

# ENTREPRISE

## Chronique d'actualité



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



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



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



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



**Olivier JANORAY\***,  
Avocat, Senior-Manager,  
Cabinet Arsene



**Alexis GRAJALES**,  
Avocat, Senior,  
Cabinet Arsene

### Questions générales

- > La Cour administrative d'appel de Paris juge que l'administration fiscale peut écarter sur le fondement de l'article L. 64 du LPF les actes des contribuables recherchant le bénéfice d'une application littérale d'une instruction administrative et s'écartant des objectifs poursuivis par leurs auteurs. En l'espèce, la doctrine concernait l'abattement pour durée de détention applicable à une plus-value de cession de titres de sociétés (V. § 1).
- > La loi de finances pour 2019 étend la notion d'abus de droit, dans la branche de fraude à la loi, aux opérations à motivation fiscale principale, tout en réservant l'application des pénalités de 80% ou 40% prévues au b) de l'article 1729 du CGI aux opérations dont le motif est exclusivement fiscal (V. § 9).

### Cession de l'entreprise

- > Le Conseil d'État juge que le mécanisme du sursis d'imposition de l'article 150-0 B du CGI s'applique en cas d'apport de parts d'une société de personnes (V. § 25).
- > La loi de finances pour 2019 aménage le report d'imposition prévu à l'article 150-0 B ter du CGI en cas d'apport-cession : d'une part, les possibilités de

réinvestissement sont élargies aux investissements intermédiés, et d'autre part, la part du prix de cession des titres apportés devant être réinvestie est portée à 60 % (au lieu de 50 %) (V. § 34).

- > Le Comité de l'abus de droit fiscal confirme sa position historique sur l'utilisation de la soulte dans les opérations d'échange de titres : la perception d'une soulte doit être requalifiée lorsqu'elle dissimule la volonté de percevoir des liquidités en franchise d'impôt (V. § 42).

### Transmission de l'entreprise

- > La loi de finances pour 2019 intègre le volet fiscal du projet de loi Pacte et assouplit le régime Dutreil-transmission : conclusion d'un engagement collectif par un seul associé, abaissement du pourcentage de titres couverts par l'engagement collectif, possibilité d'invoquer un engagement réputé acquis en cas de société interposée, assouplissement des conditions en cas d'apport de titres à une holding et des conséquences en cas de cession entre signataires d'un engagement collectif, et enfin, allègement des obligations déclaratives annuelles (V. § 49).

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

## Questions générales

**1. Abus de droit - Application littérale d'une instruction administrative** – La Cour administrative d'appel de Paris juge que l'administration fiscale peut écarter sur le fondement de l'article L. 64 du LPF les actes des contribuables recherchant le bénéfice d'une application littérale d'une instruction administrative et s'écartant des objectifs poursuivis par leurs auteurs. En l'espèce, la doctrine concernait l'abattement pour durée de détention applicable à une plus-value de cession de titres de société.

**CAA Paris, 2<sup>e</sup>, 5<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> ch., 20 déc. 2018, n° 17PA00747, Charbit, concl. O. Lemaire (IP 1-2019, n° 1.1)**

2. Aux termes de l'article 150-0 D bis du CGI, en vigueur lors de l'année d'imposition en litige (2010), les cessions par des personnes physiques de titres de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés bénéficiaient de certains abattements en fonction de la durée de détention. L'article 150-D ter prévoyait quant à lui, dans sa rédaction alors applicable, un abattement spécifique pour les dirigeants de PME cédant leurs titres en vue de leur départ à la retraite, à la condition que le cédant ne détienne pas directement ou indirectement de droits de vote ou de droits dans les bénéfices sociaux de l'entreprise cessionnaire. La doctrine administrative en vigueur indiquait qu'« *Il est admis que le cédant personne physique qui remplit l'ensemble des conditions mentionnées au B de la présente sous-section puisse détenir seul, directement ou indirectement, au maximum 1% des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de la société cessionnaire.(...) Le pourcentage maximum de 1% s'apprécie à la date de la cession des titres et pendant les 3 années (36 mois) qui suivent la cession des titres ou des droits* »<sup>1</sup>. Il s'agissait donc d'un élément de doctrine administrative plus favorable que le texte de la loi, donc en principe opposable à l'administration en vertu de l'article L. 80 A du LPF.

