

# ENTREPRISE

## Chronique d'actualité



**Serge ANOUCHIAN,**  
Expert-comptable,  
Commissaire  
aux comptes, Emargence



**Carine DELEU,**  
Avocat associé,  
Alcade & Associés



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



**Alexis GRAJALES\*,**  
Avocat, cabinet Arsene



**Lise CHATAIN,**  
Maître de conférence  
(HDR) à la faculté de droit  
de Montpellier



**Olivier JANORAY\*,**  
Avocat, cabinet Arsene

### Questions générales

> **Sociétés de personnes** - Le Conseil d'État abandonne sa jurisprudence Lupa et juge que la mise en œuvre du mode de calcul issu de la jurisprudence Quemener pour déterminer le prix de revient des parts d'une société de personnes, à la suite de leur cession ou d'une dissolution sans liquidation de cette société, n'est pas subordonnée à une double imposition de l'associé (V. § 1).

### Patrimoine de l'entreprise

> **Usufruit viager** - Le Conseil d'État juge qu'il résulte des articles 595 et 617 du code civil que l'usufruit viager est limité dans le temps et qu'il est, en tant que droit réel, cessible. Ses effets bénéfiques diminuent chaque année. Dès lors, la valeur de l'usufruit viager est dégressive avec le temps et cette dépréciation peut justifier un amortissement (V. § 9).

> **Titres de participation** - Le Conseil d'État se prononce sur le traitement fiscal des cessions à prix minoré de titres de participation par une société relevant de l'IS, qui diffère de celui d'une société relevant de l'IR (BIC) (V. § 14).

### Cession de l'entreprise

> **Apport de titres** - Le Conseil d'État juge que lorsque la société bénéficiaire d'un apport de titres procède à une réduction de capital social, non motivée par des pertes, par réduction de la valeur nominale de ses titres, les sommes perçues par l'associé apporteur ne constituent des remboursements d'apports que dans la limite des apports initialement consentis par cet associé à la société dont il a apporté les titres. Le surplus doit être regardé comme un revenu distribué imposé comme tel à l'impôt sur le revenu (V. § 18).

...

\* Les auteurs remercient **Jean DEMORTIERE** de sa participation à la rédaction de leurs contributions.

- > **Opération d'apport-donation-cession** - La donation de titres reçus en contrepartie d'un apport dont la plus-value a été placée en report d'imposition en application de l'article 150-0 B ter du CGI a pour effet de transférer temporairement la charge d'impôt afférente à cette plus-value sur la tête du donataire. Le Conseil constitutionnel valide l'imposition du donataire au titre de la plus-value d'apport lorsque la cession des titres reçus est effectuée dans les dix-huit mois de la donation (V. § 24).
- > **Échange de titres avec soulte** - Le CADF confirme son appréciation du caractère abusif du paiement d'une soulte dans une opération d'échange de titres, mais son avis soulève une question de qualification : la soulte constitue-t-elle un revenu de capitaux mobiliers ou une plus-value mobilière ? (V. § 29).
- > **Exonération des plus-values professionnelles** - La CAA de Lyon admet que l'option pour l'exonération de la plus-value de cession d'entreprise prévue à l'article 238 quinquies puisse être exercée a posteriori dans le délai de réclamation, sauf si une autre option incompatible a déjà été exercée (régime de faveur de l'article 210 A en l'espèce) (V. § 34).

## Questions générales

**1. Sociétés de personnes - Plus-values - Jurisprudence Quemener** - Le Conseil d'État abandonne sa jurisprudence *Lupa* et juge que la mise en œuvre du mode de calcul issu de la jurisprudence *Quemener* pour déterminer le prix de revient des parts d'une société de personnes, à la suite de leur cession ou d'une dissolution sans liquidation de cette société, n'est pas subordonnée à une double imposition de l'associé.

**CE, plén. fisc., 24 avr. 2019, n° 412503, Sté Fra SCI, concl. K. Ciavaldini (IP 2-2019, n° 2.2)**

2. La taxation des plus-values afférentes à des parts de sociétés de personnes fait partie des questions délicates qui peuplent le paysage fiscal. Le Conseil d'État vient de rendre une décision importante dont il convient de situer le contexte avant d'en dégager la solution.

### ♦ Le contexte de l'arrêt

3. Le célèbre arrêt *Quemener* a établi il y a presque 20 ans les **modalités de détermination de la plus-value quand**

## Transmission de l'entreprise

- > **Pacte Dutreil** - La Cour d'appel de Nîmes confirme, en cas de titres détenus par une société interposée, qu'une double déduction des provisions et amortissements n'est pas envisageable : la fraction des titres bénéficiant de l'exonération partielle doit être déterminée à proportion de la valeur réelle de la participation soumise à engagement collectif sur l'actif brut réel de la société interposée. La Cour juge également que cette question est une question de droit ne relevant pas de la compétence de la Commission départementale de conciliation (V. § 39).

**des parts de sociétés de personnes sont cédées** par une entreprise individuelle (ou une société soumise à l'IS) : le prix de revient des parts doit être fixé à leur valeur d'acquisition :

- > majorée en premier lieu,
  - d'une part de la quote-part des bénéfices de la société revenant à l'associé qui a été ajoutée aux résultats imposés de celui-ci, et
  - d'autre part des pertes afférentes à des entreprises exploitées par la société en France et ayant donné lieu de la part de l'associé à un versement en vue de les combler,
- > puis minorée en second lieu :
  - d'une part, des déficits que l'associé a déduits à l'exclusion de ceux qui trouvent leur origine dans une disposition par laquelle le législateur a entendu conférer aux contribuables un avantage fiscal définitif, et
  - d'autre part des bénéfices afférents à des entreprises exploitées en France par la société et ayant donné lieu à répartition au profit de l'associé<sup>1</sup>.

Cette **solution a pour objet d'assurer la neutralité de la loi fiscale compte tenu des règles particulières d'imposition des sociétés de personnes** : il s'agit notamment d'éviter une double imposition (ou une double déduction) quand

<sup>1</sup> CE, sect., 16 févr. 2000, n° 133296, SA Ets Quemener : Dr. fisc. 2000, n° 14, comm. 283, concl. G. Bachelier, note J. Turot ; RJF 2000, n° 334 ; Dr. sociétés 2000, comm. 81, note J.-L. Pierre ; Bull. Joly sociétés 2000, § 117, note Ph. Derouin ; BGFE 2000, n° 2, p. 6, obs. Y de Givré.

l'associé est imposé d'abord sur sa quote-part de résultat en vertu de l'article 8 du CGI, même en l'absence de distribution, puis ensuite sur la plus-value qu'il réalise à l'occasion de la cession de ses parts. Le Conseil d'État a ensuite élargi l'application de cette méthode à la cession de parts de sociétés de personnes détenues par un particulier dans sa décision *Baradé*<sup>2</sup> puis à la dissolution des sociétés de personnes dans sa décision *MEA*<sup>3</sup>. Le rapporteur public E. Bokdam-Tognetti, dans cette dernière affaire, justifiait l'application de la méthode *Quemener* dans le cadre d'une TUP en ces termes<sup>4</sup> : « Imaginons en effet une société A, relevant du régime des sociétés de personnes, qui a pour actif un immeuble dont la valeur réelle lors de sa dissolution est supérieure à celle pour laquelle l'immeuble est inscrit à son bilan. La dissolution emporte l'imposition de la plus-value latente afférente à cet actif. Compte tenu de la translucidité de la société de personnes, c'est dans le bénéfice de la société B, associé unique de la société A, que cette plus-value va être intégrée et imposée. Mais du fait des modalités de calcul de la plus ou moins-value liée à l'annulation des titres, qui retiennent la valeur réelle de l'actif net transmis, cette même plus-value va être à nouveau imposée entre les mains de l'associé lors de l'annulation des titres. La double imposition ne disparaît que si la valeur d'acquisition des parts est corrigée pour être majorée, elle aussi, de cette plus-value ».

La doctrine administrative a repris ce principe d'ajustement du prix de revient des parts en admettant sa **généralisation à l'ensemble des cessions de parts de sociétés de personnes**, quelle que soit la qualité des associés (professionnels ou simples apporteurs de capitaux) et la nature de l'activité de la société<sup>5</sup>. La solution est également reprise en cas de dissolution de la société de personnes<sup>6</sup>, d'une réévaluation d'actifs comportant de telles parts<sup>7</sup> ou d'une cessation d'activité de cette société<sup>8</sup>.

**4. Des décisions rendues dans le cadre des restructurations des sociétés Lupa** sont ensuite venues apporter une pierre à l'édifice jurisprudentiel. Dans ces affaires, un premier mouvement de réorganisation est intervenu au Luxembourg : les sociétés Lupa (SARL françaises soumises à l'IS) ont acquis des titres de sociétés anonymes luxembourgeoises détenant des SCI françaises. Les sociétés anonymes luxembourgeoises ont ensuite réévalué la valeur des titres des SCI détenues

puis ont été dissoutes avec transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés Lupa. Les sociétés Lupa ont donc reçu les titres des SCI pour leur valeur réelle. Dans un second mouvement de réorganisation, les SCI françaises détenues par les SARL Lupa ont procédé à une réévaluation libre de leurs actifs puis ont fait l'objet le lendemain d'une dissolution sans liquidation. Cette opération portant la valeur comptable des immeubles détenus par les SCI à leur valeur réelle a engendré un résultat exceptionnel pour ces SCI, imposable au niveau des SARL en application du régime de translucidité fiscale. En conséquence de la transmission universelle du patrimoine (TUP) à leur profit des actifs des SCI, les sociétés Lupa ont ensuite procédé à l'annulation des titres des SCI inscrits à leur bilan. Pour déterminer la plus-value résultant de la TUP, les sociétés Lupa ont fait application du mécanisme *Quemener* et ainsi majoré le prix de revient des titres annulés des résultats fiscaux des SCI liés à la réévaluation de la valeur des immeubles.

Pour l'administration, l'interposition de la réévaluation libre des actifs des SCI décidée entre la TUP des sociétés luxembourgeoises et celle des SCI françaises avait eu pour effet de faire échapper à l'impôt le produit résultant de la réévaluation des actifs et constituait donc un abus de droit.

La Cour administrative d'appel de Paris n'a pas partagé cette analyse. Elle a considéré au contraire que la plus-value générée par la réévaluation libre effectuée par les SCI était un élément de leur bénéfice, donc taxable entre les mains des sociétés *Lupa* associées : il y avait donc lieu pour assurer la neutralité de l'application de la loi fiscale en matière de sociétés de personnes de calculer la plus-value générée lors de la dissolution de ces SCI en majorant leur prix d'acquisition du montant généré par cette réévaluation. La Cour a même ajouté que : « *la circonstance que la société Lupa Patrimoine France ait reçu des titres à leur valeur déjà réévaluée et ait absorbé ces SCI pour leur valeur réelle n'est pas de nature, contrairement à ce que soutient le ministre, à remettre en cause le raisonnement qui précède* »<sup>9</sup>.

Au stade du **premier pourvoi en cassation**, formé par le ministre, ce raisonnement n'est pas repris par le Conseil d'État. En effet, dans deux décisions *Lupa* du 6 juillet 2016, le Conseil d'État a rappelé le principe d'ajustement du prix de revient des parts d'une société de personnes en cas de dissolution sans liquidation de la société, mais en y apportant une limite en indiquant que : « *cette règle ne peut néanmoins trouver à s'appliquer que pour éviter une double imposition de la société qui réalise l'opération de dissolution* »<sup>10</sup>. **La haute juridiction a donc subordonné l'application de la méthode Quemener à la double imposition effective de la société qui réalise l'opération de dissolution.** Pour le rapporteur public N. Escaut dans ses conclusions, cette réserve s'explique par la particularité de l'opération réalisée par les sociétés Lupa par

2 CE, 9 mars 2005, *Baradé* : Dr. fisc. 2006, n° 10, comm. 223, concl. P. Collin ; RJF 2005, n° 564, chron. F. Berezyiat p. 382 ; Rev. adm. 2005, n° 345, p. 249, note O. Fouquet ; Dr. sociétés 2005, comm. 123, note J.-L. Pierre ; BGFE 2005, n° 3, p. 17, obs. Y de Givré.

