tauves SA.

46 CE, 26 sept. 2014, n° 363555, Sté Artémis Conseil : Dr. fisc. 2014, n° 48, comm. 653, concl. E. Cortot-Boucher, note R. Vabres ; RJF 12/2014, n° 1088 ; RTD com. 4/2014, obs. O. Fouquet.

des titres au bénéfice de l'emprunteur plaider également en faveur d'une interprétation restrictive de la portée de l'article 37 de la loi du 17 juin 1987. En effet, comme le relevait le rapporteur public dans ses intéressantes conclusions, la société requérante a bien perçu les dividendes afférents aux titres prêtés en sa qualité d'associé au sens de l'article 4 de la directive mère-fille.

O. JANORAY et A. GRAJALES ■

32. Cession d'un immeuble - Provision de dépréciation de titres de société à prépondérance immobilière - Le Conseil d'État juge que lorsque les titres d'une société font l'objet d'une provision pour dépréciation, la prépondérance immobilière de cette société doit être appréciée soit à la clôture de son dernier exercice précédant la constitution de cette provision, soit à la date à laquelle cette dernière est constituée, c'est-à-dire à la date de clôture de l'exercice de la société qui détient ses titres.

CE, 8^e et 3^e ch., 22 nov. 2019, n° 432053, Min. c/ Sté l'Auxiliaire, concl. K. Ciavaldini (V. annexe 4)

33. Saisi par la CAA de Versailles⁴⁷, le Conseil d'État clôt enfin le débat sur la date à laquelle une société doit être qualifiée de « à prépondérance immobilière » pour le traitement des provisions de dépréciation de titres de telles sociétés. La question ne pose pas de difficulté pour le traitement des plus-values de cession de titres puisque la lettre de l'article 219 est claire et adaptée à aux opérations de cession : l'analyse des actifs de la société pour la qualifier de société à prépondérance immobilière s'opère soit à la date de cession des titres, soit à la date de clôture du dernier exercice précédant la cession desdits titres. S'agissant du traitement des provisions pour dépréciation de titres, la loi renvoie à cette même définition, définition qui contient la référence inadaptée à la cession. Comment appliquer une définition qui emprunte une telle référence lorsqu'aucune cession n'est en cause mais simplement le constat d'une dépréciation de titres conservés ?

34. On constate que, selon l'impôt en cause, le législateur se réfère à des dates différentes d'appréciation de la qualification des sociétés (et même des compositions d'actifs variables) mais s'agissant de l'impôt sur les sociétés, le même texte est applicable qu'il s'agisse de cession de titres ou de provision pour dépréciation de titres :

47 CAA Versailles, 27 juin 2019, n° 17VE03022, Min. c/ SA l'Auxiliaire : IP 3-2019, n° 6, § 17, comm. C. Deleu.

Impôt	IS		IR	DMTO de 5 %	Taxe de 3 % sur la valeur vénale des immeubles
Opération en cause	Plus-value de cession de titres de SPI	Provision de dépréciation de titres de SPI	Plus-value de cession de titres	Cession de titres de SPI	Société exonérée de la taxe si elle n'est pas SPI
Texte	CGI, art. 219 I a sexies-0 bis		CGI, art. 150 UB	CGI, art. 726 I 2°	CGI, art. 990 E
Date d'appréciation de la prépondérance immobilière	Soit à la date de cession, soit à la date précédant la cession	Absence de prévision par le texte	Clôture des 3 exercices précédant la cession	Année de cession ou au cours de l'année précédant la cession	1 ^{er} janvier de l'année d'imposition (BOI-PAT-TPC-20-10, § 40).
Notion de prépondérance	« dont l'actif est, à la date de la cession de ces titres ou a été à la clôture du dernier exercice précédant cette cession, constitué pour plus de 50 % de sa valeur réelle par des immeubles, des droits portant sur des immeubles, des droits afférents à un contrat de crédit-bail conclu dans les conditions prévues au 2 de l'article L. 313-7 du code monétaire et financier ou par des titres d'autres sociétés à prépondérance immobilière. Pour l'application de ces dispositions, ne sont pas pris en considération les immeubles ou les droits mentionnés à la phrase précédente lorsque ces biens ou droits sont affectés par l'entreprise à sa propre exploitation industrielle, commerciale ou agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale. »		« dont l'actif est, à la clôture des trois exercices qui précèdent la cession, constitué pour plus de 50 % de sa valeur réelle par des immeubles ou des droits portant sur des immeubles, non affectés par ces sociétés à leur propre exploitation industrielle, commerciale, agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale. Si la société dont les droits sociaux sont cédés n'a pas encore clos son troisième exercice, la composition de l'actif est appréciée à la clôture du ou des seuls exercices clos ou, à défaut, à la date de la cession. »	« dont l'actif est, ou a été au cours de l'année précédant la cession des participations en cause, principalement constitué d'immeubles ou de droits immobiliers situés en France ou de participations dans des personnes morales, quelle que soit leur nationalité, dont les droits sociaux ne sont pas négociés sur un marché réglementé d'instruments financiers au sens de l'article L. 421-1 du code monétaire et financier ou sur un système multilatéral de négociation au sens de l'article L. 424-1 du même code et elles-mêmes à prépondérance immobilière. [...] »	N'est pas SPI, l'entité « dont les actifs immobiliers, au sens de l'article 990 D, situés en France, représentent moins de 50 % des actifs français détenus directement ou par l'intermédiaire d'une ou plusieurs entités juridiques. Pour l'application de cette disposition, ne sont pas inclus dans les actifs immobiliers les actifs détenus directement ou indirectement que les entités juridiques définies à l'article 990 D ou les entités juridiques interposées affectent directement ou indirectement à leur activité professionnelle autre qu'immobilière ou à celle d'une entité juridique avec laquelle elles ont un lien de dépendance au sens du 12 de l'article 39 »

35. En matière d'impôt sur les sociétés, l'administration avait tenté de pallier la difficulté d'interprétation en dissociant le cas des cessions de titres et des provisions sur titres, et en proposant sa propre définition au BOFiP pour le cas des provisions⁴⁸, ce que le Conseil d'État avait alors sanctionné au motif que l'administration ne pouvait ajouter à la loi⁴⁹. Le paragraphe incriminé du BOFiP s'en est trouvé annulé (il demeure au BOFiP, qui n'a pas été actualisé depuis fin 2013), mais la loi n'en n'était toujours pas moins non explicitée pour le traitement des provisions⁵⁰.

Faute de définition adaptée spécifiquement au cas des provisions, fallait-il purement et simplement faire abstraction du a sexes-O du I de l'article 219 du CGI et revenir à un principe général (référence unique à la date du fait générateur de la provision) ou encore fallait-il ne retenir dans la double définition prévue par la loi pour les cessions que celle directement applicable au cas de la provision (définition par référence à la date de la clôture de l'exercice de la société mère) ? Aucune de ces solutions n'était toutefois satisfaisante puisque, comme le relève le rapporteur public dans ses conclusions (reproduites en annexe), nous aurions alors pu connaître l'étonnante divergence d'un titre qualifié de « titre de société à prépondérance immobilière » pour sa cession et de « non à prépondérance immobilière » pour les besoins d'une provision !

36. Évitant l'incohérence de retenir pour un même impôt deux définitions, le Conseil d'État retient l'unité en transposant les deux branches temporelles de la définition, par un travail d'adaptation. Il considère ainsi que la provision portera sur des titres de société à prépondérance immobilière, et sera donc par nature déductible immédiatement, si la société revêt cette caractéristique à l'un des deux dates suivantes :

- soit la date de constitution de la provision et donc la date de clôture de l'exercice de la société qui détient ses titres ;
- soit la date de clôture de son dernier exercice précédant la constitution de la provision.

Il élabore ainsi une définition pour les provisions par simple transposition de la définition légale rédigée pour les besoins de la cession, permettant de conserver dans tous les cas les deux branches de la définition légale prévues pour les cessions ou plus exactement le choix entre deux dates possibles. Comme l'indique le rapporteur public dans cette affaire, « *Pour rester fidèle à cette souplesse prévue par le législateur, deux dates pourront aussi être retenues dans le cas d'une provision : à la date de cession des titres, pourra être substituée la date de fait générateur dans le cas d'une provision, qui est la clôture de l'exercice de la société A qui provisionne ; vous pourrez conserver sans changement la seconde des dates, qui est celle de la date de la clôture du dernier exercice de la société B (dont les titres font l'objet de la provision).* »

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Le Conseil d'État vient ainsi utilement pallier l'insuffisante précision du législateur qui avait procédé par renvoi de texte, mais sans aucune adaptation d'un cas à l'autre. **Cette clarification est bienvenue et respecte la volonté du législateur**

48 BOI-IS-BASE-20-20-10-30, 31 déc. 2013, § 70.

49 CE, 14 oct. 2015 n° 387249, Société d'assurance mutuelle L'Auxiliaire.

50 V. IP 3-2019, n° 6, § 17, comm. C. Deleu.

de renvoi d'une définition à l'autre. On notera qu'à ce jour, et malgré l'arrêt précité datant déjà de 2015, le **BOFiP n'a pas été modifié** et contient toujours une unique date possible, pour le traitement des provisions, par référence exclusivement à la date de clôture de l'exercice de la société constituant la provision, ajoutant alors que « *le régime applicable à la reprise d'une provision pourra différer de celui appliqué à la dotation de celle-ci.* ». En effet, appréciée annuellement, certes désormais selon une possible définition duale, les mêmes titres peuvent tantôt être qualifiés de titres d'une société à prépondérance immobilière, tantôt ceux d'une société n'ayant pas encore ou n'ayant plus ce qualificatif. Dès lors, **le traitement des titres peut parfaitement varier entre une année N de constitution de provision et une année postérieure de reprise de provision.** L'administration met en évidence le sujet, en actant elle-même dans son BOFiP que le régime d'une provision et celui d'une reprise de provision pourront ainsi différer.

C. DELEU ■

37. Cession d'un actif à prix minoré - Donation

indirecte - La Cour de cassation juge qu'une vente à prix minoré entre une société et le président de son conseil d'administration peut donner lieu à une imposition aux droits de donation. L'opération, qualifiée de donation indirecte, a été valablement soumise aux droits de mutation à titre gratuit au taux de 60% (mutations réalisées au profit de personnes non parentes). Dans cette affaire, le contribuable n'avait pas soutenu devant les juges du fond que la donation litigieuse constituait en réalité un avantage occulte.

Cass. com., 7 mai 2019, n° 17-15.621, Sté Harmonie (V. annexe 5)

38. Une société peut-elle donner ?

La société Harmonie a cédé le 7 janvier 2003 une parcelle de terrain à son président du conseil d'administration. Or il s'est avéré qu'une construction à usage d'habitation avait été édifiée sur ce terrain avant cette cession. L'administration a alors considéré que la vente du terrain nu constituait une donation indirecte de la valeur de l'immeuble construit et rehaussé la valeur du bien en prenant en compte l'évaluation faite par la commission départementale de conciliation. Elle a dès lors notifié au dirigeant une proposition de rectification au titre des droits de mutation à titre gratuit. Après le rejet de sa réclamation, ce dernier a sollicité la restitution du surplus d'imposition versé, ce qui lui a été refusé tant par la Cour d'appel de Rennes que par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans son arrêt du 7 mai 2019 aux motifs suivants : « *ayant relevé, par des motifs non critiqués, que l'article 902 du code civil, selon lequel toutes personnes, sauf celles déclarées incapables, peuvent disposer par donation entre vifs ou par testament, n'exclut pas les personnes morales et retenu, par motifs propres et adoptés, que l'article 777 du code général des impôts, qui*

visent notamment les dons et legs faits aux établissements publics ou d'utilité publique pour les soumettre aux tarifs fixés pour les successions entre frères et sœurs et qui prévoit un taux pour les personnes non-parentes, est également applicable par nature aux personnes morales, la cour d'appel en a, à bon droit, déduit que la donation dont avait bénéficié M. V... de la part de la société Harmonie était soumise aux dispositions de ce dernier texte ».

39. On sait que **les sociétés peuvent être bénéficiaires de dons**. L'article 911 du code civil dispose ainsi que seules les libéralités au profit d'une personne physique ou d'une personne morale frappées d'une incapacité sont nulles. Cette capacité est toutefois limitée par le principe de spécialité⁵¹. Ainsi, seules certaines associations ont la capacité de recevoir des legs et tous types de dons, comme notamment les associations reconnues d'utilité publique⁵². La jurisprudence reconnaît traditionnellement la capacité des sociétés à recevoir des dons⁵³ : aucun texte ne l'interdit en effet et le fait de bénéficier d'une libéralité est un moyen comme un autre de réaliser des bénéfices.