L'application de cet élément de doctrine administrative est au cœur de l'affaire en cause.

3. M. C. était le dirigeant de la SAS Marie-Clémence avant son départ à la retraite. Le 17 mars 2010, M. C. avait acquis 50 000 titres représentant 1,05% du capital de la SA Balmain. Puis, le 25 mai 2010, M. C. a cédé 4 000 actions de la SA Balmain à la SCI Steniso : suite à cette cession, il détenait ainsi moins de 1% du capital social de la SA Balmain. Le lendemain, M. C. a cédé la totalité des titres de la SAS Marie-Clémence à la société Balmain, réalisant une plus-value de 4 972 560 €. Le 8 juillet 2010, la SCI Steniso a acquis 49 300 actions supplémentaires de la SA Balmain. Enfin, le 5 juin 2013 (soit 3 ans et 10 jours plus tard), M. C. a acquis la totalité des parts de la SCI Steniso, dont M. C. a concomitamment été désigné gérant. M. et Mme C. entendaient appliquer la doctrine susvisée pour voir exonérer la plus-value de cession qu'ils avaient réalisée

le 26 mai 2010 sur le fondement de l'article L. 80 A du LPF.

Se fondant sur l'article L. 64 du LPF, l'administration a cependant remis en cause l'abattement appliqué par M. C. au motif qu'il avait commis un abus de droit en cédant les 4 000 actions de la SA Balmain dans l'unique but de détenir moins de 1% du capital de cette société à la date de la vente des titres de la SAS Marie-Clémence pour se conformer aux prescriptions de la doctrine et s'exonérer ainsi d'impôt sur la plus-value réalisée. L'article L. 64 du LPF permet en effet, au titre de l'abus de droit, de remettre en cause une situation présentée à l'administration « *recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs* ».

4. Dans un jugement du 4 janvier 2017 (n° 1516621-2-2), le Tribunal administratif de Paris a jugé que l'administration fiscale a considéré à juste titre que le montage juridique mis en place était constitutif d'un abus de droit. Cette solution est confirmée par la Cour administrative d'appel de Paris dans son arrêt du 20 décembre 2018 ici commenté. La Cour considère en effet que l'interposition de la SCI Steniso, société dépourvue de substance économique, n'a été décidée que pour permettre à M. C. de réduire le montant de sa participation dans la société Balmain afin de pouvoir, par une application littérale de l'instruction du 22 janvier 2007, pratiquer l'abattement prévu par l'article 150-0 D bis du CGI sans toutefois se défaire définitivement des actions de la société Balmain dont il a retrouvé la disposition juste après l'expiration du délai de 3 ans en rachetant les parts de la SCI Steniso pour leur valeur d'acquisition. C'est ainsi que l'administration a estimé que le montage mis en œuvre par M. C. présentait un caractère artificiel et que ce dernier avait recherché le bénéfice de l'application littérale de l'instruction de 2007 dans le but exclusif d'éluider le montant de l'impôt sur la plus-value réalisée lors de la vente des titres de la société Marie-Clémence. L'auteur de cette instruction ne pouvait, pour l'administration, vouloir faire bénéficier de l'abattement prévu à l'article 150-0 D bis, les contribuables s'étant placés volontairement dans les prévisions de l'instruction en ayant recours à un montage artificiel. L'administration se reconnaissait ainsi le droit d'écarter sur le fondement de l'article L. 64 du LPF les actes des contribuables recherchant le bénéfice d'une application littérale de cette instruction et s'écartant « *des objectifs poursuivis par leurs auteurs* ».

La question soulevée par l'arrêt du 20 décembre 2018 est donc la suivante : **l'application littérale des termes d'une instruction administrative peut-elle être constitutive d'un abus de droit au sens de l'article L. 64 du LPF ?** Cette question appelle une réponse au passé, au présent et au futur.