3 CE, 27 juill. 2015, n° 362025, *Sté Matériels électriques ascenseurs (MEA)* : Dr. fisc. 2016, n° 9, comm. 192, chron. L. Lenczner ; RJF 2015, n° 883, conc. E. Bokdam-Tognetti C 883, p. 920 ; Dr. sociétés 2015, comm. 224, note J.-L. Pierre.

4 RJF 2015 C 883.

5 Rép. Biancheri n° 66675 : JOAN 31 janv. 2006 p. 985. - Rép. Gard n° 66494 : JOAN 31 janv. 2006, p. 985.

6 RES n° 2007/54 (FE), 11 déc. 2007. - BOI-BIC-PVMV-40-30-20, 28 avr. 2014, § 90.

7 RES n° 2012/12 (FE), 28 févr. 2012. - BOI-BIC-PVMV-40-10-60-20, 12 sept. 2012, § 90.

8 BOI-BIC-PVMV-40-30-20, 28 avr. 2014, § 20.

9 CAA Paris, 18 févr. 2014, n° 12PA03962, *Min. c/ Sté Lupa Patrimoine France* : RJF 2014, n° 764.

10 CE, 6 juill. 2016, n° 377904 et 377906, *SARL Lupa Immobilière France et SARL Lupa Patrimoine France* : RJF 2016, n° 982, concl. N. Escaut C 982, p. 1381 ; FR 37/16, n° 4 et n° 5, note D. Gutmann ; Dr. sociétés 2016, comm. 200, note J.-L. Pierre ; Rev. Construction - Urbanisme 2016, comm. 128, note N. Gonzalez-Gharbi.

rapport aux faits de l'affaire *MEA*. En effet, la solution retenue dans l'arrêt *MEA* visait une situation dans laquelle l'immeuble était inscrit à l'actif de la société civile dissoute à une valeur comptable inférieure à sa valeur réelle, ce qui conduisait à la taxation de la plus-value latente sur cet immeuble entre les mains de l'associé à la fois du fait de la dissolution de la société et de l'annulation de ses titres. En revanche, les sociétés *Lupa* ont reçu les titres des SCI à leur valeur déjà réévaluée et ont absorbé ces dernières à leur valeur vénale : si la taxation des sociétés *Lupa* au titre des réévaluations des immeubles des SCI avant la confusion était avérée, une seconde taxation au titre de la dissolution n'était pas démontrée puisque la valeur des immeubles reçus était égale à la valeur des titres des SCI à l'actif des sociétés *Lupa*.

Il faut enfin indiquer que dans le cadre de la procédure de **renvoi de cette affaire devant la Cour administrative d'appel de Paris**, les sociétés *Lupa* ont soulevé une **question prioritaire de constitutionnalité** en invoquant une atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques résultant d'une appréciation différenciée de l'article 39 duodecimes du CGI selon qu'une double imposition est ou non constatée. Par une décision du 28 juillet 2017<sup>11</sup>, le Conseil d'État a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel cette QPC relative à la règle de détermination des plus ou moins-values de cession de parts de sociétés de personnes fiscalement translucides, dans la portée qui lui est conférée par la jurisprudence du Conseil d'État dans ses décisions *Lupa* du 6 juillet 2016. Selon le Conseil d'État, le correctif apporté à l'application de la méthode *Quemener* par les arrêts *Lupa* participe à la mise en œuvre du principe d'égalité devant les charges publiques et ne crée pas de différence de traitement injustifiée entre les contribuables. Dans ces conclusions, le rapporteur public R. Victor avait pour sa part recommandé de ne pas renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel au motif que l'interprétation faite par l'arrêt *Lupa* des dispositions de l'article 39 duodecimes du CGI n'était pas réellement constante : « *il nous semblerait hasardeux ou prématuré de considérer que votre décision Lupa de juillet 2016 aurait fixé de manière suffisamment claire, précise et définitive l'état de la jurisprudence relative à l'application de la jurisprudence Quemener dans une hypothèse de dissolution-confusion* ». Cette analyse apparaît particulièrement clairvoyante au vu de la décision commentée...

#### ♦ La solution de l'arrêt

**5. Rappelons brièvement les faits de l'affaire en cause** : la société *Fra SCI* a reçu par apport en juin 2008 la quasi-totalité des parts de la SCI Foncière Costa détenant des immeubles sis Avenue Georges V à Paris, les titres ayant été valorisés dans le traité d'apport à 23 000 000 €. En novembre 2009, la SCI Foncière Costa a décidé de procéder à une réévaluation libre d'un immeuble fixant sa valeur à 15 810 000 € alors qu'il figurait à son bilan pour une valeur de 1 817 437 €. Elle a ainsi constaté un profit de réévaluation de 13 992 563 €. En

décembre 2009, la société *Fra SCI* a décidé la dissolution avec transmission universelle de son patrimoine de la SCI Foncière Costa. Pour déterminer son résultat imposable de l'exercice clos au 31 décembre 2009, la société *Fra SCI* a :

- d'une part, retenu au titre du régime de translucidité fiscale de la SCI Foncière Costa le bénéfice issu de l'écart de réévaluation d'un montant de 13 992 563 € (majoré du produit réalisé en décembre 2009 par la SCI Foncière Costa et déduit des pertes réalisées jusqu'au 30 novembre 2009) ; et

- d'autre part, déterminé le gain né de l'annulation des titres de la SCI Foncière Costa par différence entre la valeur des actifs transférés et la valeur d'acquisition des titres, elle-même majorée en application du mécanisme *Quemener* de l'écart de réévaluation (ainsi que du produit réalisé par la SCI en décembre 2009 et minorée de la perte constatée par cette même SCI au 30 novembre 2009). **L'administration fiscale a remis en cause ces corrections extracomptables, en estimant qu'elles révélaient l'existence d'un abus de droit.** Le tribunal administratif saisi a alors jugé que les conditions de mise en œuvre de la procédure de répression des abus de droit n'étaient pas réunies et a accordé à la société une décharge des impositions litigieuses. **La Cour administrative d'appel de Paris a ensuite fait droit à la demande de substitution de base légale du ministre des finances et des comptes publics et a jugé que la société *Fra SCI* n'était pas fondée à se prévaloir de la jurisprudence *Quemener* en l'absence de situation de double imposition de la société ayant réalisé l'opération de dissolution-confusion.**

**6.** Dans la présente décision du 24 avril 2019, le Conseil d'État rappelle tout d'abord la méthode établie dans l'arrêt *Quemener* relative à la détermination de la plus-value afférente à des parts de sociétés de personnes à la suite d'une cession ou de la dissolution sans liquidation avec confusion de patrimoine prévue à l'article 1844-5 du Code civil.

Le Conseil d'État reproduit ensuite le considérant de l'arrêt *Lupa* indiquant : « *La règle énoncée au point 2 a pour objet d'assurer la neutralité de l'application de la loi fiscale, compte tenu de la nature spécifique du régime prévu à l'article 8 du code général des impôts et trouve notamment à s'appliquer à la quote-part de bénéfices revenant à l'associé d'une société soumise à ce régime lorsque ces bénéfices résultent d'une réévaluation des actifs sociaux, qu'elle soit opérée par l'administration fiscale dans le cadre de ses pouvoirs de contrôle et ait pour effet d'accroître rétroactivement la base d'imposition de la société au titre de la période d'imposition close par la dissolution de la société et l'annulation consécutive des parts détenues par l'associé ou que cette réévaluation intervienne au moment de la dissolution de la société soumise au régime spécifique* ».

En revanche, le **Conseil d'État ne reprend pas la dernière phrase de ce considérant des décisions *Lupa***, qui énonçait « *que cette règle ne peut néanmoins trouver à s'appliquer que pour éviter une double imposition de la société qui réalise l'opération de dissolution* ».

L'arrêt indique au contraire : « *La cour administrative d'appel de Paris a estimé, par une appréciation souveraine des faits non arguée de dénaturation, que l'apport à la société *Fra SCI* des parts sociales composant le capital de la SCI Foncière Costa avait*

11 CE, 28 juill. 2017, n° 411265, SARL *Lupa* Patrimoine France : Dr. fisc. 2017, comm. 512, concl. R. Victor ; Dr. sociétés 2017, comm. 218, note J.-L. Pierre.

été valorisé sur la base de l'actif net réévalué de cette dernière, de sorte que le prix d'acquisition de ces parts tenait compte de la valeur vénale de l'immeuble situé au 35 avenue George V. Elle en a déduit que, si le profit résultant de la réévaluation libre opérée par la SCI Foncière Costa avant sa dissolution avait été inclus dans les bénéfices taxables de la société Fra SCI en vertu du régime prévu à l'article 8 du code général des impôts, il n'avait pas été pris en compte une seconde fois au titre du résultat de l'opération de dissolution-confusion de la SCI Foncière Costa, de sorte que la société Fra SCI n'avait subi aucune double imposition et ne pouvait par suite pas se prévaloir de la règle énoncée aux points 2 et 3. En subordonnant ainsi la mise en oeuvre du mode de détermination du prix de revient des parts d'une société relevant du régime prévu à l'article 8 du code général des impôts, en vue de la détermination du gain résultant de la dissolution sans liquidation de cette société avec transmission universelle de son patrimoine au profit de son associé unique, telle que prévue à l'article 1844-5 du code civil, dans l'hypothèse où les bénéfices réalisés par cette société avant sa dissolution procèdent, en tout ou partie, de l'existence d'un excédent de la valeur réelle de ses actifs sur leur valeur comptable, à la condition que la valeur à laquelle les parts en cause sont inscrites à l'actif de l'associé reflète la valeur comptable de ces actifs et non leur valeur réelle et que, par conséquent, ces bénéfices soient pris en compte une seconde fois, au titre du résultat de l'opération de dissolution-confusion, dans les résultats de l'associé, la cour a commis une erreur de droit. »

### 7. Essayons par un exemple simple d'imager la solution apportée par cette décision.

**Exemple :** Supposons qu'une SCI possède à son actif un immeuble dont la valeur comptable est de 10 et la valeur réelle de 100.

Dans une **première hypothèse**, la société associée unique a inscrit à son actif les parts de cette SCI à la valeur comptable de 10 (car elle les a vraisemblablement souscrites ou acquises à ce prix, concomitamment à l'achat de l'immeuble par la SCI). Lors de la réévaluation de l'actif de la SCI, une plus-value de  $100 - 10 = 90$  est réalisée et taxée entre les mains de l'associée. Lors de la TUP, la méthode *Quemener* doit être appliquée et la plus-value taxable chez l'associée est calculée comme suit :  $100 - (10 + 90) = 0$ . Chez l'associée, la réévaluation de l'actif est donc taxée mais la TUP ne dégage fiscalement ni profit ni perte.

Dans une **seconde hypothèse**, la société associée unique a inscrit à son actif les parts de la SCI à la valeur de 100 (car elle les a acquises à ce prix, plusieurs années après l'acquisition de l'immeuble par la SCI, et à un prix qui reflète les plus-values latentes de l'époque). Lors de la réévaluation de l'actif de la SCI, la plus-value de 90 est réalisée et taxée entre les mains de l'associée. Lors de la TUP, la méthode *Quemener* doit être appliquée et la plus-value taxable chez l'associée est calculée comme suit :  $100 - (100 + 90) = (90)$ . L'associée réalise donc une moins-value de confusion qui vient compenser la plus-value de réévaluation. Cette solution est logique dans la mesure où la société associée ne s'est pas enrichie dans l'opération : elle a indirectement acquis pour un prix de 100 un actif qui vaut 100.

8. C'est d'ailleurs ce que concluait le Professeur Gutmann dans son commentaire des décisions *Lupa* : « *Lorsqu'une société acquiert pour une valeur réelle des titres d'une SCI et procède ultérieurement à la TUP de celle-ci après réévaluation des actifs, il n'y a tout simplement pas d'enrichissement de l'associé* »<sup>12</sup>.

Ainsi, il convient d'utiliser la méthode *Quemener* pour déterminer la plus-value résultant de l'annulation des parts d'une société de personnes suite à la dissolution sans liquidation de cette société avec transmission universelle du patrimoine à son associé unique lorsque le bénéfice de cette société avant la dissolution provient d'un excédent de la valeur réelle de ses actifs sur leur valeur comptable, sans distinguer si la valeur d'inscription des parts au bilan de l'associé intègre ou non des plus-values latentes sur l'actif social de la société de personnes.