40. En revanche, **la possibilité pour une société de consentir des dons est plus incertaine**⁵⁴. En effet, la qualification de libéralité suppose toujours la réunion de deux éléments : un élément matériel (un avantage attribué au bénéficiaire) et un élément intentionnel (la volonté du disposant de procurer cet avantage)⁵⁵. L'élément intentionnel, qualifié d'*animus donandi*, participe de l'essence des dispositions à titre gratuit⁵⁶. Cette **intention libérale ne se confond pas avec le consentement à l'acte de libéralité** : « *L'intention libérale donne au consentement une qualité, une coloration particulière. On n'a pas voulu seulement un acte qui a pour résultat de vous appauvrir. On a voulu - directement et en soi - cet appauvrissement lui-même* »⁵⁷.

Or, **cette volonté de s'appauvrir est incompatible avec la notion de société**. L'article 1832 du code civil dispose que : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* »⁵⁸. La poursuite du bénéfice au profit des associés ou le partage de l'économie entre les associés

constituent donc l'alpha et l'omega du contrat sociétaire : une société est un outil capitaliste au sens où son essence est l'enrichissement de ses membres⁵⁹. « *Autrement dit, la société a pour but l'enrichissement des associés qu'il s'agisse pour chacun d'eux de partager un bénéfice ou de profiter d'une économie. Ce but, général et abstrait, est inhérent à la notion même de société ; il est celui qu'impose la catégorie juridique que constitue la société* »⁶⁰.

Certes, les **réflexions sur la notion d'intérêt social tendent à modifier quelque peu cette approche** : la société se trouve au cœur d'un réseau de parties prenantes, ce qui lui donne une mission allant au-delà de la simple satisfaction de l'intérêt de ses associés⁶¹. La possibilité offerte par la loi n° 2019-486 dite PACTE du 22 mai 2019 d'insérer dans les statuts la formulation d'une raison d'être de la société semble participer de cette analyse⁶². Or l'insertion d'une raison d'être ne modifie pas vraiment l'objet de la société : elle vise essentiellement à orienter les moyens utilisés par la société pour réaliser son objet. Ainsi, il ne faut pas se leurrer : **la société reste congénitalement une machine à fabriquer du profit**.

41. Dans ces conditions, on peut s'interroger sur la capacité des sociétés à consentir des libéralités dans la mesure où elles ne peuvent être mues par une intention libérale. **L'acte à titre gratuit d'une société est normal s'il est intéressé, s'il est conforme aux intérêts de l'entreprise. À défaut, il est anormal** : « *Comment justifier un acte gratuit dans une entreprise s'il ne présente aucun intérêt pour cette dernière ? Comment motiver, dans une société, l'accomplissement d'un acte gratuit en faveur d'un de ses membres qui ne serait pas conforme à l'intérêt social ?* »⁶³.

La **réglementation sur le mécénat d'entreprise** permet de conforter cette analyse. Le législateur n'envisage en effet la possibilité du don que dans la mesure où l'acte de mécénat entraîne des retombées positives en termes d'image, qui *in fine* favorisent la réalisation de profits⁶⁴. Ainsi un auteur a-t-il pu écrire : « *Pour autant, les mécènes d'un nouveau genre que constituent les entreprises entendent récolter les fruits de leurs investissements en termes d'image et de notoriété* »⁶⁵. Ainsi, le mécénat

51 P. Merle et A. Fauchon, Sociétés commerciales : Dalloz 21^e éd. 2017/2018, p. 83 n° 63. - P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés : Domat 3^e éd. 2009, p. 156 n° 247. - F. Deboissy, A. Viandier et M. Cozian, Droit des sociétés : LexisNexis 32^e éd. 2019, p. 70, n° 193. Certains distinguent même deux principes de spécialité : la spécialité légale et la spécialité statutaire : R. Besnard Goudet, JCl. Sociétés Traité, Objet social – Notion et influence sur la condition juridique de la société, 21 mai 2019, n° 19.

52 B. Teyssié, Droit des personnes : LexisNexis 20^e éd. 2018, p. 626, n° 1225.

53 Cass. civ., 25 déc. 1897 : Journ. sociétés 1898, p. 209. - Cass. req., 29 oct. 1894 : D. 1896, I, p. 145, note Thaller.

54 R. Besnard Goudet, préc., n° 20.

55 S. Ferré-André, Successions et libéralités : Dalloz 5^e éd. 2019, p. 147, n° 244.

56 Req. 27 janv. 1887 : DP 1888. I. 303.

57 J. Flour et H. Souleau, Les libéralités : Armand Colin éd. 1982, coll. U, n° 42.

58 Les sociétés ont pour raison d'être la recherche de bénéfices, gain pécuniaire ou matériel qui ajoute à la fortune de ses membres (Cass. ch. réunies, 11 mars 1914 : DP 1914, I, 257).

59 B. Lecourt, La gratuité et le droit des affaires : RTDcom. juill.-sept. 2012, p. 455 : « *S'agissant des personnes morales commerçantes, elles obéissent d'ailleurs à un principe de spécialité consistant dans la recherche et le partage de bénéfices, la réalisation d'économies (société commerciale) ou l'amélioration de l'activité économique de leurs membres (GIE ; GEIE).* »

60 F. Deboissy, A. Viandier et M. Cozian, Droit des sociétés, préc., p. 72 n° 196. Il a par exemple été jugé que la décision d'assumer sans contrepartie le passif d'une filiale au mépris de l'intérêt de la société doit être annulée pour abus de droit (Cass. com., 29 mai 1972, Sté Etablissements Pernot c/ Kurcker et al. : JCPG 1973, II, 17337). Dans sa note sous cet arrêt, Y. Guyon indique : « *Le droit des sociétés est animé par la recherche des bénéfices. Tout acte gratuit est donc suspect.* »

61 P. Merle et A. Fauchon, Sociétés commerciales, préc., p. 88 n° 70.

62 A. Viandier, La raison d'être : BRDA 10/2019. - I. Urbain-Parléani, La raison d'être des sociétés dans le projet de loi Pacte du 19 juin 2018 : Rev. sociétés 2018, p. 623. - A. Tadros, Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi Pacte : D. 2018, p. 1765.

63 B. Lecourt, La gratuité et le droit des affaires, préc.

64 Débats parlementaires relatifs à la loi n° 90-559 du 4 juillet 1990 créant les fondations d'entreprise et modifiant les dispositions de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat relatives aux fondations : JOAN 28 mai 1990, p. 1688.

65 D. Roskis, Mécénat d'entreprise : Dalloz, oct. 2017, n° 1.

peut être considéré comme le prolongement implicite mais nécessaire de l'objet social en tant qu'opération de promotion de l'image de l'entreprise. L'opération de mécénat entre donc dans l'objet social de toute société commerciale dès lors qu'il s'agit d'assurer la promotion de son image auprès d'un public de consommateurs ou de professionnels⁶⁶. La loi n° 99-1172 du 30 décembre 1999 de finances pour 2000 qui a modifié l'article 238 bis du CGI a conforté la compatibilité du mécénat avec l'objet social : l'entreprise mécène peut désormais associer son nom aux opérations réalisées par le bénéficiaire des dons effectués au titre du mécénat. Si la société mécène voit sa dénomination associée à l'opération à laquelle elle a contribué, l'écho de l'opération dans le public suffit à inscrire les actes concernés dans l'objet social. Ainsi, la mise en œuvre du mécénat démontre que la libéralité doit nécessairement avoir une contrepartie pour l'entreprise, même de façon indirecte et lointaine.

La libéralité est également anormale au regard du **droit des entreprises en difficulté**. L'article L. 632-1 du code de commerce déclare nuls tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété accomplis par le débiteur en procédure collective durant la période suspecte, le tribunal pouvant aussi annuler les actes à titre gratuit accomplis par le débiteur dans les six mois précédant la date de cessation des paiements. L'acte comportant un prix insuffisant est également nul dès lors qu'il s'agit d'un contrat commutatif déséquilibré. L'objectif est d'éviter que le débiteur ne se dépouille avant l'ouverture de la procédure collective et de permettre ainsi aux créanciers d'être payés. La gratuité ou le vil prix apparaissent ainsi comme une anomalie en raison de la suspicion de fraude.

Enfin, la libéralité fait courir un **risque pénal** à la société dès lors que l'absence de contrepartie peut constituer un abus de biens sociaux⁶⁷. En effet, les bénéfices des sociétés commerciales ont vocation à faire l'objet d'une distribution au profit des associés. Les libéralités octroyées par une société à un dirigeant s'écartent ainsi du but lucratif qui doit inspirer chacun des actes des sociétés commerciales.

Il ressort de la jurisprudence que **l'absence de but lucratif est un vice congénital qui affecte la société (et qui devrait entraîner sa requalification en association)**⁶⁸. Toutefois, certains auteurs admettent qu'un groupement constitué en vue de réaliser des bénéfices ou de procurer des économies à ses membres et qui poursuit des fins d'ordre moral, social ou spirituel, soit qualifié de société si cet objectif non matériel n'est qu'accessoire au but intéressé poursuivi : « *Tant que la recherche d'un avantage matériel demeure prépondérante, la qualification de société doit être retenue* »⁶⁹. Dans une telle approche, la libéralité n'est pas totalement interdite pour une société : elle est admissible de façon exceptionnelle.

66 A. Barabe, Le mécénat va-t-il supplanter le *sponsoring* ? : LPA 9 sept. 1991, n° 108, p. 4.

67 F. Deboissy, A. Viandier et M. Cozian, Droit des sociétés, préc., p. 406 n° 971. - P. Merle et A. Fauchon, Sociétés commerciales, préc., p. 525, n° 469.

68 Cass. com., 15 nov. 1983, n° 82-11.253, Blaizot c/ Union des associations des anciens et anciennes élèves des lycées et collèges de France : JCP 1984, IV, 25.

69 F.-X. Lucas et M. Petot-Fontaine, Théorie des bénéfices et des pertes : JCl. Sociétés Traité Fasc. 15-10, 17 nov. 2015, n° 33.

Dans ces conditions, **la libéralité semble difficilement compatible avec le droit des sociétés**.

42. Ces considérations n'ont apparemment pas été prises en compte par la chambre commerciale de la Cour de cassation qui a estimé, dans l'arrêt commenté, que la société Harmonie pouvait valablement disposer par donation conformément à l'article 902 du code civil. Tirant les conséquences logiques de cette affirmation, la Haute juridiction a soumis la libéralité consentie par la société à son dirigeant au barème prévu à l'article 777 du CGI au taux pour les personnes non parentes « *applicable par nature aux personnes morales* ».

43. Cette solution, à tout le moins étonnante en droit des sociétés, l'est tout autant en droit fiscal. La jurisprudence fiscale considère en effet que la vente à prix minoré constitue un acte anormal de gestion pour la société cédante soumise à l'IS et un revenu réputé distribué pour le cessionnaire au sens des articles 109 à 111 du CGI⁷⁰. Jusqu'à l'arrêt du 7 mai 2019, le bénéficiaire de la donation déguisée était donc usuellement taxé à l'impôt sur le revenu pour l'avantage qui lui avait été consenti. En effet, les notions de revenu et de don sont antinomiques. Comme une société ne peut valablement donner, l'avantage qu'elle consent est alors qualifié de revenu : c'est la signification du revenu réputé distribué au sens des articles 109 à 111 du CGI.

L'arrêt apporte donc une solution novatrice puisqu'il qualifie expressément la vente de l'immeuble à prix minoré de libéralité taxable en tant que telle. Or la théorie de l'acte anormal de gestion consiste à identifier l'intention libérale de la société pour considérer que l'opération qu'elle a réalisée est anormale, ce qui conduit alors au redressement du manque à gagner. Si la preuve de la libéralité est apportée, le droit fiscal considère donc qu'il y a un don mais qu'il est anormal et il est alors qualifié de revenu. Or dans l'arrêt en cause, le don est quelque part validé par le droit fiscal puisque taxé en tant que tel...

Certes, l'arrêt indique que le dirigeant en cause n'avait pas soutenu devant la cour d'appel ni dans ses écritures que la donation litigieuse constituait en réalité un avantage occulte au sens de l'article 111, c : la Cour de cassation ne pouvait donc pas répondre à cette question. On peut donc se demander, si la question lui était valablement soumise, quel serait le choix fait par la Haute juridiction entre taxation de l'avantage accordé à l'impôt sur le revenu ou aux droits de donation. Serait-il également possible de cumuler les droits de mutation à titre gratuit et l'imposition du revenu présumé distribué, au regard notamment du principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques ?⁷¹

On peut également s'interroger sur l'intérêt de la solution retenue par l'arrêt si la société donatrice n'est pas soumise à l'impôt sur les sociétés. Dans cette hypothèse, les articles 109 à 111 du CGI ne trouvent pas application. L'appauvrissement

70 M. Cozian, F. Deboissy, M. Chadefaux, Précis de fiscalité des entreprises : LexisNexis 42^e éd. 2018-2019, p. 470, n° 1246 et s.