### ♦ La réponse ancienne

5. Il ressort de la jurisprudence ancienne que le juge ne peut se livrer à une interprétation de la doctrine administrative<sup>2</sup>.

1 BOI 5 C 1-07, 22 janv. 2007, § 165.

2 CE, sect., 30 juin 1972, n° 80083 : Dupont 10/72 p. 329. - La garantie contre les changements de doctrine administrative : RJF 11/76, p. 330. - M. Constant, La garantie contre les changements de doctrine administrative et le praticien : RJF 5/90 p. 322.

Lorsque le contribuable invoque le bénéfice d'une instruction sur le fondement de l'article L. 80 A du LPF, cette instruction doit être appliquée à la lettre, sans que ni le contribuable ni l'administration puisse faire état de son objet ou de son intention : selon la formule célèbre de M. Jérôme Turot, « *La doctrine n'a aucun esprit* »<sup>3</sup>. Cette solution a été confirmée par un avis rendu par l'assemblée du contentieux du Conseil d'État le 8 avril 1998<sup>4</sup> qui a décidé que l'administration ne peut faire échec à la garantie issue de l'article L. 80 A du LPF en recourant à la procédure de répression des abus de droit prévue à l'article L. 64 du même livre dès lors que le contribuable remplit les conditions auxquelles l'instruction ou la circulaire subordonne le bénéfice de l'interprétation qu'elle donne. Cette solution est également celle retenue par le Comité de l'abus de droit fiscal dans trois avis rendus le 6 novembre 2015<sup>5</sup>.

#### ◆ La réponse actuelle

6. L'article 35 de la loi de finances rectificative n° 2008-1443 a introduit dans l'article L. 64 du LPF le terme « *décisions* » : désormais l'administration est en droit d'écarter comme ne lui étant pas opposables les actes constitutifs d'un abus de droit lorsque « (...) *recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles* ». La Cour de Paris s'appuie sur le rapport fait par M. Gilles Carrez au nom de la commission des finances de l'Assemblée nationale, qui mentionne que le terme « *décisions* » désigne « *en particulier les décisions ministérielles ayant une portée générale* » pour en conclure que « *le législateur a ainsi entendu viser les instructions ou circulaires de l'administration fiscale comportant des dispositions impératives opposables à celle-ci sur le fondement de l'article L. 80 A du LPF* ». Dès lors, la Cour de Paris considère que la procédure de répression des abus de droit peut valablement être mise en œuvre quand un contribuable a recherché le bénéfice d'une application littérale d'une instruction à l'encontre des objectifs poursuivis par son auteur.

7. L'arrêt rendu par la Cour de Paris le 20 décembre 2018 apporte ainsi une réponse différente à la question posée, basée sur la version enrichie du terme « *décisions* » de l'article L. 64. Or le mot « *décisions* » pose difficulté à deux égards : d'une part au regard de son origine, d'autre part au regard de sa signification.

> M. Olivier Fouquet explique dans une chronique récente l'origine accidentelle du mot « *décisions* » qui figure désormais à l'article L. 64 du LPF : il expose précisément que l'ajout de ce mot résulte d'une modification malheureuse pour mettre en conformité la définition de l'abus de droit fiscal à celle de

l'abus de droit social, alors que le texte de l'article L. 64 du LPF proposé par le rapport présenté en 1998 par la Commission Fouquet (dont la rédaction reprenait elle-même la définition donnée par la jurisprudence du Conseil d'État) ne comportait nullement ce mot<sup>6</sup>.