Cette **solution doit être saluée**. Elle permet de sécuriser les opérations de dissolution-confusion d'une société de personnes intervenant après une réévaluation de ses actifs quand les titres de cette société ont été acquis et inscrits en comptabilité à leur valeur réelle : l'associé ne devrait donc plus désormais se soucier de la fiscalité susceptible de frapper la prise de valeur antérieure du bien sous-jacent. Conformément à la solution qui prévalait avant la décision *Lupa* de 2016, aucune décote pour fiscalité sur plus-values latentes ne devrait donc être appliquée dans les transactions portant sur des parts de sociétés de personnes.

L. CHATAIN ■

## Patrimoine de l'entreprise

9. **Usufruit viager – Amortissement** - Le Conseil d'État juge qu'il résulte des articles 595 et 617 du code civil que l'usufruit viager est limité dans le temps et qu'il est, en tant que droit réel, cessible. Ses effets bénéfiques diminuent chaque année. Dès lors, c'est sans erreur de droit qu'une cour administrative d'appel juge que la valeur de l'usufruit viager est dégressive avec le temps et que cette dépréciation peut justifier un amortissement.

**CE, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> ch., 24 avr. 2019, n° 419912, Winckler, concl. K. Ciavaldini, comm. P. Fernoux (FI 2-2019, n° 3.3 ; FI 2-2019, n° 3, § 3)**

10. Il y a parfois des décisions qui surprennent plus par la question que par la réponse...

12 D. Gutmann, note ss CE 6 juill. 2016, n° 377904 et 377906, SARL *Lupa* immobilière France et SARL *Lupa* Patrimoine France : FR 37/16, n° 5.

En l'espèce, Madame Winckler détenait le droit d'usufruit viager d'un bien immobilier, situé à Antibes et qu'elle louait de manière habituelle en meublé depuis l'année 2010, la nue-propiété de ce même bien étant détenue par une société civile immobilière dénommée V.

Assez logiquement, Madame Winckler a déduit de son résultat imposable au titre des années 2011, 2012 et 2013, une dotation aux amortissements dans la catégorie des BIC.

Curieusement, à la suite de deux vérifications de comptabilité portant sur des années différentes, l'administration a remis en cause l'amortissement du droit d'usufruit viager de Madame Winckler. Plus curieusement encore, le tribunal administratif de Strasbourg a rejeté le 14 mars 2017 la demande en décharge des cotisations supplémentaires.

Pendant, dans son jugement, le tribunal administratif de Strasbourg a admis que l'usufruit viager d'un bien immobilier constitue un élément d'actif incorporel amortissable dès lors qu'il est possible de déterminer la durée maximale prévisible pendant laquelle ce droit peut générer des produits d'exploitation, notamment en tenant compte des statistiques en matière d'espérance de vie fixées par l'INSEE.

À ce stade, il faut rappeler que jusqu'à ce jour l'administration fiscale ne reconnaît pas comme faisant partie de l'actif d'une entreprise les éléments mobiliers ou immobiliers dont elle a la jouissance en qualité d'usufruitier<sup>13</sup>. Mais pour autant, elle n'a jamais exclu expressément l'inscription à l'actif d'un droit d'usufruit relatifs à de tels biens.

Fort logiquement, la Cour administrative d'appel de Nancy a prononcé la décharge complète des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu de Madame Winckler en ces termes : « *considérant que l'usufruit viager, qui constitue une source de revenu pérenne et qui est cessible, a le caractère d'un élément d'actif pouvant faire l'objet chaque année d'une dotation à un compte d'amortissement ; qu'il est possible de déterminer la durée prévisible durant laquelle l'usufruit viager, dont la valeur est nécessairement dégressive avec l'écoulement du temps, produira des effets bénéfiques sur l'activité de loueur en meublé à titre non professionnel de Madame, en tenant compte notamment de l'âge de l'usufruitier et de son espérance de vie lors de son acquisition ; que par suite l'usufruit viager détenu par Madame peut faire l'objet d'une dotation annuelle à un compte d'amortissement, en retenant un taux calculé selon la durée attendue de ses effets bénéfiques sur l'activité de loueur en meublé à titre non professionnel, telle qu'elle est admise par les usages ou justifiés par des circonstances particulières à la situation de la requérante et dont celle-ci doit alors établir la réalité* ».

Malgré la clarté de cette décision, le ministre de l'action et des comptes publics s'est pourvu en cassation.

**11.** Saisissant l'occasion qui lui était offerte, la haute juridiction administrative confirme enfin que l'usufruit viager d'un bien immobilier peut être amorti dès lors qu'il est possible de déterminer le terme de ses effets bénéfiques sur l'exploitation en se référant aux statistiques en matière d'espérance de vie.

**12.** De nombreuses décisions étaient déjà intervenues en faveur de l'amortissement d'un droit d'usufruit portant sur des immeubles ou des titres.

Sans doute la plus célèbre et la plus commentée est-elle le jugement du tribunal administratif de Poitiers rendu le 21 novembre 1996. Parmi les plus ardents défenseurs de l'amortissement du droit d'usufruit, Pierre Fernoux et ses très nombreux articles écrits sur le sujet. Dans l'un de ses articles, il rappelle fort à propos la réponse du 3 janvier 2006 du directeur du service juridique de la DGI sur la nature d'immobilisation incorporelle de l'usufruit : « en outre, je vous confirme également que l'usufruit de titres de participation constitue, en principe, un élément incorporel. Cet élément peut être amorti sur sa durée de détention, dès lors qu'au moment de son acquisition par l'entreprise, il est normalement prévisible que ses effets sur l'exploitation prendront fin à une date déterminée. »

**13.** En réalité, pour comprendre le pourvoi du ministre, il faut se référer aux conclusions du rapporteur public, Anne Iljic, reproduites dans la présente revue. Il en résulte que la qualification d'élément incorporel de l'actif immobilisé de l'usufruit viager n'était plus en débat devant le Conseil d'État. Le ministre contestait l'existence d'une dépréciation du fait du passage du temps, et la possibilité de déterminer la durée prévisible de l'usufruit viager.

Rappelons tout d'abord qu'en vertu de l'article 38 quater de l'annexe III au code général des impôts, « *les entreprises doivent respecter les définitions édictées par le plan comptable général des impôts, sous réserve que celle-ci ne soit pas incompatible avec les règles applicables pour l'assiette de l'impôt* ». Précisément dans son article 322, le plan comptable général dans sa rédaction applicable au litige prévoit « 1- Un actif amortissable est un actif dont l'utilisation par l'entité est déterminable... 2- L'utilisation d'un actif est déterminable lorsque l'usage attendu de l'actif par l'entité est limité dans le temps. »

Personne ne pouvait contester que l'usufruit d'un bien immobilier procure des revenus ou des économies pendant toute la durée de l'usufruit et que par la définition même du code civil ses effets sont limités dans le temps. De plus, l'article 639 du CGI traitant de la liquidation des droits d'enregistrement en cas de démembrement de propriété indique que la valeur de l'usufruit est déterminée, sur le plan fiscal, en fonction de l'âge de l'usufruitier et de son espérance de vie telle qu'elle ressort des tables de mortalité établies par l'INSEE. Par conséquent, il est facile de déterminer la durée prévisible des effets bénéfiques de cet usufruit en tenant compte de ces tables.

Le Conseil d'État ne pouvait ainsi que conclure que la demande d'annulation des arrêts par le ministre n'était pas fondée. Terminons donc sur une note d'optimisme car tout est bien qui finit bien : l'usufruit est un bien incorporel, inscrit dans un compte d'actif immobilisé et amortissable en fonction de la date prévisible de la fin de ses effets bénéfiques sur l'exploitation.

**S. ANOUCHIAN ■**

<sup>13</sup> BOI-BIC-AMT-10-20, 1<sup>er</sup> mars 2017, § 280.

**14. Titres de participation - Cession à prix minoré - Traitement fiscal** - Le Conseil d'État se prononce sur le traitement fiscal des cessions à prix minoré de titres de participation par une société relevant de l'IS, qui diffère de celui d'une société relevant de l'IR (BIC).

**CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ch., 6 févr. 2019, n° 410248, Sté Alternance (V. annexe 1)**

**15.** Cet arrêt permet de faire le point sur le traitement fiscal des cessions à prix minoré de titres de participation par une société relevant de l'IS, puisqu'il vient combiner deux solutions récentes :

- l'une sur la preuve de l'acte anormal de gestion dans le cas de cession d'immobilisation<sup>14</sup> ;
- l'autre sur le traitement fiscal de l'insuffisance de prix lorsque l'actif cédé a la nature de titres de participations, relevant du régime de quasi-exonération de l'article 219, I quinquies a du CGI<sup>15</sup>.

#### ♦ Sur la preuve de l'acte anormal de gestion

**16.** Dès lors que la cession porte sur un élément d'actif immobilisé, l'administration doit démontrer que la cession a été réalisée à un prix significativement inférieur à la valeur vénale mais elle n'a pas à prouver l'intention libérale de l'opération. Si l'administration justifie d'une valeur vénale et d'un écart significatif, l'acte anormal de gestion est caractérisé si la société cédante ne justifie pas pour sa part :

- que l'appauvrissement qui en est résulté a été décidé dans l'intérêt de l'entreprise,
- ou que celle-ci se soit trouvée dans la nécessité de procéder à la cession à un tel prix,
- ou qu'elle en ait tiré une contrepartie.

Sur ce point, l'arrêt ne fait que transposer la solution récente de l'arrêt *Croë Suisse* : au lieu d'un actif immobilier dans l'affaire *Croë Suisse*, la cession porte ici sur une autre nature d'actif, des titres de participations. S'agissant dans les deux cas d'un actif immobilisé, la solution adoptée pour l'un est transposée sans difficulté à l'autre.

#### L'ŒIL DE LA PRATIQUE

L'enjeu du débat se recentre donc en premier lieu sur la valorisation des titres de participation puis sur la définition de l'écart significatif.

La particularité de l'affaire réside dans la **méthode d'évaluation retenue pour des titres de participations d'une société non propriétaire de son fonds de commerce, pris en location-gérance**. Le juge d'appel retenait que, même dans ce cas, la méthode de productivité pouvait être appliquée, par combinaison avec la valeur mathématique notamment. Le seul fait de ne pas être propriétaire du fonds ne conduit pas à ne devoir retenir que la méthode mathématique, sachant que l'on comprend de l'affaire que l'administration avait

retenu un taux de capitalisation intégrant un risque élevé afin de tenir compte de cette absence de propriété du fonds. Le Conseil d'État considère que la Cour n'a commis aucune erreur de droit en maintenant une valorisation établie à partir d'une combinaison de méthode dont la méthode de productivité : la méthode de la valeur de productivité n'est pas, par principe, réservée aux seules entreprises propriétaires de leur fonds de commerce.

S'agissant de la **notion d'écart significatif**, elle n'était pas réellement débattue en tant que telle. On rappellera que selon le rapporteur public Laurent Olléon dans ses conclusions sous des arrêts de 2009<sup>16</sup>, serait significatif un écart d'au moins 20 % par rapport à la valeur vénale. Ce seuil de 20 % revient régulièrement dans les conclusions d'autres rapporteurs publics. Certaines décisions retiennent même des seuils inférieurs : n'est pas significatif un écart inférieur à 14 %<sup>17</sup> ou même un écart de 6,4 %<sup>18</sup>.

#### ♦ Sur le sort fiscal réservé à l'insuffisance de prix

**17.** Dans la décision précitée de décembre 2018, le Conseil d'État a refusé de renvoyer devant le Conseil constitutionnel une QPC portant précisément sur le traitement fiscal des minorations du prix de cession de titres de participations. Il avait ainsi déjà jugé que :

- la cession d'un élément de l'actif à prix minoré peut conduire, lorsqu'elle ne relève pas d'une gestion normale pour l'application des articles 38 et 209 du CGI (ou constitue des bénéfices indirectement transférés au sens de l'article 57 du même code), à un rehaussement, à concurrence de l'insuffisance du prix stipulé, du bénéfice de la société cédante ;
- si l'opération s'apparente à une libéralité, elle ne peut plus être imposée selon le régime des plus-values professionnelles (dont celui du I de l'article 219 du CGI) mais ne peut que relever des règles d'imposition de droit commun.

Dans cette nouvelle affaire jugée le 6 février 2019, le Conseil d'État reprend purement et simplement cette solution.