71 N. Vergnet et P.-P. Coiffard, note ss Cass. com., 7 mai 2019, n° 17-15.621, Sté Harmonie : Dr. fisc. 2019, comm. 310, n° 31.

de la société doit-il être taxé comme une libéralité entre les mains de l'associé bénéficiaire ou comme un revenu supplémentaire à ajouter à sa quote-part taxable ?

On peut s'interroger enfin sur l'éventuelle existence d'un abus de droit rampant dans l'affaire en cause⁷² : la procédure à mettre en œuvre par l'administration pour sanctionner la donation déguisée relève normalement de l'abus de droit et le contribuable doit pouvoir bénéficier des garanties prévues par la loi fiscale à peine de nullité du redressement⁷³. Mais cette question n'avait pas non plus été posée...

L. CHATAIN ■

Cession de l'entreprise

44. Apport de titres rémunéré en partie par des obligations convertibles en actions - Sursis d'imposition (CGI, art. 150-0 B) - Nature de la soulte - La CAA de Bordeaux juge qu'un échange de titres rémunéré, notamment, par des obligations convertibles en actions représentant plus de 10% de la valeur nominale des titres reçus n'écarte pas l'application du régime du sursis d'imposition (CGI, art. 150-0 B) au motif que l'attribution d'obligations convertibles ne constitue pas une soulte. La plus-value de cession ultérieure des titres reçus doit donc être calculée à partir du prix d'acquisition des titres échangés et non de la valeur des titres reçus lors de l'échange.

CAA Bordeaux, 7^e ch., 17 oct. 2019, n° 17BX00156, Delgado, concl. N. Normand (V. annexe 6)

45. Les soultes attribuées en rémunération d'apports continuent d'alimenter le contentieux fiscal, comme en témoigne le nombre croissant d'affaires impliquant de telles opérations soumises à l'avis du Comité de l'abus de droit fiscal (CADF), lequel persiste à rechercher l'intention du législateur afin d'interpréter des dispositions pourtant claires (V. § 77).

Dans cette affaire portée devant la Cour administrative d'appel de Bordeaux, l'enjeu ne portait pas tant sur la justification de la soulte mais sur la qualification en tant que telle d'une attribution d'obligations convertibles en actions (OCA).

46. En l'espèce, deux contribuables avaient acquis en 2002 les titres d'une société exerçant une activité d'acquisition et

72 CE, plén., 21 juill. 1989, n° 59970 : Dr. fisc. 1990, comm. 28, concl. Liébert-Champagne ; RJF 8-9/89, n° 998, chron. J. Turot, p. 458, Réalisme fiscal, abus de droit et opposabilité à l'administration des actes juridiques, ou l'abus de droit rampant.

73 Sur la difficulté à appliquer la théorie de l'abus de droit rampant compte tenu de la dernière jurisprudence fiscale, v. D. Gutmann, Droit fiscal des affaires : Domat 10^e éd. 2019-2020, p. 786, n° 1014.

de location de biens immobiliers. En 2004, ils avaient apporté ces mêmes titres à une autre société soumise à l'impôt sur les sociétés. Cet échange de titres a été rémunéré en partie par des actions ordinaires et pour l'autre par des OCA. Au cours de l'année 2006, après avoir converti une fraction de leurs obligations en actions, les deux apporteurs ont cédé les titres de la société bénéficiaire en retenant comme prix d'acquisition la valeur nominale des titres reçus en 2004.

À l'issue d'une vérification de comptabilité de la société, l'administration fiscale a estimé que l'opération d'apport de titres réalisée en 2004 relevait de plein droit du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du CGI. En conséquence, elle a estimé que la plus-value de cession des titres reçus en contrepartie de l'apport devait être déterminée eu égard au prix de revient historique des titres échangés (*i.e.* le prix d'acquisition payé en 2002).

47. D'emblée, rappelons qu'en matière de sursis d'imposition, l'apport constitue une opération intercalaire qui ne cristallise aucune plus-value d'échange. Ce régime n'a toutefois pas pour effet d'exonérer définitivement la plus-value d'échange. L'article 150-0 D du CGI prévoit en effet que la plus-value de cession des titres de la société bénéficiaire doit être calculée à partir du prix ou de la valeur d'acquisition des titres échangés.

En l'espèce, les contribuables soutenaient que la rémunération partielle de l'apport au moyen d'OCA constituait une soulte représentant plus de 10% de la valeur nominale des actions ordinaires reçues par ailleurs. Ils se fondaient sur les dispositions de l'article 150-0 B du CGI qui limitent l'application du sursis d'imposition aux opérations d'échange impliquant une soulte inférieure à 10 % de la valeur nominale des titres reçus. Ainsi, la plus-value d'échange réalisée en 2004 ne pouvait, selon les appelants, bénéficier du sursis d'imposition de telle sorte que la plus-value de cession réalisée en 2006 aurait dû être calculée à partir de la valeur des titres reçus lors de l'échange.

48. Afin de valider l'application du régime du sursis d'imposition au cas particulier, les juges d'appel ont refusé d'admettre l'existence d'une soulte et ont été amenés, à cette occasion, à préciser les contours de sa définition au plan fiscal.

♦ La remise d'obligations ne constitue pas une soulte et ouvre droit au sursis d'imposition

49. La solution retenue par les juges bordelais procède d'un double constat. D'une part, les textes régissant ce type d'opérations sont muets quant aux modalités de rémunération des apports et aux instruments éligibles au régime du sursis d'imposition dont bénéficie l'apporteur. D'autre part, il semblerait que l'absence de perception de liquidités par l'apporteur écarte nécessairement la caractérisation d'une soulte.

50. Face au silence gardé des articles 150-0 B et 150-0 D du CGI quant aux modalités de rémunération des apports éligibles au sursis d'imposition, l'administration fiscale avait dès 2012 précisé dans sa doctrine que « les titres remis

en contrepartie de l'apport doivent, d'une part, être des valeurs mobilières ou des droits sociaux représentatifs d'une quotité du capital de la société bénéficiaire de l'apport **ou constituer des valeurs mobilières donnant droit à l'attribution de titres représentant une quotité du capital de cette même société (article L228-91 du code de commerce - obligations convertibles, échangeables ou remboursables en actions) et, d'autre part, être émis à l'occasion de l'opération d'apport**⁷⁴.

51. Dans l'affaire qui nous intéresse, la Cour administrative d'appel de Bordeaux est venue confirmer l'interprétation extensive de l'article 150-0 B du CGI opérée par la doctrine administrative précitée. Le juge admet ainsi que l'apport, générateur de la plus-value placée en sursis d'imposition, peut être rémunéré par des titres donnant droit à une fraction du capital - même de manière différée voire conditionnelle - au motif que les dispositions en cause ne font aucune distinction entre les actions et les OCA.

52. Le rapporteur public, qui conforte également la solution retenue par l'administration fiscale, se fonde néanmoins sur un tout autre raisonnement, axé sur la notion de soulte et non sur le mécanisme du sursis d'imposition en tant que tel. Nicolas Normand, dans ses conclusions (reproduites en annexe), conclut en effet, sans aucune ambiguïté, à l'application du sursis d'imposition au cas d'espèce en raison de l'absence de perception de liquidités. Dit autrement : pas de liquidités, pas de soulte. Pour ce faire, le rapporteur public se fonde notamment sur une décision du 16 juin 2017⁷⁵ par laquelle le Conseil constitutionnel a justifié l'exclusion du bénéfice du sursis d'imposition des « opérations qui ne se limitent pas un à un échange de titres, **mais dégagent également une proportion significative de liquidités** ».

53. Cette analyse n'est pas sans rappeler celle développée par le rapporteur public Cyril Noël dans ses conclusions rendues dans le cadre des décisions du Tribunal administratif de Montreuil du 16 juillet 2019⁷⁶. La notion de soulte versée dans le cadre d'un apport réalisé dans les conditions de l'article 150-0 B du CGI n'a jamais été définie, y compris au sein des travaux parlementaires. Le rapporteur public, dans sa tentative d'exégèse, rappelle que sur le plan civil et commercial une soulte s'apparente à une somme d'argent versée en numéraire. Il relève également que la directive fusions fait référence, en matière d'échanges de titres, à « une soulte en espèces »⁷⁷. D'aucuns regretteront cette vision restrictive de la notion de soulte pourtant susceptible d'être justifiée par la réalisation d'une opération de restructuration.

74 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-20, 4 mars 2016, § 70.

75 CC, 16 juin 2017, n° 2017-638 QPC, 3^e alinéa de l'article 150-0 B du CGI - Sursis d'imposition en cas d'échanges de titres avec soulte.

76 TA Montreuil, 16 juill. 2019, n° 1706787, 1811897, 1812220 et 1811931, Sté Famille Roullier Avenir Développement, concl. C. Noël : IP 3-2019, n° 6, § 34, comm. O. Janoray et A. Grajales.

77 Dir. 90/434/CEE, 23 juill. 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions et apports d'actifs et d'échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents.

◆ Élargissement du champ d'application des dispositifs de différé d'imposition et limitation de la notion de soulte

54. Compte tenu du raisonnement adopté par la Cour administrative d'appel de Bordeaux, sa solution devrait, à notre sens, être **transposable aux opérations d'apport de titres entrant dans le champ d'application de l'article 150-0 B ter du CGI**. Dans la mesure où ce dernier n'apporte lui aussi aucune précision quant aux modes de rémunération éligibles en cas d'apport dont la plus-value est placée en report d'imposition, l'administration fiscale admet également l'application de ce mécanisme aux opérations impliquant la remise de valeurs mobilières ou de droits sociaux représentatifs d'une quotité du capital de la société bénéficiaire mais également des valeurs donnant droit à l'attribution de ces mêmes titres⁷⁸.

55. Si le régime du report d'imposition pourrait ainsi trouver à s'appliquer en présence d'un apport de titres rémunéré par des OCA, toute autre condition étant par ailleurs remplie, se pose toutefois la **question du quantum puisqu'un apport doit nécessairement conférer à l'apporteur le contrôle de la société bénéficiaire**. S'agissant du sursis d'imposition, la doctrine administrative laisse à penser qu'un apport puisse être rémunéré en totalité par des OCA, ce qui ne va pas nécessairement de soi techniquement puisque l'opération devra constituer une « opération[s] d'échange ou d'apport de titres » au sens de l'article 150-0 B du CGI. En pratique, une telle hypothèse devrait toutefois être rarement envisagée dans la mesure où les OCA ne confèrent pas à leur titulaire la qualité d'associé.

56. Que l'on défende le courant restrictif ou celui plus ouvert portant sur la justification de la soulte, **le regret peut être formulé que le juge ait subordonné sa caractérisation à un versement de liquidités**. Or la position historique du CADF, rappelée lors de sa dernière séance de juin 2019⁷⁹ et reprise par le Tribunal administratif de Montreuil, consiste à considérer la soulte comme un moyen pour « rendre acceptable l'adhésion des apporteurs à une opération de restructuration d'entreprises »⁸⁰. Il est ainsi étonnant que l'administration fiscale, suivie jusqu'ici par le juge, entende restreindre les modalités selon lesquelles une soulte peut être versée. La trésorerie constituant le nerf de la guerre d'une grande partie des sociétés opérationnelles - de surcroît en période de restructuration -, la possibilité de rémunérer les apporteurs au moyen d'autres instruments aurait encouragé encore un peu plus les restructurations d'entreprises comme le souhaitait le législateur.

57. Plus important encore, les juges d'appel ont ainsi validé une **interprétation extensive du champ d'application des différés d'imposition** des plus-values d'apport. Si cette position peut paraître favorable au contribuable de prime abord,

78 BOI-RPPM6PVBMI-30-10-60, 4 mars 2016, § 20.

79 CADF, avis n° 2019-05, n° 2019-07, n° 2019-09, n° 2019-10, n° 2019-13, n° 2019-14, n° 2019-16, n° 2019-17 (V. § 77).

80 C. Noël, concl. préc.

elle rend toutefois les dispositifs de report et de sursis d'imposition entre plus contraignants. Rappelons ici que ces deux régimes ont initialement été mis en place afin de faciliter les restructurations d'entreprises en décalant l'exigibilité de l'impôt à la survenance d'un événement générateur, si l'on schématise, de liquidités. On aurait pu penser que l'application de ces régimes incitatifs, soumis à certaines conditions, aurait pu s'entendre de manière positive pour les contribuables, c'est-à-dire lorsqu'elle répond à leurs objectifs. Or les régimes de sursis et de report d'imposition actuellement en vigueur sont d'application automatique tandis que le régime de faveur des fusions, prévu à l'article 210 A du CGI, est quant à lui optionnel.