On comprend donc que la qualification de « libéralité » vient faire obstacle au « régime particulier des plus-values professionnelles », pour reprendre l'expression du Conseil d'État. C'est ainsi que le régime spécifique des titres de participation se trouve écarté. Pour autant, on relèvera qu'**en matière de BIC, les règles d'imposition des plus-values professionnelles ne sont pas écartées pour cause de libéralité. Or, les principes d'imposition IR (BIC) et IS ne devraient-ils pas se trouver alignés ?** Il résulte de l'article 39 du CGI que « 1. Par dérogation aux dispositions de l'article 38, les plus-values provenant de la cession d'éléments de l'actif immobilisé sont soumises à des régimes distincts suivant qu'elles sont réalisées à court ou à long terme. » Ce texte vaut pour les cessions à titre onéreux ou à titre gratuit, sans distinction. L'article 219, I a quinquies du CGI s'applique dès lors qu'une plus-value est dégagée et qu'elle concerne des titres

14 CE, plén. fisc., 21 déc. 2018, n° 402006, Sté Croë Suisse.

15 CE, 26 déc. 2018, n° 424570, Sté JPC-DS.

16 CE, 3 juill. 2009, n° 301299, Hérail et n° 306363, min. c/ Plessis de Pouzilhac.

17 En ce sens, CAA Nantes, 18 juin 2018, n° 16NTO2416, min. c/ Sté Sofi-Ifs.

18 En ce sens : TA Paris, 17 mai 2017, n° 1518376.

de participation au sens de ce texte. Quel est le fondement textuel qui conduirait à procéder à une distinction selon la nature juridique de l'opération, selon que la cession est à titre gratuit ou à titre onéreux ? La réalisation d'une plus-value ne résulte-t-elle pas de toute opération ou événement ayant pour effet de faire sortir un élément de l'actif de l'entreprise ou de lui retirer définitivement (totalement ou partiellement) toute valeur ? Il peut s'agir d'opérations volontaires ou d'opérations involontaires (expropriation, destruction par sinistre, cession forcée, etc.). Parmi les opérations volontaires, outre les ventes, apport en société, échange, partage, figurent les donations. S'agissant des donations, la doctrine administrative rappelle d'ailleurs que « Bien qu'effectuée sans contrepartie, la donation (ou cession à titre gratuit) d'un élément de l'actif immobilisé ou de la totalité d'un fonds de commerce constitue une cession entrant dans les prévisions de l'article 38-1 du CGI, dès lors que cet article ne fait aucune distinction entre les différentes sortes d'aliénations, qu'elles aient lieu à titre onéreux ou à titre gratuit. Par suite, les plus-values que font apparaître les évaluations mentionnées dans l'acte de donation par rapport à la valeur comptable des éléments cédés sont à comprendre dans les bases du bénéfice imposable du donateur (CE, arrêt du 1er juillet 1946, *req. n° 79603*, RO, p. 56). »<sup>19</sup>

Par ailleurs, l'article 209, I (1<sup>er</sup> al.) du CGI pose le principe que les bénéfices passibles de l'impôt sur les sociétés sont déterminés selon les mêmes règles que les bénéfices industriels et commerciaux soumis à l'impôt sur le revenu (régime du bénéfice réel, normal ou simplifié). Dans ce contexte, bien qu'ici réaffirmé par le Conseil d'État, **la solution retenue ne paraît pas évidente puisqu'elle revient à qualifier différemment les opérations selon qu'elles sont réalisées par une société relevant de l'IR (BIC) ou l'IS : en IR, on conserverait la qualification de plus-value professionnelle, alors qu'en IS on la perdrait...**

En outre, un rapide exemple chiffré montre la difficulté de raisonnement.

**Exemple :** Si une société cède pour 1 M€ des participations qui en vaudraient 1.5 M€ selon l'administration, le Conseil d'État considère aujourd'hui que l'insuffisance de prix de 0.5 M€ ne peut bénéficier de la qualification de plus-value professionnelle et donc du régime de faveur des titres de participation. Or, si la société choisit de décomposer l'opération en deux étapes, le traitement fiscal ne serait pas le même : si la même société cède par exemple les titres au prix de 1.5 M€ cette fois, voire en encaisse ce prix, puis elle consent une libéralité de 0.5 M€ en reversant en conséquence une partie du prix, la société procède également à un acte anormal de gestion : la rectification à ce titre par l'administration serait justifiée... mais à la seule condition que cette libéralité ait fait l'objet d'une déduction sur son résultat fiscal imposable au taux plein et donc, au sens de l'article 38, 1 du CGI. Or, si la société cédante ne procède à aucune déduction, aucune rectification ne peut intervenir dans son résultat

de droit commun. On s'aperçoit, en conséquence, que dans deux hypothèses identiques (la première résultant d'un mécanisme de compensation par rapport à la seconde), il est certes constaté à chaque fois une libéralité de 0.5 M€, mais le résultat imposable s'en trouve sensiblement différent selon que la société « contracte » les opérations, ou les décompose.

D'autres affaires donneront peut-être l'occasion de clarifier la situation et de dénouer la difficulté à laquelle on aboutit par cette récente jurisprudence.

C. DELEU ■

## Cession de l'entreprise

**18. Apport de titres - Sursis d'imposition - Réduction de capital - Remboursement d'apports -** Le Conseil d'État juge que lorsque la société bénéficiaire d'un apport de titres procède à une réduction de capital social, non motivée par des pertes, par réduction de la valeur nominale de ses titres, les sommes perçues par l'associé apporteur ne constituent des remboursements d'apports que dans la limite des apports initialement consentis par cet associé à la société dont il a apporté les titres. Le surplus doit être regardé comme un revenu distribué imposé comme tel à l'impôt sur le revenu.

**CE, 8e et 3e ch., 7 mars 2019, n° 420094, Min. c/ Elkaïm, concl. R. Victor (V. annexe 2)**

**19.** Dans cette affaire, un contribuable a réalisé le 1<sup>er</sup> octobre 2002 un apport de titres à une société holding soumise à l'impôt sur les sociétés. La plus-value réalisée à l'occasion de cette opération a été placée sous le régime du sursis d'imposition prévu par l'article 150-0 B du CGI dans sa rédaction alors applicable. Par la suite, la société bénéficiaire de l'apport a procédé à une réduction de son capital social, non motivée par des pertes, par réduction de la valeur nominale des titres. La somme de 613 336 € résultant de cette réduction de capital a été inscrite au crédit du compte courant d'associé de l'apporteur.

Au cours d'une vérification de comptabilité de la société holding, l'administration fiscale a estimé que ce montant constituait un revenu distribué en application de l'article 109, 1, 2<sup>o</sup> du CGI qui répute distribuées « toutes les sommes ou valeurs mises à la disposition des associés [...] et non prélevées sur les bénéfices ».

Selon le contribuable, la somme issue de la réduction de capital constituait un remboursement d'apports et avait donc vocation à être perçue en franchise d'impôt conformément à l'article 112 du CGI qui prévoit que les remboursements

<sup>19</sup> BOI-BIC-PVMV-10-10-20, 12 sept. 2012, § 440.



d'apports ne sont pas considérés comme des revenus distribués si tous les bénéficiaires et les réserves autres que la réserve légale ont été auparavant répartis.

Après avoir été débouté en première instance, le contribuable a fait appel et la Cour administrative d'appel de Nancy a fait droit le 22 février 2018 à ses arguments, en considérant que la somme perçue au titre de la réduction de capital constituait un remboursement d'apports en raison de la situation déficitaire de la société holding.

**20.** À rebours de la solution retenue en appel, le Conseil d'État a estimé que la réduction de capital réalisée par diminution de la valeur nominale de ses titres par une société holding bénéficiaire d'un apport de titres dont la plus-value a été placée en sursis d'imposition, ne peut constituer un remboursement d'apports en franchise d'impôt que dans la limite des apports initialement consentis par l'apporteur à la société dont les titres ont été apportés à la société holding.

#### ♦ Une solution nouvelle, cohérente au regard de la jurisprudence du Conseil d'État

**21.** Par sa jurisprudence, le Conseil d'État participe à l'élaboration des dispositifs de différé d'imposition introduits par le législateur afin de faciliter les restructurations d'entreprises, en vue de favoriser le développement de celles-ci, en conférant un caractère intercalaire aux opérations d'échange de titres<sup>20</sup>. Il s'agit d'encourager la réalisation d'opérations qui auraient pu être entravées par l'exigibilité d'un impôt sans aucune appréhension de liquidités par le contribuable.

Il a très souvent été question de l'objectif de neutralité poursuivi par le régime spécial des fusions et opérations assimilées visé par l'article 210 A du CGI, désormais qualifié de régime de faveur. Cela a été le cas, notamment, dans l'arrêt *Heineken*<sup>21</sup> par lequel le Conseil d'État a jugé que lorsque des éléments de l'actif immobilisé ont été reçus en apport par une société à l'occasion d'une fusion placée sous le régime de l'article 210 A du CGI – ou à l'occasion d'un apport partiel d'actif placé sous le bénéfice de l'article 210 B du CGI, ces éléments doivent être regardés comme figurant dans le patrimoine de la société bénéficiaire de l'apport depuis la date de leur acquisition ou de leur création par la société absorbée. De même, le Conseil d'État a considéré, dans un arrêt *Société Générale*<sup>22</sup>, s'agissant du gain net dégagé par un associé passible de l'impôt sur les sociétés à l'occasion du rachat par la société émettrice de ses propres actions, que le produit imposable devait être calculé, dans le cas où l'associé a acquis les titres à l'occasion d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des fusions qui instaure un sursis d'imposition, par référence à la valeur d'acquisition des titres qui était retenue dans les écritures de l'apportuse, c'est-à-dire la valeur historique.

<sup>20</sup> Selon la formule des nombreux avis du Comité de l'abus de droit fiscal ainsi que des travaux parlementaires des lois issues des réformes ayant introduit et amendé ces différents mécanismes de différé d'imposition.

<sup>21</sup> CE, 11 févr. 2013, n°356519, Min. c/ Sté Heineken France.

<sup>22</sup> V. CE, 20 mars 2013, n°349669, Min. c/ Société Générale.

**22.** Si la jurisprudence est désormais riche de nombreux arrêts en matière d'impôt sur les sociétés<sup>23</sup>, plus rares sont ceux rendus dans des affaires impliquant des personnes physiques assujetties à l'impôt sur le revenu.

Pour autant, cette circonstance ne constitue pas un obstacle pour le rapporteur public, Romain Victor, qui invite dans ses conclusions le Conseil d'État à faire **application du principe de neutralité fiscale afin de préserver la cohérence de sa jurisprudence**. En rappelant que l'opération d'échange de titres à l'origine de la plus-value d'apport dont l'imposition a été placée en sursis d'imposition ne constitue qu'une opération purement intercalaire, le Conseil d'État poursuit son œuvre et conclut que les titres reçus en rémunération d'un apport sont réputés être entrés dans le patrimoine de l'apporteur aux mêmes conditions que les titres apportés. **L'apporteur ne peut donc retirer en franchise d'impôt plus que ce qu'il a apporté à la société dont les titres ont été remis à l'échange.**

#### ♦ Une solution conforme à l'esprit du législateur selon le rapporteur public

**23.** Au regard de son considérant de principe, il apparaît que le Conseil d'État a été sensible à l'argument purement factuel avancé par l'administration fiscale et repris par le rapporteur public dans ses conclusions. Tous deux faisaient valoir que l'adoption d'une solution inverse reviendrait à permettre à l'apporteur de s'approprier en franchise d'impôt une valeur plus importante que celle initialement investie dans la société dont les titres ont fait l'objet de l'apport. En l'espèce, le contribuable avait acquis les titres apportés pour 40 775 €, il aurait donc perçu au titre de la réduction de capital 572 561 € en totale franchise d'impôt.

Ainsi, par son arrêt rendu le 7 mars 2019, le Conseil d'État rappelle en filigrane que l'objet des mécanismes de différé d'imposition ne doit pas être détourné et que le sursis ou le report d'imposition dont a bénéficié un contribuable ne doit pas pour autant lui permettre de dégager des liquidités en totale franchise d'impôt. Ce faisant, **le Conseil d'État laisse toutefois en suspens la question de la détermination de la plus-value de cession des titres de la société holding dont le capital a été réduit** par diminution de la valeur nominale de ses titres. En effet, comment sera-t-il tenu compte de l'imposition supportée par le contribuable sur la fraction des sommes issues de la réduction de capital excédant ses apports initiaux ?