O. JANORAY et A. GRAJALES ■

58. Apport de titres à une société - Report d'imposition - Société contrôlée par l'apporteur (CGI, art. 150-0 B ter) - La CJUE confirme le principe selon lequel la plus-value déterminée lors d'un apport de titres en société doit être imposée de la même manière que la plus-value de cession des titres reçus en contrepartie de cet apport. Au-delà des conséquences qu'empporte cette solution sur le régime des abattements pour durée de détention, cet arrêt pourrait contraindre le législateur français à réformer l'ensemble du régime du report d'imposition tel que prévu par l'article 150-0 B ter du CGI.

CJUE, 8^e ch., 18 sept. 2019, C-662/18 et C-672/18, AQ et DN (V. annexe 7)

59. « *Je plie, et ne romps pas* ». Tel le roseau de la fable⁸¹, le régime français du report d'imposition applicable aux apports de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés (IS) a toujours résisté aux critiques répétées de praticiens et de certains auteurs depuis son instauration par la loi de finances rectificative pour 1988. Par un arrêt du 18 septembre 2019, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est venue ébranler cet état de fait.

60. Depuis près de 30 ans, le régime fiscal applicable à la plus-value constatée lors d'un apport de titres à une société contrôlée par l'apporteur n'a cessé d'osciller entre le mécanisme du report d'imposition⁸² et celui du sursis d'imposition⁸³. La principale différence entre ces deux dispositifs réside dans la constatation d'une plus-value d'apport :

- dans le cadre du régime du sursis d'imposition⁸⁴, aucune plus-value n'est cristallisée lors de l'apport de titres qui

constitue, par conséquent, un événement purement intercalaire⁸⁵. Seule la plus-value de cession ultérieure des titres reçus en contrepartie de l'apport est constatée et imposée ;

- dans le cadre du régime du report d'imposition⁸⁶, une plus-value d'apport est calculée mais son imposition est reportée à la survenance de certains événements futurs, notamment la cession des titres reçus en contrepartie de l'apport. À l'occasion de cet événement, une seconde plus-value⁸⁷ peut être constatée et imposée selon les modalités en vigueur au jour de la cession.

En droit interne français, le mécanisme du report d'imposition s'applique à deux catégories d'apport :

- les apports de titres à des sociétés soumises à l'IS réalisés entre 1979 et 2000, et
- les apports de titres à des sociétés soumises à l'IS contrôlés par l'apporteur réalisés depuis le 14 novembre 2012.

61. Pourtant avantageux en théorie puisqu'il permet⁸⁸, comme le sursis d'imposition, de différer le paiement de l'impôt, le report d'imposition a toujours fait l'objet de nombreuses critiques, non pas sur son principe mais sur l'application qui en est faite par l'administration fiscale.

En effet, cette dernière considère depuis la création de ce régime que la cristallisation d'une plus-value lors de l'apport des titres influe non pas sur le fait générateur de l'imposition mais sur les modalités d'imposition applicables à cette plus-value lors de la cession ultérieure des titres reçus en échange⁸⁹. Ainsi, selon l'administration fiscale, la plus-value d'apport doit être calculée selon les modalités d'assiette et de taux en vigueur au jour de l'apport mais son imposition est reportée, notamment, à la cession ultérieure des titres reçus en contrepartie de l'apport. Partant, et bien que cela ne figure pas explicitement à notre connaissance au BOFiP, toute réforme des modalités d'imposition des plus-values entre l'apport et la cession ultérieure des titres reçus en contrepartie doit être sans incidence sur le régime fiscal applicable à la plus-value d'apport.

62. L'instauration d'un régime d'abattements pour durée de détention bénéficiant aux plus-values constatées à compter du 1^{er} janvier 2013 constitua la première application de ce raisonnement. Certains contribuables ayant réalisé leur apport avant l'instauration de ce régime favorable ont souhaité en bénéficier lors de la cession, postérieurement au 1^{er} janvier 2013, des titres reçus en contrepartie de leur apport.

En ligne avec sa doctrine⁹⁰, l'administration fiscale a contesté l'application des abattements pour durée de

81 J. de La Fontaine, Le chêne et le roseau : Fables, Livre I, 22.

82 L. n° 87-1060, 30 déc. 1987 de finances pour 1988, art. 36, instituant un régime de report d'imposition sur option. – L. n° 2012-1510, 29 déc. 2012 de finances rectificative pour 2012, art. 18, instituant un régime de report d'imposition de plein droit en cas d'apport de titres à une société soumise à l'IS.

83 L. n° 99-1172, 30 déc. 1999 de finances pour 2000, art. 94.

84 Actuellement codifié à l'article 150-0 B du CGI.

85 L'administration fiscale le rappelle elle-même dans ses commentaires afférents à ce dispositif (BOI-RPPM-PVBMI-30-10-20, 20 déc. 2019, § 380).

86 Actuellement codifié à l'article 150-0 B ter du CGI.

87 Correspondant à l'éventuelle plus-value réalisée lors de la cession des titres de la société bénéficiaire de l'apport.

88 Ou plutôt « impose » dès lors que l'application de ce régime est obligatoire – et non à la main de l'apporteur – lorsque les conditions de l'article 150-0 B ter sont réunies.

89 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10, § 370.

90 BOI-RPPM-PVBMI-20-20-10, § 130, dans sa version antérieure au 20 décembre 2019, puis § 150 ensuite.

détention à ces plus-values d'apport au motif qu'elles avaient été cristallisées lors de l'échange de titres et qu'elles devaient, par conséquent, être soumises aux modalités d'assiette en vigueur au jour de cette opération.

Considérant cette position comme constitutive d'une rupture d'égalité devant les charges publiques et devant la loi⁹¹, des contribuables décidèrent de porter ce contentieux devant le juge constitutionnel par voie de QPC. Toutefois, leur argumentaire ne trouva pas les faveurs du Conseil constitutionnel⁹² qui valida, à cette occasion, le principe de cristallisation d'une plus-value d'apport et de ses modalités d'imposition au jour de l'apport⁹³. L'argument fondé sur l'existence d'une atteinte au principe d'espérance légitime protégé par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à l'occasion d'un contentieux parallèle ne rencontra pas davantage de succès⁹⁴. La position des juridictions françaises et de l'administration fiscale fut même par la suite confirmée à deux reprises par le législateur⁹⁵.

63. La validité du régime du report d'imposition semblait ainsi pleinement entérinée, au niveau français tout du moins. Cela n'a pas empêché deux contribuables d'introduire un nouveau contentieux en invoquant cette fois la contrariété du régime du report d'imposition à la directive fusions du 19 octobre 2009⁹⁶ et plus précisément de son article 8, selon le raisonnement suivant :

- l'article 8, § 1 de la directive fusions interdit aux États membres de considérer que l'apport de titres puisse constituer un fait générateur d'imposition. Son article 8, § 6 précise que cet impératif de neutralité fiscale des opérations d'apport de titres ne leur retire pas pour autant le droit d'imposer la plus-value d'apport lors d'un événement ultérieur déterminé, sous réserve toutefois que cette imposition soit identique à celle qui s'opérerait en l'absence d'échange de titres ;

- partant, refuser l'application des abattements pour durée de détention aux plus-values placées en report d'imposition avant l'instauration de ce régime serait contraire à l'impératif de neutralité fiscale des opérations d'apport de titres dès lors qu'à défaut d'apport, la cession de ces titres « originels » aurait bénéficié de ces modalités favorables de détermination de l'assiette imposable (*i.e.* de l'application des abattements pour durée de détention).

Afin de trancher cette question, le Conseil d'État a saisi

la CJUE d'une question préjudicielle le 12 novembre 2018⁹⁷, soufflant, sans pléonasmе, un léger zéphyr⁹⁸ sur la sphère fiscale française.

64. Par son arrêt du 18 septembre 2019, la CJUE reconnaît que l'application de modalités d'imposition différentes à la plus-value d'apport et à la plus-value de cession des titres reçus en échange est contraire à l'impératif de neutralité imposé par l'article 8 de la directive fusions. Au-delà de son application au régime spécifique des abattements pour durée de détention, cette solution permet de s'interroger sur la viabilité du régime français du report d'imposition, du moins dans sa mouture actuelle.

♦ La primauté du principe de neutralité fiscale des apports de titres : le rappel explicite opéré par la CJUE

65. La CJUE apporte une réponse des plus explicites à la question qui lui était posée : l'impératif de neutralité fiscale des opérations d'apport de titres prévu par la directive fusions implique que les règles d'assiette et de taux appliquées à la plus-value d'apport soient celles en vigueur au jour de l'expiration du report d'imposition constituant le fait générateur de cette plus-value. Partant, si un régime d'abattement pour durée de détention existe au jour de l'expiration du report d'imposition, cette plus-value pourra en bénéficier au même titre qu'une plus-value de droit commun.

Consciente des enjeux attachés à cette question et sûrement des conséquences que sa réponse pourrait avoir, la CJUE s'est voulue pédagogique dans les motifs de sa décision :

- l'article 8, § 1 de la directive fusions précitée prévoit que l'opération d'apport de titres ne peut, « par elle-même », constituer un fait générateur d'imposition (pt 38) ;

- l'article 8, § 6 de cette même directive prévoit néanmoins que les États conservent leur droit d'imposer cette plus-value d'apport lors de la cession ultérieure des titres reçus en contrepartie de l'apport, à condition toutefois que cette plus-value soit imposée de la même manière qu'en l'absence d'échange de titres, *i.e.* de la même manière qu'une plus-value de droit commun (pt 39) ;

- par conséquent, le décalage du fait générateur d'imposition de la plus-value d'apport à la cession ultérieure des titres reçus en contrepartie de l'apport implique que « nécessairement » que l'imposition de cette plus-value suive les règles d'assiette et le taux en vigueur au jour de l'évènement qui met fin au différé d'imposition puisqu'à défaut la plus-value d'apport pourrait ne pas être traitée « de la même manière » que la plus-value de cession (pt 43). Au cas particulier, le fait que la plus-value d'apport ne bénéficie pas des abattements pour durée de détention (selon l'administration fiscale française) est donc contraire à l'impératif de neutralité imposé par l'article 8 de la directive précitée.

91 Articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.

92 CC, 22 avr. 2016, n° 2016-538 QPC.

93 Une exception était prévue par le Conseil constitutionnel s'agissant du taux d'imposition applicable aux opérations d'apport réalisées avant le 1^{er} janvier 2000 qui correspondait à celui en vigueur au jour de l'expiration du report et non au jour de l'apport.

94 CE, 19 juill. 2016, n° 394596.

95 L. n° 2016-1918, 29 déc. 2016 de finances rectificative pour 2016, art. 34, prévoyant une légalisation des principes posés par la décision du Conseil constitutionnel du 19 juillet 2016. – L. n° 2017-1837, 30 déc. 2017 de finances pour 2018, art. 28, confirmant cette position.

96 Dir. 2009/133/CE, 29 oct. 2009.

97 CE, 12 oct. 2018, n° 423118, Simoncini et n° 423044, Galbert Defforey : FI 1-2019, n° 8, § 1.

98 Vent d'ouest, doux et léger.

66. Les conséquences directes de cet arrêt nous paraissent limpides : les **commentaires du BOFiP concernant les abattements pour durée de détention visés⁹⁹ devraient être annulés** par le juge administratif français. De ce fait, les contribuables ayant procédé à des apports de titres avant le 1^{er} janvier 2013 dont le report aura expiré après cette date devraient pouvoir bénéficier de plein droit, ou sur option¹⁰⁰, des abattements pour durée de détention.

Notons à cet endroit que l'administration fiscale, dans sa dernière mise à jour du BOFiP du 20 décembre 2019, a réitéré sa position historique. Une manière de tenir bon face aux vents contraires du droit de l'Union européenne. « *Mais attendons la fin. [...] Du bout de l'horizon accourt avec furie le plus terrible des enfants que le Nord eût portés jusque-là dans ses flancs* »...

◆ Le régime français du report d'imposition : chène ou roseau ?

67. La portée indirecte de cet arrêt sur le régime français du report d'imposition semble toutefois plus difficile à prédire à long terme. Si d'aucuns pourraient y voir un coup fatal porté au régime français du report d'imposition, une telle conclusion nous semble quelque peu hâtive au regard des voies qui s'offrent au législateur français.

68. Considérer l'arrêt du 18 septembre 2019 comme contraignant le législateur français à supprimer purement et simplement le régime du report d'imposition tel que prévu par l'article 150-0 B ter du CGI est tentant.

En effet, imposer aux États membres l'application d'un traitement fiscal strictement identique à la plus-value d'apport et à la plus-value de cession semble revenir, *in fine*, à les contraindre de considérer qu'il n'existe plus qu'une seule et même plus-value, déterminée et calculée lors de la cession des titres reçus en contrepartie de l'apport.