Une **autre solution aurait pu être privilégiée**, consistant à tenir compte, lors de la cession des titres de la société holding, du prix de revient historique des titres de la société apportée minoré du montant de la réduction de capital. L'objectif de neutralité fiscale en aurait-il souffert ?

O. JANORAY ET A. GRAJALES ■

<sup>23</sup> V. not. CE, plén. fisc., 4 juill. 2014, n° 357264 et 359924, Sté Bolloré.

#### 24. Opération d'apport-donation-cession - Plus-value sur titres - Modalités d'imposition - Constitution

La donation de titres reçus en contrepartie d'un apport dont la plus-value a été placée en report d'imposition en application de l'article 150-0 B ter du CGI a pour effet de transférer temporairement la charge d'impôt afférente à cette plus-value sur la tête du donataire. Le Conseil constitutionnel valide l'imposition du donataire au titre de la plus-value d'apport lorsque la cession des titres reçus est effectuée dans les dix-huit mois de la donation.

#### CC, 12 avr. 2019, n° 2019-775 QPC, Ruimy (V. annexe 3)

25. Au regard des travaux parlementaires de la loi de finances rectificative pour 2012, l'instauration du régime de report d'imposition prévu à l'article 150-0 B ter du CGI s'inscrit dans un objectif de lutte contre les schémas abusifs d'apport-cession. À cette occasion, le législateur ne s'est pas contenté d'encadrer la cession des titres reçus par la société bénéficiaire de l'apport, il a également estimé qu'il était nécessaire de réglementer la transmission par le contribuable des titres reçus en contrepartie de son apport.

Aux termes de l'article 150-0 B ter du CGI, la donation des titres reçus en contrepartie de l'apport ne met pas fin au report d'imposition lorsque le donataire contrôle la société bénéficiaire<sup>24</sup>. En revanche, la cession par le donataire des titres reçus dans les dix-huit mois de la donation entraîne l'expiration du report d'imposition de la plus-value d'apport. L'imposition y afférente est supportée par le donataire au titre de la plus-value d'apport réalisée par le donateur.

Soulevée à plusieurs reprises par certains auteurs depuis son instauration<sup>25</sup>, la constitutionnalité de ce dispositif était contestée dans l'affaire en cause qui a donné lieu à un recours en excès de pouvoir dirigé contre la doctrine administrative<sup>26</sup> reprenant *stricto sensu* les dispositions de l'article 150-0 B ter du CGI. En l'espèce, le requérant a apporté des titres à une société holding luxembourgeoise qu'il contrôlait et avait reçu, en contrepartie, des titres de cette dernière. Le contribuable a ensuite procédé à leur donation au profit de son épouse et de ses enfants mineurs qui les ont cédés au cours du mois qui suit, rendant alors éligible dans les mains du donataire l'impôt afférent à la plus-value d'apport réalisée par le donateur.

Considérant comme sérieuse la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qui lui était soumise, le Conseil d'État l'a transmise au Conseil constitutionnel par un arrêt

du 6 février 2019<sup>27</sup>. Par la présente décision, très attendue, le Conseil constitutionnel a rejeté l'argument tenant à la rupture de l'égalité devant les charges publiques avancé par le contribuable, en considérant que le législateur s'était fondé sur des critères objectifs et rationnels en accord avec la logique anti-abus de l'article 150-0 B ter du CGI.

#### ♦ La contestation du transfert de la charge d'impôt sur le donataire sur le fondement du principe d'égalité devant les charges publiques

26. Composante du principe d'égalité devant l'impôt, l'égalité devant les charges publiques tire son fondement de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDHC). Deux principes fondamentaux et connexes en découlent. Si le législateur peut régler des situations différentes de manière différente, il lui appartient néanmoins de se fonder sur des critères objectifs et rationnels en lien avec son intention afin que ne pèse sur le contribuable une charge d'impôt excessive au regard de ses facultés contributives.

À ce titre, le Conseil constitutionnel considère traditionnellement que lorsque la perception d'un revenu ou d'une ressource est soumise à une imposition, celle-ci doit être acquittée par le titulaire de ce revenu. Il admet toutefois qu'il puisse être dérogé à cette règle, notamment pour un motif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, à condition qu'une telle dérogation soit adaptée et proportionnée à la poursuite de cet objectif<sup>28</sup>.

Au cas particulier, les contribuables soutenaient que le législateur a méconnu ces impératifs en faisant peser sur les donataires une imposition supplémentaire liée à l'enrichissement personnel du donateur. Les requérants ajoutaient que l'exigence du respect d'un délai de dix-huit mois entre la donation des titres et leur cession n'est pas proportionnée à l'objectif anti-abus poursuivi par le législateur. En effet, il ne peut être présumé que l'enchaînement de ces deux opérations est intervenu à la seule fin d'éviter l'impôt sur la plus-value qui aurait été, en tout état de cause, purgé en cas de donation directe des titres apportés.

D'aucuns reconnaîtront le raisonnement tenu par le Conseil constitutionnel dans sa décision de censure de l'article 19 de la loi de finances rectificative pour 2012<sup>29</sup>. Par cette réforme, le législateur souhaitait que le prix de revient des titres reçus par le donataire puis cédés dans les dix-huit mois suivant la donation soit corrigé afin de retenir la valeur d'acquisition de ces titres par le donateur. Il entendait ainsi mettre un terme aux opérations de « donation-cession », pourtant validées par la jurisprudence un an auparavant<sup>30</sup>. Il aurait alors été fait exception à la règle selon laquelle le prix de revient des titres acquis à titre gratuit est constitué par leur valeur vénale au

24 Pour l'application de cette condition, un contribuable est considéré comme contrôlant une société (CGI, art. 150-0 B ter, III, 2°), notamment, lorsque la majorité des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de la société est détenue, directement ou indirectement, par le contribuable ou par l'intermédiaire de son conjoint ou de leurs ascendants ou descendants ou de leurs frères et sœurs.

25 V. not. R. Mortier, J.-F. Desbuquois et L. Guilmois, Fiscalité du patrimoine : chronique de l'année 2012 : Dr. fisc. 2013, n° 9, chron. 168.

26 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60, 4 mars 2016, § 520, 620 et s.

27 CE, 6 févr. 2019, n° 425447, Ruimy, concl. K. Ciavaldini (IP 1-2019, n° 6, § 48).

28 V. not. CC, 29 déc. 2013, n° 2013-684 DC, consid. 29 et 30. - CC, 6 févr. 2014, n° 2013-362 QPC. - CC, 30 mars 2017, n° 2016-620 QPC.

29 CC, 29 déc. 2012, n° 2012-661-DC, consid. 24.

30 CE, 30 déc. 2011, n° 330940, Motte-Sauvaige.

jour de la transmission. La cession des titres dans ce délai de dix-huit mois était susceptible de remettre en cause la purge de la plus-value éventuellement constatée lors de la donation.

En reprenant l'argumentaire du Conseil constitutionnel dans une situation qui lui semblait identique, le contribuable pensait trouver la faveur des juges de la rue Montpensier. D'ailleurs, les références répétées du rapporteur public à cette décision de 2012 dans ses conclusions sous la décision de renvoi du Conseil d'État pouvaient laisser entrevoir une issue favorable au requérant. La décision rendue le 12 avril 2019 par le Conseil constitutionnel, qui valide la constitutionnalité de ce dispositif, a porté un coup d'arrêt aux espoirs – légitimes – des contribuables.

#### ◆ La constitutionnalité du transfert de la charge d'impôt sur le donataire sur le fondement des objectifs poursuivis par le législateur

27. Probablement conscient de l'attente des contribuables et des praticiens autour de sa décision, le Conseil constitutionnel s'est voulu didactique en opérant un **raisonnement en trois temps**.

> Il rappelle tout d'abord l'objectif du législateur lors de l'adoption de ce dispositif. Précision importante puisque la caractérisation d'une rupture d'égalité devant les charges publiques ne peut s'apprécier qu'à la lumière du but poursuivi par le législateur. À cet égard, le Conseil constitutionnel indique que le mécanisme de report d'imposition vise à favoriser les restructurations d'entreprises en évitant que le contribuable soit contraint de vendre une partie des titres reçus lors de l'échange afin d'acquitter l'impôt sur la plus-value réalisée à cette occasion.

> Il précise ensuite que le **donataire a connaissance, lors de la donation, du transfert de la charge d'impôt** pesant auparavant sur le donateur puisqu'il doit mentionner le montant de la plus-value en report d'imposition dans sa déclaration de revenus déposée au titre de l'année de la donation<sup>31</sup>. À ce titre, le Conseil constitutionnel semble considérer que la charge d'impôt ainsi transférée ne constitue pas une « imposition supplémentaire ». En effet, là où le dispositif censuré en 2012 générerait une imposition nouvelle par le biais de la modification des modalités de détermination de la plus-value de cession ultérieure réalisée par le donataire, les dispositions de l'article 150-0 B ter du CGI applicables à ce jour ne prévoiraient qu'un transfert sur la tête du donataire de l'impôt afférent à la plus-value d'apport. Dit autrement, selon le juge constitutionnel, l'imposition resterait la même, seule l'identité du redevable changerait.

> Enfin, le Conseil constitutionnel précise qu'**il n'est mis fin au report d'imposition qu'en cas de cession des titres reçus par le donataire, dont il retire nécessairement des liquidités**. Il ajoute que la plus-value d'apport peut être définitivement exonérée d'impôt, notamment lorsqu'une telle cession intervient au-delà du délai de dix-huit mois prescrit par le texte.

31 BOI-RPPM PVBMI-30-10-60, § 820.

28. À l'aune de ce qui précède, le Conseil constitutionnel a considéré que le législateur s'était fondé sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec son intention et n'a pas méconnu l'exigence de prise en compte des capacités contributives du contribuable imposée par l'article 13 de la DDHC. **Si cette décision a le mérite d'être claire, en apparence tout du moins, elle n'en demeure pas moins contestable.**

En effet, en **traitant différemment une donation « classique » de titres grevés d'une plus-value latente – purgée du fait de la transmission – et une donation de titres grevés d'une plus-value en report d'imposition**, le Conseil constitutionnel introduit une discrimination entre deux donataires placés dans l'une et l'autre de ces situations. Notons à ce titre qu'aucun mécanisme équivalent de transfert de la charge d'impôt sur la tête du donataire n'est prévu lorsque l'apport bénéficie d'un sursis d'imposition en vertu de l'article 150-0 B du CGI, assurant ainsi la parfaite neutralité d'une telle opération.

En l'espèce, il est **regrettable que le Conseil constitutionnel ait fait fi du caractère intercalaire de l'opération d'apport de titres**. En effet, en conditionnant la purge de la plus-value d'apport placée en report d'imposition au maintien des titres dans le patrimoine du donataire durant dix-huit mois, la solution retenue par le Conseil constitutionnel est à rebours de l'**impératif de neutralité fiscale des opérations d'échange de titres**<sup>32</sup>. Ce principe fondamental étant issu de la directive fusions<sup>33</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne pourrait être sensible à un tel raisonnement si d'aventure il lui était exposé à l'occasion d'une question préjudicielle. C'est d'ailleurs la voie que semblent emprunter certains praticiens souhaitant enjoindre au législateur de respecter cet impératif<sup>34</sup>.

En tout état de cause, malgré l'objectif de lutte contre les pratiques abusives affiché par le législateur auquel se rattache le Conseil constitutionnel, cette décision légitime la **question de savoir si le dispositif du report d'imposition ne suit pas davantage une logique de rendement**<sup>35</sup>. Si, selon le Conseil constitutionnel, l'opération de donation avant cession ne constituait pas un abus en 2012, il n'est pas aisé de comprendre en quoi la réalisation d'une opération intercalaire d'apport de titres précédant leur cession peut renverser cette analyse en 2019. Et si le salut venait des dires pour droit d'une Europe à laquelle on devrait désormais plus que croire ?

O. JANORAY ET A. GRAJALES ■

32 En ce sens, l'apport des titres ne serait pas neutre puisqu'il ne permettrait pas de bénéficier, in fine, du même traitement fiscal qu'en l'absence d'apport.