Le cas échéant, quel serait alors l'intérêt de cristalliser une plus-value d'apport puisque cette dernière devrait être calculée et imposée lors de la survenance d'un événement ultérieur ? N'en voyant aucun, une partie de la doctrine¹⁰¹ prône l'abrogation du mécanisme du report d'imposition en raison de son obsolescence et argumente en faveur de son remplacement par le régime du sursis d'imposition qui s'appliquerait ainsi à toutes les hypothèses d'apport de titres à une société soumise à l'IS.

69. Si séduisante soit-elle, cette solution ne devrait toutefois pas être celle retenue par le législateur, pour les raisons suivantes.

L'arrêt de la CJUE ne contraint pas le législateur à abroger le mécanisme de report d'imposition dans son ensemble. En effet, comme la Cour le rappelle elle-même (pts 41 et 42), bien que les États membres sont tenus au respect

de l'impératif de neutralité fiscale des opérations d'apport de titres, ils disposent d'une marge de manœuvre dans la technique de différé d'imposition qu'ils entendent mettre en place dans leur droit interne. À ce titre, dans ses arrêts *Jacob* et *Lassus* du 22 mars 2018¹⁰², la CJUE avait d'ailleurs indiqué que le principe même de cristallisation d'une plus-value au moment de l'apport n'était pas, en soi, contraire à l'impératif de neutralité fiscale imposé par la directive fusions.

Ainsi, conserver un système de cristallisation d'une plus-value lors d'un apport de titres tout en prévoyant uniquement que les modalités d'imposition de cette dernière seront alignées sur celles de la plus-value de cession devrait être en ligne avec la jurisprudence de la CJUE. Une telle réforme *a minima* aurait pour avantage de permettre à la France de conserver son droit d'imposer la plus-value d'apport postérieurement au transfert de domicile fiscal de l'apporteur¹⁰³. C'est d'ailleurs précisément cette justification qui avait été avancée par l'État français, et validée par la CJUE, dans les deux arrêts du 22 mars 2018 précités.

Pour ces raisons, il y a fort à parier que le législateur français souhaitera conserver le principe de cristallisation d'une plus-value d'apport. Du moins semble-t-il avoir toute la latitude de le faire.

70. Il sera intéressant d'observer les enseignements que le législateur tirera de cet arrêt une fois que sera prononcée l'annulation des commentaires de l'administration au BOFiP. Il n'est toutefois pas certain qu'il entende modifier, de son plein gré, le régime du report d'imposition dans sa mouture actuelle. D'ailleurs, à notre connaissance, aucun élément en ce sens ne ressort des travaux parlementaires de la loi de finances pour 2020. En attendant l'aquilon¹⁰⁴ que pourrait provoquer le Conseil constitutionnel à la suite de sa saisine par le Conseil d'État le 19 décembre 2019¹⁰⁵, le régime du report d'imposition semble bénéficier, tel le roseau, d'un sursis.

O. JANORAY et A. GRAJALES ■

71. Apport de titres à une société contrôlée par l'apporteur - Report d'imposition (CGI, art. 150-0 B ter) - Obligations déclaratives - Un décret procède aux mesures de coordination et aux modifications des obligations déclaratives afférentes au régime du report d'imposition de l'article 150-0 B ter du CGI rendues nécessaires par les différentes évolutions législatives. Ce décret adapte, notamment, les

102 CJUE, 22 mars 2018, C-327/16, *Jacob* et C-421/16, *Lassus*.

103 Rappelons toutefois que si les plus-values latentes peuvent bénéficier d'un dégrèvement en l'absence de cession dans un délai de 2 ou 5 ans à compter du départ hors de France, les plus-values placées en report d'imposition ne sont en revanche jamais dégrévées. Cette différence de traitement, discutable selon nous, fragilise un peu plus le régime du report d'imposition au regard du droit de l'Union européenne (V. en ce sens O. Janoray, A. Grajales, J. Demortière, *Départ à l'étranger et report d'imposition : le triangle des Bermudes* : RFP 2019, n° 5, § 31 et s.

104 Vent du nord, violent et froid.

105 CE, 19 déc. 2019, n° 423118.

99 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-20, § 380.

100 En cas de report expirant après le 1^{er} janvier 2018, date d'entrée en vigueur du prélèvement forfaitaire unique.

101 E. Ginter et E. Chartier, *Le régime du report d'imposition des plus-values sur titres censuré par la CJUE* : FR 42/19, n° 7.

informations qui devront être renseignées au sein du formulaire n° 2074-I de déclaration des plus-values en report d'imposition. D'autres évolutions apportées par ce décret méritent une attention plus particulière.

D. n° 2019-1142, 7 nov. 2019 : JO 8 nov. 2019 (V. annexe 8)

72. Désormais, un contribuable qui réalise une plus-value d'apport placée en report d'imposition, ou le donataire le cas échéant, ne devra fournir une **attestation de la société bénéficiaire** indiquant sa connaissance du report d'imposition grevant les titres apportés **que si l'administration fiscale en fait la demande**. La communication de cette attestation par l'apporteur à l'administration fiscale n'est donc plus systématique.

73. De plus, la société qui s'est engagée à réinvestir le produit de la cession des titres apportés dans les conditions de l'article 150-0 B ter du CGI, et qui satisfait à cet engagement, doit joindre à sa déclaration de résultat de **chaque exercice au cours duquel un réinvestissement est effectué** une attestation mentionnant les informations suivantes :

- le montant du produit de cession ou du complément de prix réinvesti ;
- la nature et la date du réinvestissement ; et
- le cas échéant, la dénomination, la catégorie et la forme ainsi que l'adresse du siège de la société, du fonds ou de l'organisme bénéficiaire du réinvestissement.

Le décret prévoit également que la société qui a satisfait à l'engagement de réinvestissement doit joindre à sa déclaration de résultat de **l'exercice au cours duquel le délai de conservation a expiré** une attestation de la société, du fonds ou de l'organisme bénéficiaire du réinvestissement certifiant que l'obligation de conservation a été satisfaite¹⁰⁶. Pour rappel, les actifs issus d'un réinvestissement doivent être conservés par la société cédante durant douze mois¹⁰⁷, sauf en cas de réinvestissement réalisé via une entité d'investissement qui doit être maintenu durant 5 ans¹⁰⁸.

74. Par ailleurs, depuis la loi de finances pour 2019¹⁰⁹, **lorsque le produit de cession des titres est réinvesti dans la souscription de parts ou actions de certains fonds, sociétés ou organismes d'investissement**, en application du d du 2° du I de l'article 150-0 B ter du CGI, la société qui s'est engagée à réinvestir doit informer le fonds, la société ou l'organisme émetteur des parts ou actions souscrites du fait que cette souscription est effectuée dans le cadre du report d'imposition.

En contrepartie, ces mêmes entités d'investissement doivent désormais fournir, dans le mois qui suit l'expiration

du délai de 5 ans précité, une attestation à la société en charge du réinvestissement. Cette attestation doit indiquer si, à l'expiration de ce délai, la condition tenant aux quotas d'investissement en titres éligibles est satisfaite¹¹⁰ et préciser les pourcentages de l'actif de cette entité d'investissement constitués par ces titres.

75. Enfin, lorsque la **société ne prend pas l'engagement de réinvestissement** ou lorsque le **réinvestissement effectué ne répond pas aux conditions** prévues, elle doit joindre à la déclaration de résultat de l'exercice de cession des titres apportés sans engagement de réinvestissement, ou de l'exercice au cours duquel l'une des conditions de réinvestissement n'est pas respectée, une attestation précisant que le produit de la cession des titres apportés n'est pas réinvesti selon les dispositions de l'article 150-0 B ter du CGI.

76. Ce décret est entré en vigueur le 9 novembre 2019.

O. JANORAY et A. GRAJALES ■

77. Échange de titres avec soulte - Abus de droit -

Le CADF se prononce à nouveau sur des opérations d'échange de titres avec soulte. Sans surprise, ces avis confirment la position de l'administration fiscale tout en rappelant, à l'instar des récentes décisions du Tribunal administratif de Montreuil, que l'attribution d'une soulte peut être justifiée économiquement dès lors qu'elle est nécessaire à la réalisation de l'opération.

CADF, avis n° 2019-10, n° 2019-13 et n° 2019-17, 7 juin 2019 (V. annexe 9)

78. Preuve de l'ampleur de la chasse aux soultes menée par l'administration fiscale, le CADF s'est prononcé en 2019 à une trentaine de reprises sur des affaires impliquant un échange de titres avec soulte, alors que seulement seize avis avaient été rendus en la matière entre 2016 et 2018. En dépit de cette accélération, les nouvelles affaires portées devant le CADF lors de sa séance du 7 juin 2019 ne l'ont pas amené à s'écarter de sa position historique.

◆ Les affaires soumises à l'appréciation du CADF

79. Sur les huit affaires¹¹¹ impliquant un apport de titres avec soulte soumises à l'appréciation du CADF avant la trêve estivale, trois d'entre-elles ont retenu notre attention. Elles présentent toutes les trois plusieurs points communs :

- les sociétés bénéficiaires des apports de titres ont été constituées par les contribuables peu de temps avant les opérations d'apport. À ce titre, s'ils ont majoritairement opté

¹⁰⁶ CGI, art. 150-0 B ter, I, 2°, d, al. 3.

¹⁰⁷ Il s'agit des réinvestissements réalisés dans les conditions du a, b ou c du 2° du I de l'article 150-0 B ter du CGI.

¹⁰⁸ Il s'agit des réinvestissements réalisés dans les conditions du d du 2° du I de l'article 150-0 B ter du CGI.

¹⁰⁹ Issu de L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018, de finances pour 2019, art. 115 : IP 1-2019, n° 6, § 34.

¹¹⁰ CGI, art. 150-0 B ter, I, 2°, d.

¹¹¹ CADF, avis n° 2019-05, n° 2019-07, n° 2019-09, n° 2019-10, n° 2019-13, n° 2019-14, n° 2019-16, n° 2019-17.

pour des sociétés par actions simplifiées françaises¹¹², le contribuable partie à l'affaire ayant donné lieu à l'avis n° 2019-17 a quant à lui fait le choix de constituer une société de droit luxembourgeois ;

- les apports, réalisés en 2013 et 2014, ont porté sur la totalité des titres détenus en pleine-propriété au sein du capital de sociétés opérationnelles. Cependant, le contribuable partie à l'affaire ayant donné lieu à l'avis n° 2019-13 a procédé à l'apport d'une partie des titres d'une société holding familiale contrôlant un groupe de sociétés opérationnelles détenues en pleine propriété et en nue-propriété ;

- en contrepartie de ces apports, les contribuables ont reçu des titres des sociétés bénéficiaires mais également des soultes, toutes inférieures à 10% de la valeur nominale des titres reçus en échange, inscrites sur leurs comptes courants d'associés ;

- les plus-values d'apport ont été automatiquement placées en report d'imposition par les contribuables sur le fondement de l'article 150-O-B ter du CGI.

La principale différence entre ces trois espèces réside dans le montant des soultes attribuées en rémunération des opérations d'apport. Si dans l'avis n° 2019-10, le montant de la soulte est très proche de 10% de la valeur nominale des titres reçus à l'échange, l'avis n° 2019-17 s'intéresse à une soulte de 7%. Notons que dans l'avis n° 2019-13, la société a versé au contribuable une soulte d'un montant correspondant à - seulement - 3% de la valeur nominale des titres reçus par ce dernier.

À l'issue des opérations de contrôle¹¹³, l'administration fiscale a rectifié les contribuables sur le fondement de l'abus de droit prévu à l'article L. 64 du livre des procédures fiscales (LPF) en appliquant des pénalités de 80%. À cette occasion, elle a estimé que les soultes reçues par les contribuables étaient dépourvues de justification économique et qu'elles dissimulaient en réalité la perception de liquidités en franchise d'impôt.

80. Par ailleurs, ces trois affaires illustrent à nouveau l'**ambivalence de la position de l'administration fiscale lorsqu'elle détermine la catégorie de revenus à laquelle se rattache une soulte**¹¹⁴. Durant la période sous examen, les soultes en cause dans les avis n° 2019-10 et 17 ont été assimilées à des revenus distribués et imposées à ce titre dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, tandis que la soulte analysée par le CADF dans son avis n° 2019-13 a été imposée dans la catégorie des plus-values mobilières.

81. En application de l'article L. 64 du LPF, les contribuables ont saisi le CADF afin qu'il se prononce sur l'existence ou non d'un abus de droit.

¹¹² CADF, avis n° 2019-10 et 2019-13.

¹¹³ Vérification de comptabilité de la société bénéficiaire de l'apport pour les avis n° 2019-10 et 2019-13 et contrôle sur pièces pour l'avis n° 2018-17.

¹¹⁴ IP 2-2019, n° 6, § 29, à propos de l'avis n° 2018-25. IP 3-2019, n° 6, § 45, à propos des jugements du TA de Lyon n° 1805813 et du TA de Montreuil n° 1811897.

◆ Le maintien de la position historique du CADF

82. Dans ces trois affaires, le CADF reprend *stricto sensu* son raisonnement classique en matière d'opérations d'échange avec soulte que nous avons déjà eu l'occasion de commenter dans ces colonnes¹¹⁵.

Il rappelle tout d'abord que les mécanismes de différé d'imposition, qu'il s'agisse du sursis ou du report d'imposition, ont été instaurés pour faciliter les opérations de restructuration d'entreprises. Les soultes versées à cette occasion doivent par conséquent s'inscrire dans cet objectif.

Or, selon le CADF, le but poursuivi par le législateur n'est pas respecté dès lors que l'octroi d'une soulte à un apporteur n'est pas justifié par la réalisation d'une opération de restructuration mais dissimule en réalité sa volonté de percevoir des liquidités en franchise d'impôt.

Dans ses avis, le CADF précise que la rémunération partielle d'un apport par le versement d'une soulte entraîne nécessairement un désinvestissement pour la société bénéficiaire de l'apport puisqu'elle renonce à une ressource dont elle aurait en principe pu disposer conformément à son intérêt social.

Il tempère toutefois en rappelant qu'il est toujours possible pour les contribuables d'apporter la preuve que l'octroi d'une soulte comporte un intérêt pour la société bénéficiaire. À ce titre, le CADF ajoute qu'une telle justification semble pouvoir être apportée lorsque la soulte est susceptible de constituer une condition à la réalisation de l'opération de restructuration. Cependant, dans chacune des espèces soumises à son appréciation, le CADF constate que cette preuve n'a pas été rapportée par les contribuables.

Ce faisant, le CADF estime que l'inscription d'une soulte au crédit d'un compte-courant d'associé caractérise, en elle-même, une appréhension de liquidités par l'apporteur, sans considération de l'appréhension effective de liquidités par l'apporteur au cours de la période vérifiée. Pour ces raisons, le CADF considère l'administration fiscale fondée à recourir à la procédure de l'abus de droit.

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, la position historique du CADF n'est pas exempte de toute critique¹¹⁶.

◆ Une appréciation toujours aussi stricte de la justification des soultes par le CADF

83. Comme rappelé précédemment, selon le CADF, la justification de l'intérêt économique pour la société bénéficiaire du versement d'une soulte peut être apportée uniquement lorsque ce versement **conditionne la réalisation de l'opération d'apport**. Cette justification ne pourrait donc être que **contemporaine à l'opération**. À cet égard, le CADF relève dans l'avis n° 2019-17 qu'est indifférent, pour son appréciation de l'utilité de la soulte, le fait que le contribuable ait procédé à un réinvestissement économique de sa soulte afin de partager le risque financier afférent à cet investissement entre lui-même et la société bénéficiaire.

¹¹⁵ IP 1-2019, n° 6, § 42, à propos des avis CADF n° 2018-10, 2018-11, 2018-15, 2018-21 et 2018-22. IP 2-2019, n° 6, § 29, à propos de l'avis CADF n° 2018-25.

¹¹⁶ *Ibidem*.

84. Force est de constater que **même lorsqu'un contribuable soutient que le versement de la soulte a été nécessaire à la réalisation de l'opération, le CADF procède à une interprétation particulièrement restrictive de sa justification.** L'avis n° 2019-10 en est une parfaite illustration. Dans cette affaire, le CADF considère que l'effet dilutif du versement de la soulte au profit de l'un des associés est trop marginal pour la justifier et conditionner la réalisation de l'opération. Cette justification, pourtant contemporaine à l'opération d'apport, ne semble donc pouvoir prospérer devant le CADF qu'à la condition que l'attribution de la soulte ait pour effet de modifier significativement la répartition du capital social de la société bénéficiaire entre les apporteurs¹¹⁷. Autrement dit, l'effet dilutif de la soulte ne pourrait être invoqué que dans l'hypothèse - pour le moins caricaturale - où l'apporteur de la majorité des titres d'une société opérationnelle ne détendrait, à l'issue de l'opération d'apport, qu'une participation minoritaire dans le capital de la société bénéficiaire.

85. Et pourtant, Cyril Noël, rapporteur public dans les quatre affaires jugées par le Tribunal administratif de Montreuil le 16 juillet 2019¹¹⁸, indiquait dans ses conclusions que seule la position du CADF, selon laquelle le versement d'une soulte doit être nécessaire à la réalisation de l'apport, lui semblait être équilibrée. Il relevait toutefois qu'il serait opportun « *d'adopter une rédaction permettant de restreindre cette condition aux irrégularités flagrantes* ». Partant, les juges du fond ont considéré dans ces affaires que le versement d'une soulte ne présentait pas un intérêt économique pour la société bénéficiaire de l'apport lorsqu'elle n'était **manifestement pas nécessaire** à la réalisation de l'opération. Tel serait notamment le cas, selon ces derniers, lorsque le bénéficiaire de la soulte est le principal instigateur de l'opération d'apport.

Cette relative souplesse du juge de première instance dans l'analyse de l'utilité de la soulte lui a permis d'apporter, pour la première fois, une application pratique à la thèse du CADF en jugeant que l'attribution d'une soulte, dans le cadre de la réorganisation d'un groupe familial, pouvait constituer une **mesure incitative à l'adhésion des apporteurs**. Comme précédemment évoqué dans ces colonnes, bien qu'encourageante pour les contribuables et les praticiens, cette solution dégagée par le TA de Montreuil ne nous semble cependant pas satisfaisante¹¹⁹. En effet, les juges du fond persistent, à l'instar du CADF, à rechercher l'intention du législateur afin d'interpréter des dispositions pourtant claires¹²⁰.

86. À l'aune de ces décisions, il est désormais possible de s'interroger sur le traitement que réservera le juge à la soulte en cause dans l'avis n° 2019-13. Dans cette affaire, préalablement à l'introduction en bourse d'un groupe contrôlé par une société

holding familiale, le contribuable avait apporté, à l'instar de son père et de son frère, une partie de ses titres détenus à la fois en pleine propriété et en nue-propriété à une société constituée *ab initio*, et dont il a été nommé dirigeant. En rémunération de cet apport, une soulte équivalente à 3% de la valeur nominale des titres reçus avait été versée par la société bénéficiaire. Quand bien même le contribuable soutenait qu'elle avait subordonné son acceptation à l'opération d'apport, le CADF a rejeté cet argument au motif qu'aucun élément probant n'avait été apporté.

Il convient de rappeler que, pour les redressements antérieurs au 1^{er} janvier 2019, la charge de la preuve devant le juge incombe au contribuable lorsque le CADF confirme la position de l'administration fiscale¹²¹. Il appartiendra donc au contribuable destinataire de l'avis n° 2019-13 d'apporter de nouveaux éléments de preuve permettant d'établir que le versement de la soulte conditionnait son acceptation à l'opération et donc qu'elle présentait un réel intérêt économique pour la société. Dans ce cadre, il pourrait notamment être démontré que la position de dirigeant du contribuable au sein de la société bénéficiaire résultait d'une simple décision d'opportunité des apporteurs et ne faisait pas de lui le principal instigateur de l'opération d'apport.

Compte tenu de la faible proportion de la soulte eu égard à la valeur nominale des titres reçus et étant donné le contexte de son versement, il est à espérer que le juge de première instance, s'il est saisi, adoptera *a minima* une position semblable à celle du TA de Montreuil en considérant cette soulte comme une mesure incitative à l'adhésion de l'apporteur.

O. JANORAY et A. GRAJALES ■

87. Cession de titres par un dirigeant partant à la retraite - Abattement sur la plus-value (CGI, art. 150-0 D ter) - Délai pour le départ à la retraite et la cessation de toute fonction - Le Conseil d'État juge que le bénéfice de l'abattement prévu à l'article 150-0 D ter du CGI est subordonné à la double condition que le cédant ait cessé toute fonction dans la société cédée et qu'il ait fait valoir ses droits à la retraite au cours d'une période de quatre années allant de deux ans avant la cession, à deux ans après la cession. Cet article n'impose pas que la cessation de fonctions intervienne avant la mise à la retraite ou inversement, que ces deux événements interviennent tous les deux soit avant, soit après la cession, ni enfin qu'ils se succèdent dans un délai plus rapproché que la période de quatre années précédemment indiquée.

CE, 10^e et 9^e ch., 16 oct. 2019, n° 417364, Ducloux, concl. A. Iljic (V. annexe 10)

117 Argument également avancé par le CADF dans l'avis n° 2019-13.

118 TA Montreuil, 16 juill. 2019, n° 1706787, n° 1812220, n° 1811897 et n° 1811931, préc.

119 IP 3-2019, n° 6, § 34, à propos des décisions du TA de Lyon n° 1805813 et du TA de Montreuil n° 1811897.

120 L'article 150-0 B ter du CGI applicable en l'espèce disposait que « *Les apports avec soulte demeurent soumis à l'article 150-0 A lorsque le montant de la soulte reçue excède 10 % de la valeur nominale des titres reçus* ».

121 À titre de rappel, l'article 202 de la loi de finances pour 2019 n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 a supprimé le troisième alinéa de l'article L.64 du LPF. Dès lors, pour les redressements notifiés à compter du 1^{er} janvier 2019, l'administration fiscale supporte, sauf exceptions, la charge de la preuve même en cas de confirmation par le CADF de sa position.

88. Dans un texte en apparence clair se cachent en réalité des difficultés d'interprétation insoupçonnées pour le décompte du délai de 2 ans posé par le texte... quel point de départ et quelle date d'arrivée ? L'une de conditions du régime de faveur de l'article 150-0 D ter (actuellement un abattement de 500 K€) est en effet ainsi exprimée par le législateur : « **Le cédant doit [...] c) Cesser toute fonction dans la société dont les titres ou droits sont cédés et faire valoir ses droits à la retraite dans les deux années suivant ou précédant la cession** ». L'application ne pose aucune difficulté lorsque ces deux événements interviennent soit tous deux avant la cession, soit tous deux après la cession. Dans ce cas, le point de départ du délai sera le premier en date de ces deux événements et le point d'arrivée sera la cession, ou inversement. Une difficulté d'interprétation survient cependant lorsque le dirigeant répartit de part et d'autre de la cession, les deux événements en choisissant par exemple de cesser toute fonction dans la société, puis de céder ses titres et enfin dans un dernier temps de faire valoir ses droits à la retraite. C'est dans un tel contexte que s'est présentée l'affaire qui a récemment été jugée par le Conseil d'État.

89. Les faits - Au cas d'espèce, un dirigeant avait fait valoir ses droits à la retraite le 1^{er} janvier 2009 puis a cédé ses titres le 8 décembre 2010 et enfin a pris des fonctions dans le cadre d'un cumul emploi-retraite à compter du 3 janvier 2011 et jusqu'à la fin de l'année 2012. Plus précisément, il avait conclu un contrat de travail avec la société cessionnaire par lequel il acceptait d'exercer des fonctions de directeur dans la société cédée, une convention de prêt de main d'œuvre entre les deux sociétés étant par ailleurs conclu.

La Cour administrative d'appel de Nantes, suivant le raisonnement de l'administration, avait considéré que le contribuable ne respectait pas l'une des conditions légales au motif qu'il n'avait pas cessé toute fonction au sein de la société cédée au terme du délai de 2 ans suivant son admission à la retraite

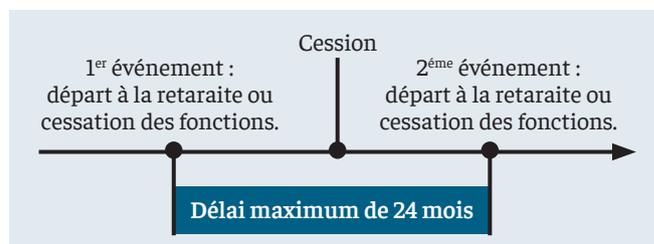
90. Rappel de la position administrative initiale - Exprimée au BOFiP depuis 2012 (tant pour le texte applicable aux faits de l'espèce, que pour le texte en vigueur jusqu'au 31 décembre 2017), l'administration considérait que le principe était que les deux événements devaient intervenir soit tous deux avant, soit tous deux après la cession, et ce n'était en définitive que par extension qu'elle admettait que la cession se trouve encadrée dans le temps par ces deux événements mais apportait dans ce cas une restriction temporelle¹²² :

« Conformément au c du 2^o du 3 du I de l'article 150-0 D ter du CGI, le cédant doit cesser toute fonction dans la société dont les titres ou droits sont cédés et faire valoir ses droits à la retraite :

- soit dans les deux années suivant la cession ;
- soit dans les deux années précédant la cession. Dans cette situation, les deux événements (cessation des fonctions et départ à la retraite) doivent, en principe, être intervenus à la date de la cession.

Pour l'application de ces dispositions, le délai de deux années s'entend des vingt-quatre mois consécutifs suivant ou précédant la date de la cession (délai apprécié de date à date). [...]