33 Dir. n°2009/133/CE, 19 oct. 2009.

34 CE, 12 oct. 2018, n° 423044, Galbert Defforey et n° 423118, Simoncini, concl. B. Bohnert (FI 1-2019, n° 8.2.1).

35 V. AN, XI<sup>e</sup> législature, session ordinaire 2012-2012, compte rendu intégral de la deuxième séance du mercredi 5 décembre 2012. - V. également O. Janoray, A. Grajales, J. Demortière, L'article 150-0 B ter : mesure anti-abus ou mesure de rendement ? : RFP 2019, n°4.

**29. Échange de titres avec soulte - Abus de droit - Qualification de la soulte** - Le Comité de l'abus de droit fiscal confirme son appréciation du caractère abusif du paiement d'une soulte dans une opération d'échange de titres, mais son avis soulève une question de qualification : la soulte constitue-t-elle un revenu de capitaux mobiliers ou une plus-value mobilière ?

#### CADF, avis n° 2018-25, 10 janv. 2019 (V. annexe 4)

**30.** Depuis l'année 2016 et l'ajout des opérations d'échange de titres avec soulte à la liste des pratiques et montages abusifs de l'administration fiscale<sup>36</sup>, le Comité de l'abus de droit fiscal (CADF) s'est prononcé à près de vingt reprises sur des affaires impliquant le versement d'une soulte inférieure à 10% de la valeur nominale des titres reçus en contrepartie d'un apport. Dans chacune de ces espèces, l'avis du CADF était rendu dans le sens de l'administration fiscale, jugée fondée à utiliser la procédure de l'abus de droit au motif que la soulte dissimulait, en réalité, la volonté de l'apporteur des titres de percevoir des liquidités en franchise d'impôt.

Si l'avis n° 2018-25 ne fait pas exception à cette position, il se distingue toutefois des autres avis du CADF en ce qu'il met en exergue les oscillations de l'administration fiscale quant à la catégorie de revenus à laquelle se rattache la soulte reçue.

#### ♦ Un avis dans la lignée de la position historique du CADF...

**31. L'opération soumise à l'appréciation du CADF** - En l'espèce, un contribuable détenant 100% du capital d'une société française A et 99,8% d'une société française B a constitué une société holding de droit luxembourgeois par apport de l'intégralité des parts de ces deux sociétés en date du 8 mai 2013. En contrepartie, l'apporteur s'est vu attribuer des titres de la société holding luxembourgeoise ainsi qu'une soulte d'un montant de 438 470 € (soit 9,98% de la valeur nominale des titres reçus à l'échange par le contribuable), inscrite sur son compte courant d'associé.

À l'occasion de son apport, une plus-value d'un montant de 1 685 065 €, après application d'un abattement pour durée de détention de 65%, a été constatée. Les conditions de l'article 150-0 B ter du CGI étant remplies et la soulte versée étant inférieure à 10% de la valeur nominale des titres reçus à l'échange, le contribuable a placé sa plus-value d'apport ainsi que la soulte reçue en report d'imposition<sup>37</sup>. Le 1<sup>er</sup> juillet 2013, la société holding a cédé les titres des sociétés A et B. Au cours de ce même mois, l'intégralité du montant de la soulte, jusqu'alors inscrite au compte-courant d'associé de l'apporteur, a été versée par la société holding à l'apporteur.

<sup>36</sup> Publication en janvier 2017 dans la Carte des pratiques et montages abusifs, sur le portail du ministère de l'économie et des finances.

<sup>37</sup> Art. 150-0 B ter du CGI, dans sa version en vigueur avant la loi n° 2016-1918 du 29 décembre 2016 de finances rectificative pour 2016.

À l'issue d'un contrôle dont a fait l'objet le contribuable, l'administration fiscale a considéré que la soulte était dépourvue de justification économique et avait pour seule motivation l'appréhension immédiate en franchise d'impôt d'une partie de la plus-value de cession ultérieure des titres apportés. Par conséquent, elle a imposé la somme de 153 465 €, correspondant au montant de la soulte appréhendée après application d'un abattement de 65%, dans la catégorie des plus-values mobilières, en sus de la pénalité de 80% prévue par l'article 1729, b du CGI.

**32. L'avis du CADF** - Dans cet avis, le CADF reprend *stricto sensu* son raisonnement classique en matière d'opérations d'échange de titres avec soulte que nous avons déjà commenté dans ces colonnes à propos de cinq avis rendus par le CADF le 2 octobre 2018<sup>38</sup>.

En substance, le CADF rappelle que l'utilisation d'une soulte peut être justifiée économiquement pour autant qu'elle favorise les restructurations d'entreprises (*e.g.* en présence de rompus ou pour éviter la dilution d'un associé). Il précise cependant qu'en raison du désinvestissement qu'implique cette opération pour la société bénéficiaire de l'apport, le versement d'une soulte s'écartere de son objectif initial si celle-ci est en réalité uniquement motivée par la volonté de l'apporteur d'appréhender des liquidités en franchise d'impôt.

En l'espèce, le CADF estime, après avoir relevé que la soulte avait été financée par la cession des titres des sociétés A et B, que les parties à l'opération d'apport n'ont pas fourni la preuve que le versement de la soulte a permis la réalisation de la restructuration effectuée entre des sociétés contrôlées par le contribuable. Le CADF en déduit que le paiement de cette soulte ne s'inscrit pas dans le respect du but poursuivi par le législateur et qu'au contraire il n'a été motivé que par la volonté de l'apporteur d'appréhender immédiatement en franchise d'impôt une partie des liquidités de la société holding issues de la cession des titres apportés.

Le CADF en conclut que l'administration fiscale était fondée à appliquer la procédure de l'abus de droit fiscal afin de restituer son véritable caractère au versement de la soulte réalisé.

#### ♦ ...mais qui relance le débat sur la qualification fiscale de la soulte reçue par l'apporteur

**33.** Au regard des précédentes affaires portées devant le CADF, l'administration fiscale retient deux catégories de revenus : soit la soulte est considérée comme une plus-value mobilière soit elle est assimilée à un revenu distribué et imposée à ce titre dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers. Notons d'emblée que cette **distinction a peu d'incidence depuis l'instauration du prélèvement forfaitaire unique de 30% à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018.**

Antérieurement à l'avis commenté, le CADF n'avait été saisi, à notre connaissance, que d'une seule espèce dans laquelle l'administration fiscale avait imposé la soulte en cause dans

<sup>38</sup> IP 1-2019, n° 6, § 42.

la catégorie des plus-values mobilières<sup>39</sup>. Il était dès lors raisonnable d'y voir une solution d'espèce isolée qui ne remettait pas en cause la position constante de l'administration fiscale selon laquelle la soulte constitue, dans ces circonstances, un revenu de capitaux mobiliers. L'avis commenté place le contribuable dans une situation d'incertitude quant à la catégorie de revenus à laquelle se rattache la soulte et fait naître des doutes sur la pérennité de la qualification jusqu'ici retenue par l'administration fiscale.

Assurément, **la qualification de la soulte en tant que plus-value mobilière apparaît la plus pertinente** dans la mesure où elle revient à aligner le régime d'imposition de la soulte perçue par le contribuable sur celui de la plus-value d'apport afférente aux titres apportés puis cédés par la société holding et dont sont issues les liquidités appréhendées. Au cas particulier, il va sans dire que cette position s'avère, au plan fiscal, plus favorable au contribuable du fait de l'application d'un abattement pour durée de détention de 65%.

En tout état de cause, **il est à espérer que l'administration fiscale adoptera, sur ce point, une position homogène**. Ce débat est loin d'être suranné même si l'intérêt de la soulte a été fortement limité par les récentes modifications législatives qui ont instauré une imposition immédiate de la soulte lors de l'apport, quels que soient son montant et sa qualification<sup>40</sup>.

O. JANORAY ET A. GRAJALES ■

**34. Cession d'entreprise - Exonération des plus-values professionnelles (CGI, art. 238 quindecies) - Option a posteriori - Articulation avec les autres régimes de faveur** - La CAA de Lyon admet que l'option pour l'exonération de la plus-value de cession d'entreprise prévue à l'article 238 quindecies puisse être exercée *a posteriori* dans le délai de réclamation, sauf si une autre option incompatible a déjà été exercée (régime de faveur de l'article 210 A en l'espèce).

**CAA Lyon, 2<sup>e</sup> ch., 29 janv. 2019, n° 17LY00789, Sté Arverne Participations (V. annexe 5)**

**35.** Depuis 2006, les plus-values dégagées à l'occasion d'une cession d'entreprise bénéficient d'un régime d'exonération tenant à la valeur des biens cédés (seuil de 300 000 € pour une exonération totale, ou de 300 000 à 500 000 € pour une exonération partielle) (art. 238 quindecies du CGI). Le dispositif d'exonération ne s'applique pas de plein droit mais sur option. Seul le VIII de l'article 238 quindecies fait référence au caractère optionnel, en indiquant simplement que l'option pour le bénéfice de ce régime est exclusive de celle prévue par d'autres textes listés limitativement. En revanche, le législateur ne prévoit ni forme ni délai. Il ne renvoie pas davantage expressément à un décret pour ces précisions. Pour sa part,

l'administration fiscale a précisé la forme (un document établi sur papier libre indiquant expressément l'option) et le délai (l'option doit être exercée lors du dépôt de la déclaration de cession ou cessation)<sup>41</sup>. Dans ce contexte, la question s'est posée de savoir si un contribuable n'ayant pas formalisé son option au moment du dépôt de sa déclaration avait la possibilité, *a posteriori*, d'exercer une telle option dès lors qu'il la formule dans le délai de réclamation contentieuse, soit jusqu'au 31 décembre de la seconde année qui suit le paiement de l'imposition primitive. Deux jugements de tribunaux administratifs ont déjà admis une telle possibilité<sup>42</sup>, et c'est d'ailleurs l'un d'eux qui vient d'être confirmé par la décision commentée. Le juge de l'impôt considère que ni la lettre du texte de l'article 238 quindecies, ni les modalités d'imposition des bénéfices réalisés par le contribuable ne font obstacle à ce que l'option puisse être exercée dans le délai de réclamation.

**36. Le juge d'appel applique ici les principes dégagés par le Conseil d'État : le contribuable peut régulariser sa situation jusqu'à l'expiration du délai de réclamation « sauf si la loi a prévu que l'absence de demande dans le délai de déclaration entraîne la déchéance du droit à cet avantage, ou lorsqu'elle offre au contribuable une option entre différentes modalités d'imposition dont la mise en œuvre impose nécessairement qu'elle soit exercée dans un délai déterminé. »**<sup>43</sup>. C'est ainsi qu'il a admis, dans le délai de réclamation, la possibilité d'opter pour le prélèvement forfaitaire libératoire pour les retraites perçues sous forme de capital (CGI, art. 163 bis), mais qu'il a, en revanche, refusé l'option pour le régime du réel BIC pour un contribuable relevant de plein droit du régime du micro lorsque l'option est exercée après la date du 1<sup>er</sup> février prévue par le texte<sup>44</sup>. Dans cette dernière affaire, il se fonde sur leur économie générale du dispositif pour refuser l'option *a posteriori* : « Cette option (...) doit être exercée par une entreprise suffisamment tôt au cours de la première année au titre de laquelle elle souhaite en bénéficier pour qu'elle soit en mesure de se conformer aux règles comptables, déclaratives et fiscales qu'elle implique, ce qui fait obstacle à ce que l'option puisse être souscrite au-delà de la date du 1<sup>er</sup> février fixée par la loi ». Dans l'espèce commentée, la Cour administrative d'appel de Lyon s'inscrit dans cette même démarche et constate que :

- l'article 238 quindecies ne prévoit aucune cause de déchéance de régime pour défaut d'option dans un certain délai,
- les modalités de détermination du bénéfice n'impliquent pas en soi que la demande doive nécessairement intervenir avant le délai de déclaration, faisant obstacle à une démarche *a posteriori*.

**37.** En revanche, **si le contribuable a primitivement exercé une autre option, il paraît plus délicat de revendiquer a posteriori le bénéfice de l'article 238 quindecies dans le cas où les deux options se révèlent incompatibles**, car le législateur interdit leur cumul. Telle est la position de la Cour dans l'affaire

39 V. Avis CADF n° 2018-01.

40 V. L. n° 2016-1918, 29 déc. 2016, art. 32, sur l'imposition immédiate de la soulte quel que soit son montant. - V. également L. n° 2017-1837, 30 déc. 2017, art. 28, sur l'instauration du prélèvement forfaitaire unique.

41 BOI-BIC-PVMV-40-20-50, § 450.

42 TA Clermont-Ferrand, 13 juin 2017, n° 1500711 et TA Poitiers, 11 juill. 2013, n° 1101310.

43 CE, 14 juin 2017, n° 397052.

44 CE, 26 nov. 2018, n° 417628, Min. c/ C.

commentée : la plus-value placée sous le régime de faveur des fusions prévu par l'article 210 A du CGI ne peut ainsi bénéficier *a posteriori* de l'exonération de l'article 238 quinquies. Mais lors de la cession de l'élément d'actif concerné par la société absorbante, la plus-value en résultant peut le cas échéant bénéficier de l'article 238 quinquies. **Le choix de l'absorbée ne peut avoir d'impact sur celui de l'absorbante.** C'est à l'égard de cette dernière que l'option dans le délai de réclamation a été admis.

En revanche, **lorsque doit être considéré un seul et même contribuable, il lui appartient de correctement déterminer son option parmi les différents régimes qui s'offrent à lui.** C'est ce qu'avait déjà jugé la Cour administrative d'appel de Marseille en 2015<sup>45</sup> : le contribuable avait placé une plus-value en report d'imposition optionnel (apport de son activité libérale en société – CGI, art. 151 octies) et l'administration constatait la fin du report et donc l'imposition effective de l'ancienne plus-value d'apport. Le contribuable à l'égard duquel le report d'imposition prend fin invoquait le bénéfice de l'exonération de l'article 238 quinquies : le refus est motivé par la lettre du texte qui interdit le cumul entre report de l'article 151 octies et exonération de l'article 238 quinquies. **Serait-il possible de se prévaloir non pas d'un cumul mais d'une substitution ? Deux arguments semblent y faire obstacle :** d'une part, le délai dans lequel cette substitution s'exercerait risque d'excéder le délai de réclamation ; d'autre part, le choix valablement opéré pour l'un des régimes ne s'apparente-t-il pas à une décision de gestion opposable par nature au contribuable ? Dans ce cas, faudrait-il distinguer l'option simplement tardive (sous réserve de respecter le délai de réclamation) qui reste possible si l'on n'a initialement exercé aucun choix optionnel, de l'option modifiée (l'une se substituant à une précédente) ... et pourtant ne pas exercer une option, n'est-ce pas déjà un choix opposable ? Il semble bien que non, puisque le Conseil d'État admet par exemple expressément l'option *a posteriori* pour le régime mère-fille<sup>46</sup>. Aussi, concernant les régimes optionnels de faveur applicables aux plus-values professionnelles, lesquels comportent de nombreuses incompatibilités entre eux, **il reste préférable de ne pas avoir opté plutôt que d'avoir mal opté.**

C. DELEU ■

### 38. À NOTER

#### > Cession d'entreprise - Exonération des plus-values professionnelles (CGI, art. 151 septies) - Location-gérance

- La CAA de Paris juge que l'exonération des plus-values professionnelles prévue à l'article 151 septies du CGI ne bénéficie qu'aux activités poursuivies par le contribuable lui-même, à l'exclusion des activités mises par lui en location-gérance.

**CAA Paris, 2<sup>e</sup> ch., 18 avr. 2019, n° 18PA01810 (V. annexe 6)**

Cet arrêt vient **rappeler une solution déjà retenue par une autre cour**<sup>47</sup> : l'exonération de l'article 151 septies du CGI est réservée aux activités « exercées à titre professionnel » supposant, par référence à

45 CAA Marseille, 24 sept. 2015, n° 13MA03879.

46 CE, 20 déc. 2017, n° 414974, Sté Worms et Cie.

47 CAA Nantes, 11 juill. 2013, n° 12NT02317.

l'article 156, I, 1<sup>o</sup> bis du CGI, « la participation personnelle, continue et directe à l'accomplissement des actes nécessaires à l'activité »... ce qui **exclut l'activité de location-gérance.** Les travaux préparatoires de la loi n° 2005-1720 du 30 décembre 2005 révèlent d'ailleurs cette volonté d'exclusion des loueurs de fonds de commerce de l'exonération prévue par l'article 151 septies du CGI. Cette **solution est donc sans surprise.**

#### Quid des autres régimes de faveur ?

Deux autres dispositifs d'exonération de plus-values professionnelles prévoient eux expressément le cas de location-gérance :

- l'exonération prévue par l'article 238 quinquies du CGI lorsque la valeur des éléments transmis est inférieure à certains seuils ;
- l'exonération prévue par l'article 151 septies A, en cas de départ à la retraite.

Quant aux mécanismes de report d'imposition de l'article 151 octies, ou encore de l'article 41, le législateur n'est pas venu préciser que l'activité doit être exercée « à titre professionnel ». Si la solution prise pour l'article 151 septies ne paraît ainsi pas automatiquement transposable à ces deux dispositifs (il ne semble pas que la jurisprudence ait eu à se prononcer), on notera que la doctrine administrative prévoit, elle, cette exclusion<sup>48</sup>. Mal aimée de la fiscalité, la location-gérance est également exclue du dispositif du Pacte Dutreil<sup>49</sup>.

C. DELEU ■

> **Cession des actions d'une société - Cession dissimulant une donation (donation déguisée) - Abus de droit** - Le Comité de l'abus de droit fiscal fait à nouveau application de sa grille de lecture historique en matière de donations déguisées : l'absence de paiement du prix de cession au jour du contrôle opéré par l'administration fiscale, corroborée par les liens unissant les parties et les autres flux financiers existant entre elles, constitue un élément permettant de justifier la requalification de la cession en donation sur le fondement de l'article L. 64 du LPF.

**CADF, avis n° 2018-18 et n° 2018-19, 10 janv. 2019 (V. annexe 7)**

De l'aveu même de l'administration fiscale, le pouvoir de rectification que lui confère l'article L. 64 du LPF en cas d'abus de droit « n'interdit pas aux parties de rechercher, entre plusieurs procédés juridiques aboutissant au même résultat, celui qui s'avère fiscalement le moins onéreux, sous réserve que ce procédé soit réellement employé et non simulé »<sup>50</sup>. Ce principe résume à lui seul tout l'enjeu des problématiques liées aux donations déguisées. Il est en effet loisible à un contribuable, animé par la volonté de transmettre tout ou partie de son patrimoine, de procéder à une cession plutôt qu'à une donation, cette première étant soumise à une fiscalité moins importante depuis l'instauration du prélèvement forfaitaire unique (PFU). En effet, là où, en cas de donation, la **valeur des biens transmis**<sup>51</sup> est soumise aux droits de mutation à titre gratuit, seule l'éventuelle **plus-value** est assujettie à l'impôt sur le revenu en cas de cession.

48 BOI-BIC-PVMV-40-20-30-10, § 10 (report de l'art. 151 octies). - BOI-BIC-PVMV-40-20-10, § 50 (art. 41).

49 RM Giro n° 85780 : JOAN 15 août 2006. - BOI-ENR-DMTG-10-20-40-40, § 10.

50 BOI-ENR-DG-20-20-50, n° 70.

51 Après l'application, le cas échéant, d'un abattement en fonction des liens existant entre les parties à la donation.

En tout état de cause, cela implique que la cession soit effective, c'est-à-dire qu'elle ne dissimule pas en réalité une donation. Ainsi, lorsque l'administration fiscale entend requalifier une cession en donation, il lui revient de prouver, d'une part, qu'il existe un appauvrissement du cédant et un enrichissement du cessionnaire et, d'autre part, que le premier était animé d'une intention libérale envers le second.

Saisi à maintes reprises depuis le début des années 2000 pour rendre son avis sur ces problématiques, le Comité de l'abus de droit fiscal (CADF) a eu l'occasion à nouveau de se prononcer sur une opération de cette nature par un avis n° 2018-18 publié le 2 avril 2019<sup>52</sup>.

**Cession dissimulant une donation : un cadeau empoisonné** - En l'espèce, une résidente de Chine, âgée de 80 ans, a cédé le 18 avril 2014 les actions d'une société française à sa petite-fille, résidente de France, pour un prix de 771 500 €. Cette cession a été enregistrée le 20 mai 2014 auprès du service des impôts des entreprises du domicile de la cessionnaire au moyen d'une déclaration de cession de droits sociaux signée par les deux parties.

Sur le fondement de l'article L.64 du LPF, l'administration fiscale a adressé une proposition de rectification à la cessionnaire résidente de France en considérant que cette cession constituait en réalité une donation aux motifs, notamment, que le prix de vente convenu entre les parties n'était toujours pas payé au jour du contrôle et que l'intention libérale de la cédante était caractérisée. L'administration fiscale a donc assujéti la valeur des biens transmis aux droits de mutation à titre gratuit en appliquant, de surcroît, la pénalité de 80% prévue par l'article 1729, b du CGI.

Dans cette affaire, le CADF a relevé les éléments suivants :

- au jour du contrôle, la cessionnaire n'avait pas encore payé le prix convenu avec sa grand-mère en qualité de cédante. Pour sa part, la cédante n'a manifesté aucune intention d'en obtenir le paiement ;
- la cédante a procédé à un versement en espèces sur le compte courant d'associé détenu par la cessionnaire dans la société dont les titres ont fait l'objet de la cession. La cédante a également réalisé en décembre 2014 un don manuel au profit de sa petite-fille. Le CADF en a conclu que la cessionnaire avait la capacité de payer le prix de cession à la cédante, ne serait-ce que partiellement ;
- une opération parfaitement identique avait été effectuée au profit du frère de la cessionnaire, ce qui constituerait une preuve de la volonté de la cédante de transmettre son patrimoine à ses petits-enfants à parts égales ; et
- enfin, en signant l'acte de déclaration de cession de droits sociaux, la cessionnaire a reconnu le transfert de propriété sans pour autant manifester sa volonté de payer le prix correspondant.

Il s'ensuit, selon le CADF, que les trois critères permettant de qualifier une donation sont réunis au cas particulier, à savoir :

- en transférant ses actions, la cédante s'est dépouillée de ses biens ;
- corrélativement, leur entrée dans le patrimoine de la cessionnaire marque son enrichissement ;
- en ne manifestant aucune intention d'obtenir le paiement du prix convenu, la cédante était animée d'une intention libérale propre à caractériser une donation envers la cessionnaire.

Par conséquent le CADF a estimé que l'administration fiscale était fondée à requalifier la cession de titres en cause en donation.

**Un avis dans la continuité de la position historique du CADF**

52 Cet avis pourrait être lié avec l'avis n° 2018-19, traitant d'une opération similaire impliquant le même « cédant ».

- L'analyse des différents avis rendus par le CADF, auxquels celui étudié dans ces colonnes ne fait pas exception, permet de dégager plusieurs critères. Lorsqu'il vérifie si la cession réalisée par les parties dissimule en réalité une donation, le CADF s'intéresse tant aux liens existant entre les parties qu'aux modalités de la cession, sans hiérarchiser formellement ces deux composantes. Afin de rechercher l'éventuelle intention libérale du cédant, le CADF privilégie la technique du faisceau d'indices.

Au regard des avis du CADF, il apparaît que celui-ci se fonde principalement sur l'absence de paiement du prix de cession puisqu'il constitue un élément essentiel lors d'une transmission à titre onéreux. Néanmoins, cette circonstance de fait ne permet pas, à elle seule, d'établir la fictivité d'une cession qui dissimulerait en réalité une donation. Les parties ont pu en effet différer temporairement le paiement du prix de cession de manière volontaire ou non. Ainsi, il appartient au CADF de se prononcer, au vu de l'ensemble des éléments d'espèce soumis à son appréciation, sur la question de savoir si les parties étaient convenues que le prix de cession ne serait, en réalité, jamais acquitté, ce qui témoignerait de l'intention libérale du cédant.