Il est admis que le départ à la retraite et la cessation des fonctions interviennent indifféremment, l'un avant la cession et l'autre après la cession, sous réserve toutefois qu'il ne s'écoule pas un délai supérieur à vingt-quatre mois (apprécié de date à date) entre les deux événements (cessation des fonctions et départ à la retraite, ou inversement).



C'est cette thèse que l'administration soutenait et qui avait été avalisée par les juges d'appel.

91. L'analyse du Conseil d'État : la cession est l'événement pivot autour duquel s'articulent deux délais de deux ans - La rapporteure publique, après avoir rappelé que les travaux parlementaires n'étaient certes pas d'une grande utilité, a considéré qu'une lecture très restrictive ne paraissait pas ici justifiée et que le délai de 2 ans devait s'appliquer de part et d'autre de la cession, y compris lorsque l'un seulement des deux événements intervient avant la cession. Le Conseil d'État retient cette lecture en jugeant que le bénéfice de l'abattement est subordonné « à la double condition que le cédant ait cessé toute fonction dans la société cédée et qu'il ait fait falloir ses droits à la retraite, au cours d'une période de quatre années allant de deux ans avant à deux ans après la cession ». Il ajoute que « ces dispositions n'imposent ni que la cessation de fonction intervienne avant la mise à la retraite ou inversement, ni que ces deux événements interviennent tous deux soit avant, soit après la cession, ni enfin qu'ils se succèdent dans un délai plus rapproché que la période de quatre années précédemment indiquée ». C'est ainsi clairement un délai de 4 ans qui doit se décompter dans le cas particulier où la cession intervient entre le départ à la retraite et la cessation de fonctions (ou inversement).

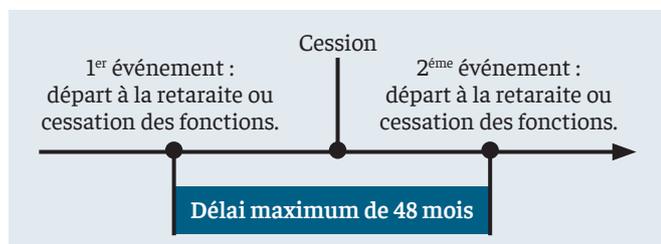
Au cas particulier de l'affaire soumise au Conseil d'État, renvoyée pour être jugée au fond devant la Cour administrative d'appel de Nantes, il n'est pas évident que le contribuable obtienne gain de cause malgré la lecture extensive du délai de 2 ans. Le rapporteur public relevait en effet dans ses conclusions que le contribuable semblait toujours exercer des fonctions de directeur plus de deux ans après la cession...

92. La mise à jour du BOFiP au 20 décembre 2019 - Tirant les conséquences de l'arrêt du Conseil d'État, l'administration a mis à jour son BOFiP commentant le régime en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2018, en indiquant expressément : « Cette décision, applicable à l'article 150-0 D ter du CGI dans sa rédaction en vigueur jusqu'au 31 décembre 2013 est transposable au régime actuel. Ainsi, le délai de deux années s'entend comme un délai pouvant aller de deux ans avant à deux ans après la cession. »¹²³ et

122 BOI-RPPM-PVBMI-20-30-30-40, 4 mai 2016, § 300.

123 BOI-RPPM-PVBMI-20-40-10-40, 20 déc. 2019, § 280.

précise encore de manière très explicite¹²⁴ : « Dans l'hypothèse où le départ à la retraite et la cessation des fonctions interviennent l'un avant la cession et l'autre après la cession, il ne doit pas s'écouler un délai supérieur à quarante-huit mois (apprécié de date à date) entre les deux événements (cessation des fonctions et départ à la retraite, ou inversement).



Précisons qu'il résulte de la décision du Conseil d'État et de l'articulation des deux paragraphes précités de la doctrine administrative que le délai de 4 ans est un maximum qui ne peut pas conduire à dépasser le délai de 2 ans avant et après la cession. Par exemple, si la cessation des fonctions intervenait un an avant la cession, le délai pour le départ à la retraite expirera 2 ans après la cession (et non pas 3).

93. Le cas des cessions d'entreprise individuelle ou de titres de sociétés relevant de l'article 8 (plus-values professionnelles) : le régime de l'article 151 septies A du CGI

- Le régime susvisé concerne certes les plus-values privées (cession de titres de sociétés relevant de l'IS) mais il trouve son pendant pour les plus-values professionnelles (cessions d'entreprise individuelle ou de titres de sociétés IR), dans un cadre similaire de départ à la retraite, codifié sous l'article 151 septies A du CGI. Il s'agit ici non pas d'un régime d'abattement mais d'exonération soumis à plusieurs conditions dont celle selon laquelle « Le cédant cesse toute fonction dans l'entreprise individuelle cédée ou dans la société ou le groupement dont les droits ou parts sont cédés et fait valoir ses droits à la retraite, dans les deux années suivant ou précédant la cession ».

En toute logique, la solution adoptée par le Conseil d'État pour l'article 150-0 D ter paraît transposable à l'article 151 septies A, compte tenu de la similitude de rédaction de la condition. Toutefois, à ce jour, l'administration n'a pas modifié le BOFiP sur ce dispositif propre aux plus-values professionnelles et conserve une interprétation similaire à son ancienne interprétation pour les plus-values privées¹²⁵. Pour une parfaite sécurité juridique, il paraît souhaitable que ce BOFiP fasse l'objet d'une mise à jour à l'instar de celle entreprise pour les plus-values privées.

C. DELEU ■

94. À NOTER

> **Échanges de titres - Soulte - Abus de droit** – Nous signalons que par trois jugements du 16 juillet 2019, le Tribunal administratif de Montreuil a infirmé la position de l'administration fiscale dans le cadre de l'opération de

restructuration d'un groupe familial ayant donné lieu à un premier jugement du même jour précédemment commenté dans ces colonnes¹²⁶. Dans ces trois affaires, les juges du fond reprennent *stricto sensu* le raisonnement adopté dans leur première décision rendue au profit des parents. En l'espèce, ils considèrent que l'attribution des soultes aux enfants était justifiée par la présence de contraintes statutaires portant sur la liquidité des titres reçus susceptibles de freiner l'adhésion des apporteurs. En conséquence, le TA de Montreuil a déchargé les trois apporteurs¹²⁷ de l'ensemble des droits et pénalités appliqués par l'administration fiscale.

TA Montreuil, 1^{re} ch., 16 juill. 2019, n° 1706787, n° 1811931 et n° 1812220.

O. JANORAY et A. GRAJALES ■

> Cession de parts de société de personnes - Redevable de l'impôt sur le revenu

- Le Conseil d'État apporte des précisions sur la détermination du redevable de l'IR dû à raison des bénéfices d'une société de personnes en cas de cession de parts intervenant en cours d'exercice.

CE, 3^e ch., 26 sept. 2019, n° 419825

Dans son arrêt *Vaillant*¹²⁸ rendu le 28 mars 2012, le Conseil d'État avait jugé que les redevables de l'impôt sur le revenu dû à raison des bénéfices d'une société de personnes sont les associés présents à la date de la clôture de l'exercice, nonobstant les stipulations d'un acte de cession de parts intervenu au cours dudit exercice.

L'arrêt du 26 septembre 2019 vient compléter cette solution en indiquant que « si les stipulations relatives à la répartition des résultats imposables ne peuvent pas être directement invoquées devant le juge de l'impôt, elles n'en traduisent pas moins l'intention des parties qu'elles permettent d'apprécier ». Le juge de l'impôt peut donc utilement s'appuyer sur les stipulations contractuelles pour apprécier l'intention des parties afin de déterminer les associés présents à la clôture de l'exercice.

Dans l'affaire en cause, deux clauses de l'acte de cession de parts d'une société de fait semblaient contradictoires. L'article 4 dudit acte stipulait que le transfert de propriété des droits sociaux interviendrait le 31 décembre 2010, chacun des acquéreurs étant subrogé à compter de cette date dans tous les droits et actions attachés à ces droits. L'article 8 intitulé « Modification de la répartition des droits sociaux » stipulait quant à lui qu'en conséquence de la cession, les droits sociaux seraient répartis selon la nouvelle quote-part du capital à compter du 1^{er} janvier 2011. Le Conseil d'État a considéré que l'administration ne pouvait valablement se fonder sur une partie seulement des stipulations de l'article 4 du contrat de cession pour en déduire que le transfert de propriété des droits sociaux était intervenu au 31 décembre 2010 sans prendre en compte les stipulations de l'article 8 qui faisaient clairement apparaître que la nouvelle répartition du capital n'entraînait en vigueur que le 1^{er} janvier 2011.

¹²⁶ Revue Ingénierie Patrimoniale, octobre 2019, à propos des décisions du TA de Lyon n° 1805813 et du TA de Montreuil n° 1811897.

¹²⁷ L'un des apporteurs étant domicilié fiscalement en Uruguay, la société bénéficiaire des apports avait été assujettie à des cotisations de retenues à la source au titre de la soulte versée.

¹²⁸ CE, 28 mars 2012, n° 320570, *Vaillant* : Dr. fisc. 2012, comm. 565, concl. J. Boucher, note J.-M. Vié.

¹²⁴ BOI-RPPM-PVBMI-20-40-10-40, 20 déc. 2019, § 300.

¹²⁵ BOI-BIC-PVMV-40-20-20-30, 12 sept. 2012, § 30.

Indiquons que la solution est différente pour les sociétés de personnes exerçant une activité professionnelle non commerciale ou agricole : il ressort en effet des articles 93 B et 73 D du CGI qu'en cas de transmission des droits d'un associé, l'impôt sur le revenu peut être immédiatement établi au nom de cet associé pour sa quote-part dans les résultats réalisés depuis la fin de la dernière période d'imposition jusqu'à la date de cet événement. Ainsi, sur demande conjointe de l'associé dont les titres sont transmis et du bénéficiaire de la transmission, ces sociétés peuvent arrêter un résultat intermédiaire en vue de déterminer la quote-part de résultat imposable au nom d'un associé sortant.

L. CHATAIN ■

> Cession de parts d'une SARL ayant opté pour l'IR - Exonération des plus-values professionnelles (CGI, art. 151 septies) - Appréciation du caractère professionnel de l'activité - Le TA de Toulouse juge que la condition tenant au caractère professionnel de l'activité, prévue par l'article 151 septies du CGI, s'apprécie uniquement au niveau de la société et non de ses membres.

TA Toulouse, 1^{re} ch., 19 mars 2019, n° 1705932 et 1706034, Taurines (V. annexe 11)

L'exonération de plus-value de cession de l'article 151 septies suppose que l'activité soit exercée « à titre professionnel » depuis le 1^{er} janvier 2006. Dans le cadre d'une société de personnes relevant de l'article 8, l'imposition se dégage au niveau de la société et la taxation s'effectue au niveau de ses membres. Aussi, la condition tenant au caractère professionnel de l'activité, condition posée pour les besoins d'un texte d'exonération, doit-elle s'apprécier au niveau de la société ou également au niveau de ses membres ? Telle est la question posée par l'affaire soumise aux juges de Toulouse. Dans le cadre d'une SARL relevant de l'IR après avoir exercé une option à cet effet, l'administration n'avait pas vérifié la société mais procédé uniquement à un contrôle sur pièces des associés pour rejeter l'exonération. Toutefois, le juge de l'impôt constate que le législateur n'a pas posé de condition spécifique aux associés et qu'il n'y avait dès lors pas lieu de rechercher si ceux-ci participaient de manière personnelle, directe et continue à l'activité de la société. On retrouve ici la traditionnelle distinction entre le contribuable et le redevable de l'imposition. Pour la condition tenant au niveau des recettes, autre condition posée par l'article 151 septies, le législateur prévoit d'ailleurs que la condition s'apprécie au niveau de la société : « Lorsque les plus-values sont réalisées par une société ou un groupement mentionnés au quatrième alinéa, le montant des recettes annuelles s'apprécie au niveau de la société ou du groupement. ». Avant que cette clarification n'intervienne en août 2003, le Conseil d'État avait d'ailleurs déjà jugé que l'appréciation devait s'effectuer au niveau de la société et non de ses associés¹²⁹. Enfin, les contribuables s'étaient également prévalus devant le Tribunal administratif de Toulouse de l'opposabilité de la doctrine administrative¹³⁰, argument reconnu fondé. En effet, cette doctrine indique que :

« Les sociétés ou groupements qui exercent une activité de nature industrielle, commerciale, artisanale, libérale ou agricole de manière continue sont réputés exercer une activité professionnelle.