Parmi les éléments d'espèce susvisés figure tout d'abord l'âge avancé du cédant ainsi que la proximité de son décès par rapport à la date de cession. C'est ainsi que le CADF a estimé que la cession effectuée par une cédante âgée de 84 ans quelques jours avant son décès constitue un indice de son intention de transmettre son patrimoine sans contrepartie<sup>53</sup>. Dans ces hypothèses, la démonstration d'une donation déguisée est souvent facilitée par le fait que la créance de prix de cession n'est pas comprise dans l'actif successoral du défunt cédant. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'avis n° 2018-18, le CADF a repris ces critères et relevé, d'une part, l'âge de la cédante (80 ans) et, d'autre part, l'existence d'une opération similaire impliquant son autre petit-enfant.

Les liens de parenté entre le cédant et le cessionnaire constituent d'ailleurs un autre critère déterminant sur lequel le CADF se fonde régulièrement<sup>54</sup> mais qui s'avère insuffisant pour démontrer, à lui seul, qu'une cession dissimule une donation.

Enfin, la situation de fortune du cessionnaire figure également parmi les indices que retient le CADF pour caractériser une donation déguisée. En effet, céder un bien à une partie dont l'incapacité à payer le prix de cession est connue du cédant laisse présumer l'existence d'une donation déguisée<sup>55</sup>. Cela étant, le paiement partiel du prix de cession n'est pas de nature à écarter le risque de requalification d'une cession en donation, ce que le CADF n'a pas manqué de rappeler dans une affaire dans laquelle les liquidités nécessaires au paiement provenaient en réalité du cédant lui-même<sup>56</sup>.

Comme en témoigne l'avis n° 2018-18, l'issue des affaires portées devant le CADF en matière de donation déguisée repose davantage sur des éléments de fait que de droit. Si la charge de la preuve du bien-fondé des impositions repose en premier lieu sur l'administration fiscale, celle-ci se déplace sur le contribuable lorsque le CADF émet un avis favorable à l'administration fiscale. Il revient alors au cessionnaire de démontrer l'absence d'intention libérale du cédant, ce qui s'avère délicat en pratique.

53 V. par ex. CADF, avis n° 2016-49.

54 V. par ex. CADF, avis n° 2008-04.

55 V. par ex. CADF, avis n° 2000-29.

56 V. par ex. CADF, avis n° 2016-49.

L'importance donnée au sens de l'avis rendu par le CADF en ces hypothèses devrait néanmoins être atténuée depuis l'adoption de la loi de finances pour 2019<sup>57</sup>. Ainsi, s'agissant des rectifications opérées par l'administration fiscale à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019, l'avis positif du CADF ne transfère plus, sauf exceptions, la charge de la preuve sur le contribuable dans le cadre d'un recours contentieux. Si cette réforme de la charge de la preuve en cas de saisine du CADF assure une plus grande neutralité de ses avis, cette garantie procédurale ne devrait pas faire obstacle à la requalification de certaines cessions dont l'emballage cadeau paraît trop évident.

O. JANORAY ET A. GRAJALES ■

## Transmission de l'entreprise

**39. Droits de mutation à titre gratuit - Pacte Dutreil-transmission - Titres détenus par une société interposée - Calcul de l'exonération partielle - Compétence de la Commission départementale de conciliation** - La Cour d'appel de Nîmes confirme, en cas de titres détenus par une société interposée, qu'une double déduction des provisions et amortissements n'est pas envisageable : la fraction des titres bénéficiant de l'exonération partielle doit être déterminée à proportion de la valeur réelle de la participation soumise à engagement collectif sur l'actif brut réel de la société interposée. La Cour juge également que cette question est une question de droit ne relevant pas de la compétence de la Commission départementale de conciliation.

CA Nîmes, 25 avr. 2019, n° 16/03875 (V. annexe 8)

**40.** Conformément à l'article 787 B du CGI, sont exonérées de droits de mutation à titre gratuit, sous certaines conditions, à concurrence de 75 % de leur valeur, les parts ou actions d'une société ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale transmises par décès ou entre vifs. Ce texte précise que « l'exonération s'applique également lorsque la société détenue directement par le redevable possède une participation dans une société qui détient les titres de la société dont les parts ou actions font l'objet de l'engagement de conservation. Dans cette hypothèse, l'exonération partielle est appliquée à la valeur des titres de la société détenus directement par le redevable, dans la limite de la fraction de la valeur réelle de l'actif brut de celle-ci représentative de la valeur de la participation indirecte ayant fait l'objet d'un engagement de conservation ».

Ainsi, en cas de détention indirecte d'une société opérationnelle sur les titres de laquelle un engagement de conservation de titres a été conclu par la holding interposée, ce dispositif permet, alors même que la société holding n'est pas animatrice

mais simple société interposée, de bénéficier du dispositif de faveur du Pacte Dutreil. Mais comment déterminer la fraction des titres de la holding représentative de la participation éligible au régime Dutreil ?

**41.** L'administration, dans sa doctrine, admet jusqu'à deux niveaux d'interposition et distingue deux hypothèses :

- la société holding est signataire d'un engagement de conservation des titres de la société opérationnelle (simple niveau d'interposition) ;

- la société holding possède une participation dans une filiale qui a souscrit un engagement de conservation des titres de la société opérationnelle (double niveau d'interposition).

Dans la première hypothèse, l'administration considère que « La fraction de la valeur des titres de la société interposée qui est susceptible de bénéficier de l'exonération partielle de droits de mutation à titre gratuit s'obtient par la formule suivante :  $A \times (B / C)$  avec :

- A = valeur des titres de la société interposée ;

- B = valeur de la participation soumise à l'engagement collectif de conservation ;

- C = valeur de l'actif brut de la société interposée. »<sup>58</sup>.

Concrètement, il s'agit d'appliquer à la valeur vénale des titres de la holding, après prise en compte des plus-values latentes sur les actifs incluant notamment la valeur vénale de la participation soumise à engagement collectif de conservation, un prorata : valeur de la participation éligible au régime Dutreil / valeur de l'actif brut total de la holding.

**Exemple :** Prenons l'hypothèse d'une holding détenant à son actif des titres de participation pour une valeur de 1 000 (valeur historique). Ces titres sont éligibles au régime Dutreil et représentent 60% du capital d'une société évaluée à 7 000. La holding détient également un portefeuille de valeurs mobilières acquis pour 1 500 mais sur lequel une provision de 500 a été comptabilisée. Avec d'autres passifs de 500 à la clôture, la valeur nette comptable de la société ressort à 1 500 et l'actif brut à 2 500.

La valeur vénale de la société doit tenir compte de la réévaluation des titres à son actif, soit une plus-value latente de  $7\,000 \times 60\% - 1\,000 = 3\,200$ . L'actif net réévalué de la holding est donc de 4 700, valeur imposable aux droits de succession avant exonération partielle.

L'administration détermine la fraction des titres pouvant bénéficier de l'abattement Dutreil en appliquant à la valeur de 4 700 la proportion suivante :

- valeur des titres éligibles au Dutreil : 4 200

- total de l'actif brut : 5 700 (2 500 d'actif brut comptable + 3 200 de plus-value latente).

Ainsi, sur une valeur de 4 700, 3 463 peuvent bénéficier d'un abattement de 75% tandis que la différence, 1 237, doit être retenue sans abattement. Au final, la valeur à déclarer après abattement Dutreil est de  $1\,237 + 3\,463 \times 25\% = 2\,103$ . **Aurait-il fallu tenir compte de la provision de 500 comptabilisée sur le portefeuille de valeurs mobilières dans ce calcul ? À l'évidence, la réponse est négative.** En effet,

57 L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018, art. 202.

58 BOI 7 G-6-01, 30 juill. 2001, § 40, repris quasiment à l'identique au BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, 19 mai 2014, § 430.



les provisions, comme le rappelle la Cour, doivent faire l'objet d'une écriture en comptabilité. L'enregistrement d'une provision a donc pour effet immédiat d'impacter la valeur comptable de la société en diminuant ses capitaux propres. Ainsi, dans l'exemple précité, la valeur nette comptable de la holding fixée à 1 500 tient compte de la provision de 500, tout comme sa valeur réévaluée à 4 700.

**42.** Le litige soumis à la Cour soulevait en réalité une autre question : **la détermination de l'actif brut est-elle du ressort de la commission départementale de conciliation, comme le soutenait le contribuable, ou relève-t-elle de la simple application d'une règle comptable, comme le défendait l'administration ?**

En effet, le contribuable, devant la Cour d'appel de Nîmes, reprochait à la commission départementale de conciliation de s'être déclarée incompétente pour connaître de la détermination de la valeur imposable des titres de la société holding, au regard de l'article 787 B du CGI, et de ce fait en concluait que la procédure de rectification était viciée.

Aux termes de l'article L. 59 B du LPF, cette commission « *intervient en cas d'insuffisance des prix ou évaluations ayant servi de base aux droits d'enregistrement [...]* ». Mais la Cour juge que « **La définition de l'actif brut réel sur laquelle les parties s'opposent ne ressort pas d'une insuffisance des prix ou des évaluations** servant de base au calcul de la valeur de la participation indirecte ayant fait l'objet d'un engagement de conservation et de la fraction de la valeur des titres à laquelle s'applique l'exonération mais juste d'un désaccord sur les éléments comptables à prendre en considération pour déterminer cet actif brut réel.

[...]

C'est donc à juste titre que l'administration des finances publiques soutient que l'actif brut réel n'est pas une valeur vénale qui entrerait dans le champ de compétence de la commission départementale de conciliation, mais une valeur purement comptable et la question de sa détermination une **question de droit qui ne rentre pas dans le champ d'application de l'article L. 59 B du livre des procédures fiscales** et par conséquent qui ne relève donc pas d'une appréciation de la commission. »

L. BENOUDIZ ■

### 43. À NOTER

**> Droits de mutation à titre gratuit - Pacte Dutreil-transmission - Apport de titres à une société holding** - Une question a été posée par un parlementaire sur les conditions d'application des nouvelles possibilités d'apport de titres à une société holding pendant l'engagement collectif de conservation (Dutreil) sous réserve notamment que 75% du capital social et des droits de vote soient détenus par des personnes soumises à l'engagement et que la fonction de direction soit également occupée par une personne qui y est soumise (V. IP 1-2019, n° 6, § 53).

**Question écrite Forissier n° 17930 : JOAN 19 mars 2019, p. 2497 (V. annexe 9)**

Sur cette question, rappelons la divergence entre les rapports de la Commission des finances de l'Assemblée nationale et de celle du Sénat : l'un vise les « *personnes soumises à l'engagement collectif de conservation* » et l'autre vise « *les personnes bénéficiaires de l'exonération* »

Dans l'attente de réponse, qu'on espère rapide, l'apport des titres à une holding ne doit pas permettre, par prudence, de donner au donateur plus de 25% du capital social et des droits de vote durant la phase d'engagement collectif de conservation des titres, ce qui a pour effet de bloquer de nombreuses opérations actuellement en cours... à suivre !

L. BENOUDIZ ■

**> Droits de mutation à titre gratuit - Pacte Dutreil-transmission - Transmission de titres en pleine propriété à un fonds de pérennité** - La loi PACTE prévoit l'application du régime Dutreil de l'article 787 B CGI en cas de transmission gratuite des titres de sociétés à un fonds de pérennité, institution créée par cette loi (V. l'article de Lionel Devic dans le présent numéro : IP 2-2019, n° 8.2).

**L. n° 2019-486, 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE), art. 177, XI : JO 23 mai 2019, texte n° 2**

## Annexes (disponibles sur le site internet de la Revue)

**Annexe 1 :** CE, 8e et 3e ch., 6 févr. 2019, n° 410248, Sté Alternance

**Annexe 2 :** CE, 8e et 3e ch., 7 mars 2019, n° 420094, Min. c/ Elkaïm, concl. R. Victor

**Annexe 3 :** CC, 12 avr. 2019, n° 2019-775 QPC, Ruimy

**Annexe 4 :** CADF, 10 janv. 2019, aff. n° 2018-25, 2018-26 et 2018-27

**Annexe 5 :** CAA Lyon, 2e ch., 29 janv. 2019, n° 17LY00789, Sté Arverne Participations

**Annexe 6 :** CAA Paris, 2e ch., 18 avr. 2019, n° 18PA01810

**Annexe 7 :** CADF, avis n° 2018-18 et n° 2018-19, 10 janv. 2019

**Annexe 8 :** CA Nîmes, 1re ch., 25 avr. 2019, n° 16/03875

**Annexe 9 :** Question écrite Forissier n° 17930 : JOAN 19 mars 2019, p. 2497