Cela étant, les activités qui ne requièrent pas le déploiement de diligences

129 CE, 17 févr. 2005, n° 317410.

130 BOI-BIC-PVMV-40-10-10-10, 9 janv. 2013, § 230 à 250.

régulières ou continues ne sont pas éligibles à la présente exonération. Les entités qui se bornent à exercer leurs seules prérogatives d'associés ou de propriétaires d'une entreprise en participant aux conseils de direction ou aux assemblées générales, ou en exerçant un contrôle a posteriori de la gestion, ne peuvent pas être considérés comme participant directement à l'activité de l'entreprise au sens des dispositions de l'article 151 septies du CGI.

Il est précisé que les sociétés civiles de moyens qui fonctionnent conformément à leur objet, c'est-à-dire qui facilitent l'activité professionnelle de leurs membres, peuvent bénéficier des dispositions de l'article 151 septies du CGI. »

On remarquera toutefois utilement que cette doctrine ajoute par ailleurs que : « En revanche, ne sont pas considérés comme exerçant une activité à titre professionnel, les sociétés ou groupements qui confient en droit ou en fait la gestion de cette activité à un tiers par l'effet d'un mandat, d'un contrat de travail ou de toute autre convention.

Plus généralement, les sociétés ou les groupements investissant dans des sociétés ou entités dans le cadre de la gestion du patrimoine privé de leurs associés ou membres (sociétés civiles immobilières, sociétés civiles de portefeuille, etc.) ne sont pas réputés exercer une activité professionnelle ».

Aussi, le débat peut-il le cas échéant renaître par une appréciation *in concreto* de l'activité de la société elle-même et les conditions dans lesquelles elle exerce cette activité, point non discuté dans l'affaire de Toulouse.

Enfin, la notion d'activité exercée à titre professionnel de l'article 151 septies fait écho à celle prévue pour le principe de tunnelisation des déficits de l'article 156, I, 1^o bis du CGI. Toutefois, ce dispositif de tunnelisation s'applique non pas à la société de personnes mais à l'associé qui « utilise » ledit déficit dans son propre calcul d'imposition. Aussi la condition d'exercice de l'activité s'apprécie-t-elle ici au niveau de chaque associé. Le Conseil d'État s'est en outre récemment prononcé sur les domaines d'implication des associés dans la gestion de la société de personnes afin de rechercher si ces associés pouvaient ou non imputer leur quote-part de déficits de la société de personne sur leur propre revenu global¹³¹.

C. DELEU ■

Transmission de l'entreprise

95. À NOTER

> Droits de mutation à titre gratuit - Pacte Dutreil-transmission (CGI, art. 757 B) - Holding animatrice - La CA de Rennes réalise, par une analyse rigoureuse et détaillée des faits, une synthèse éclairante sur l'état de la jurisprudence en matière d'application à une société holding du dispositif Dutreil visé à l'article 787 B du CGI.

CA Rennes, 1^{re} ch., 8 oct. 2019, n° 17/08339 (V. annexe 12)

Les faits de l'affaire ont été relatés dans les termes suivants par la cour : « La société Y Entreprises a été constituée le 28 septembre 1985. Cette société est une holding dont l'objet principal est la souscription,

131 CE, 26 sept. 2018, n° 408096.

l'acquisition, la propriété et la gestion de participations majoritaires ou minoritaires dans toutes sociétés ou groupements quelconques et l'exercice de toute activité entrant dans le cadre de l'objet social des sociétés financières ou holdings.

Elle détenait en début d'année 2010 :

- des participations majoritaires dans les sociétés Brocéliande TP (96 % du capital), STPB (100 % du capital), ERTY (99,85 % du capital), STOP (64,29 % du capital), Pérotin Travaux Publics (96 % du capital), Y Béton (96 % du capital) et 2M Distribution (100 % du capital) constituant le groupe Y,

- des participations minoritaires dans les sociétés commerciales OTE (33 % du capital) et CBTP (15 % du capital),

- ces différentes sociétés ayant pour activité le terrassement et la construction de routes, la fabrication de béton, le commerce en gros de machines pour la construction, le traitement des sols et l'analyse,

- ainsi que des participations minoritaires dans quatre sociétés civiles immobilières : les sociétés La Rouerie, détenue à hauteur de 20 %, Kerper, détenue à hauteur de 20 %, C D, détenue à hauteur de 20 % et La Roussellais, détenue à hauteur de 35 %, les trois premières sociétés étant notamment propriétaires des immeubles d'exploitation loués à certaines des sociétés commerciales précitées.

Le capital de la société Y Entreprises était alors détenu par Monsieur Z Y et Madame E F, son épouse, à raison de 5870 parts sur les 6000 constituant le capital de la société, le surplus (130 parts / 6000) étant détenu par Monsieur X Y.

Madame E Y est décédée le [...], laissant pour recueillir sa succession : son conjoint survivant, Monsieur Z Y, usufruitier après exercice de l'option ouverte en exécution de la donation que lui avait consentie son épouse, et ses deux enfants, X et A Y, nu-propriétaires.

La déclaration de succession de E Y a été enregistrée, le 4 novembre 2011, au service des impôts des entreprises de Rennes Est. Dans cette déclaration, les conjoints Y ont revendiqué l'application des dispositions de l'article 787 B du code général des impôts (couramment désigné sous la dénomination de dispositif Dutreil) afin de bénéficier d'une exonération à hauteur de 75 % des droits de mutation sur la valeur des parts sociales de la société Y Entreprises transmises par décès (2935 parts), la valeur déclarée de ces parts s'élevant à la somme de 9513962 euros.

Corrélativement, les déclarants ont notamment certifié qu'à la date du décès, la société Y Entreprises était une holding animatrice gérée par Messieurs Z et X Y, réalisant des prestations de service de nature commerciale. Par ailleurs, X et A Y ont pris l'engagement (11 et 12 avril 2011) de conserver les parts recueillies pendant au moins quatre ans à compter de leur transmission, soit jusqu'au 15 octobre 2014.

Relevant que dès le 3 décembre 2010, la société Y Entreprises avait cédé ses participations au sein des sociétés Brocéliande TP, STPB, STOP, Pérotin Travaux Publics à la société ERTY puis, le 6, sa participation au sein de la société ERTY à la société JML Finances, moyennant le prix de 13 847 030 euros alors que les sociétés civiles immobilières La Rouerie, Kerper et C D ont cédé, le même jour, les immeubles d'exploitation à la société Lessard Immobilier moyennant le prix de 6 999 256 euros (dont 1 400 000 euros revenant à la société Y Entreprises compte tenu ses participations), que le 27 mars 2012, la société Y Entreprises avait cédé sa participation au sein de la société Y Béton et estimant que l'activité de la holding était devenue purement financière, la brigade de contrôle de la fiscalité immobilière de Rennes a remis en cause l'exonération partielle dont ont bénéficié les héritiers, position que l'administration a confirmé le 3 février 2014 en réponse aux observations du contribuable. »

La cour rappelle que « La finalité de ce dispositif [Dutreil] est de maintenir, notamment au moment du décès, l'activité économique en

assurant la continuité de l'entreprise familiale par la pérennité de son actionariat et de ses dirigeants »

Elle relève notamment « qu'en l'espèce, il n'est pas contesté par l'administration fiscale que la société Y Entreprises était, au jour du décès de Madame E Y, une holding animatrice d'un groupe cohérent de sociétés dont elle assurait le nécessaire pilotage exerçant, en l'occurrence, une activité économique dans le secteur des travaux publics, de la voirie et du bâtiment. Les héritiers de Madame Y pouvaient donc utilement revendiquer le bénéfice des dispositions de l'article 787 B du code général des impôts.

Il n'est pas davantage contesté que les déclarants ont conservé les titres de la holding pendant la période de leur engagement (quatre ans) et que, de même, les dirigeants (Z et X Y) sont demeurés à la tête de cette société pendant la durée requise (trois ans).

Cependant et s'agissant d'une société holding, le bénéfice de l'avantage fiscal accordé par l'article précité ne peut se concevoir, au regard de l'objectif fixé par le législateur, et sauf à vider la loi de sa substance, que si ladite société conserve pendant la durée exigée sa fonction d'animation d'un groupe formé de filiales lesquelles doivent, sauf circonstances indépendantes de leur volonté (procédure collective par exemple), conserver une activité économique. »

La cour précise également que « rien, en revanche, n'impose que le périmètre de ce groupe demeure immuable, certaines filiales pouvant, pendant cette période et notamment en raison des choix stratégiques opérés par les dirigeants ou des contraintes économiques affectant notamment le secteur d'activité, être cédées et d'autres acquises.

Un changement d'activité économique peut de même être envisagé sous réserve que la holding conserve à l'égard de ses (nouvelles) filiales son rôle d'animation. »

Au cas d'espèce, « il ressort [...] que dès le mois de décembre 2010 (soit moins de deux mois après le décès de Madame Y), la société Y Entreprises a cédé cinq des sept sociétés commerciales qui formaient son groupe de BTP (ses dirigeants s'interdisant pendant une durée de quatre ans d'exercer toute activité dans le domaine des travaux publics et privés, de l'extraction de minéraux et de la fabrication d'enrobés) puis, en mars 2012, une sixième société, ce moyennant un prix global d'environ 14 500 000 euros, de sorte que dix-huit mois après le décès de Madame E Y, la société holding ne détenait de participation majoritaire que dans une seule société commerciale, la société 2M Distribution, fortement déficitaire, et dans une société civile immobilière qu'elle contrôlait déjà au jour du décès, la société C Nantes, les autres participations, minoritaires, concernant essentiellement des sociétés civiles immobilières dont le caractère professionnel n'est nullement allégué après la cession des actifs immobiliers nécessaires à l'activité des sociétés cédées (6 sociétés sur 9).

L'administration a relevé que les six sociétés cédées représentaient, avant la cession, 83 % du chiffre d'affaires global du groupe, que l'effectif de celui-ci était passé de 130 à 20 salariés, qu'enfin, la proportion de l'actif éligible au dispositif Dutreil était passé de 92 % avant la cession à 34 % en 2011.»

Ainsi, **la cour et l'administration s'alignent sur les décisions rendues ces dernières années¹³² reconnaissant aux holdings mixtes la possibilité de bénéficier du dispositif Dutreil considérant que si 92% de l'actif éligible est suffisant, une proportion de 34% d'actifs éligibles ne l'est pas.**

La cour note également que « les fonds provenant des cessions n'avaient pas été réinvestis dans une activité économique. » et que par

132 CA Paris, 27 mars 2017, n° 15/09818 et n° 15/02544. - CA Rennes, 8 mars 2016, n°15/00775 et TGI de Paris, 26 févr. 2016, n° 14/15706.

conséquent, « *la nature de la société Y Entreprises qui [était] de holding animatrice est devenue essentiellement une holding financière gérant les produits des cessions intervenues. Ayant perdu sa fonction d'animatrice d'un groupe de filiales, elle ne satisfait plus aux conditions légales.* »

S'il est possible d'arbitrer au sein des différentes participations détenues par une holding animatrice, il importe cependant que le poids des filiales animées reste prépondérant pendant toute la durée des engagements de conservation souscrits.

L. BENOUDIZ ■

Annexes (disponibles sur le site internet de la Revue)

Annexe 1 : CE, 9^e et 10^e ch., 30 sept. 2019, n° 419855, Sté Hôtel Restaurant Luccotel et n° 419860, Sté VP Santé, concl. E. Bokdam-Tognetti

Annexe 2 : CE, 3^e et 8^e ch., 14 oct. 2019, n° 417095, Sté Techmeta Participations, concl. M.-G. Merloz

Annexe 3 : CAA Versailles, 3^e ch., 15 oct. 2019, n° 17VE02377, SARL IMANES, concl. C. Huon

Annexe 4 : CE, 8^e et 3^e ch., 22 nov. 2019, n° 432053, Min. c/ Sté l'Auxiliaire, concl. K. Ciavaldini

Annexe 5 : Cass. com., 7 mai 2019, n° 17-15.621, Sté Harmonie

Annexe 6 : CAA Bordeaux, 7^e ch., 17 oct. 2019, n° 17BX00156, Delgado, concl. N. Normand

Annexe 7 : CJUE, 8^e ch., 18 sept. 2019, C-662/18 et C-672/18, AQ et DN

Annexe 8 : D. n° 2019-1142, 7 nov. 2019 actualisant les obligations déclaratives afférentes au régime du report d'imposition prévu à l'article 150-0 B ter du code général des impôts : JO 8 nov. 2019, texte n° 13

Annexe 9 : CADF, avis n° 2019-10, n° 2019-13 et n° 2019-17, 7 juin 2019 (CADF/AC n° 6/2019)

Annexe 10 : CE, 10^e et 9^e ch., 16 oct. 2019, n° 417364, Ducloux, concl. A. Iljic

Annexe 11 : TA Toulouse, 1^{re} ch., 19 mars 2019, n° 1705932 et 1706034, Taurines

Annexe 12 : CA Rennes, 1^{re} ch., 8 oct. 2019, n° 17/08339