> La signification du terme « *décisions* » est polymorphe en droit. En droit administratif, la décision relève de la catégorie des actes administratifs (notion qui résulte elle-même d'une construction essentiellement jurisprudentielle)<sup>7</sup>. Le code des relations entre le public et l'administration adopté en 2015 ne propose pas véritablement de définition de l'acte administratif mais distingue les principales catégories afin de pouvoir préciser leur régime juridique : un auteur se félicite ainsi de la distinction bienvenue apportée entre acte administratif unilatéral et décision administrative par l'article L. 200-1 qui distingue « *les actes administratifs unilatéraux décisifs et non-décisifs* » ; il souligne toutefois que l'acte administratif unilatéral et la décision administrative sont très régulièrement assimilés par les auteurs<sup>8</sup>. Pour certains commentateurs, le terme « *décisions* » de l'article L. 64 LPF vise plus spécifiquement les « *décisions du ministre* », c'est-à-dire les rescrits<sup>9</sup>. Pour un autre auteur, une « *décision* » vise un ou plusieurs bénéficiaires déterminés et non les instructions et circulaires<sup>10</sup>. Pour la doctrine administrative enfin, « *les décisions susceptibles d'être prises en compte pour établir une fraude à la loi s'entendent de celles qui vont au-delà du simple commentaire de la norme et qui de ce fait créent du droit* »<sup>11</sup> : les instructions qui ont pour seul objet de commenter la norme ne créent pas du droit, mais les instructions qui comportent une interprétation ajoutent à la norme et leur interprétation littérale serait susceptible d'entraîner application de la procédure d'abus de droit<sup>12</sup>.

Dans ces conditions, l'inclusion du mot « *décisions* » au contenu incertain au cœur de l'article L. 64 du LPF peut sembler particulièrement périlleuse pour les contribuables ou à tout le moins teintée d'une incertitude ne favorisant guère la sécurité juridique à laquelle le contribuable peut, ou croit pouvoir, s'attendre.

#### ◆ La réponse future

8. On peut s'interroger sur la réponse qui doit être donnée dans l'avenir à la question de l'application littérale ou suivant la *ratio legis* de la norme, ici d'une instruction administrative

3 J. Turot, La vraie nature de la garantie contre les changements de doctrine : RJF 1992, p. 371.

4 CE, ass., avis, 8 avr. 1998, n° 192539, SDCMO : Dr. fisc. 1998, n° 18, comm. 398 ; RJF 5/98 n° 593, concl. G. Goulard p. 378, chron. S. Verclytte p. 359.

5 CADF, avis n° 2015-07, 2015-08 et 2015-09 : FR 10/16, inf. 1.

6 O. Fouquet, La garantie contre les changements de doctrine remise en cause ? : RJF 4/19, n° 4.

7 C. Froger, Notion d'acte administratif : JCl. Administratif, Fasc. 106-10, n° 7.

8 F. Melleray, Les apports du CRPA à la théorie de l'acte administratif unilatéral : AJDA 2015, p. 2491. Pour un autre auteur, la définition de la décision administrative est fort complexe et inopportune dans le cadre de ce code (B. Defoort, Définir la décision administrative dans le futur Code des relations entre le public et les administrations ? : AJDA 2015, p. 811 ; du même auteur : La décision administrative, LGDJ 2015).

9 N. Chahid-Nourai et L. Olléon, Abus de droit et garantie contre les changements de doctrine : une réponse ou des questions ? : Dr. fisc. 2019, n° 5, act. 17.

10 O. Debat, Faut-il avoir peur de la doctrine administrative ? : RFP 2019, n° 2, 2.

11 BOI-CF-IOR-30, 24 nov. 2014, § 80.

12 Les réponses ministérielles et les rescrits sont également des *décisions* au sens de l'article 64 du LPF (BOI-CF-IOR-30, 24 nov. 2014, § 100).



au regard de la notion d'abus de droit fiscal. En effet, la solution qui vient d'être formulée par la Cour de Paris tend à remettre en cause la garantie offerte par l'article L. 80 A du LPF puisque le contribuable peut désormais être sanctionné au titre de l'abus de droit alors même qu'il a strictement respecté les conditions posées par la doctrine. Les auteurs et les praticiens appellent de leurs vœux une sanction par le Conseil d'État de l'arrêt du 20 décembre 2018<sup>13</sup>, mais celle-ci n'est pas certaine. En effet, le nouvel article L. 64 A du LPF, issu de la loi de finances pour 2019 et commenté ci-après, comporte également le terme « décisions », ce qui semble conforter la volonté du législateur d'utiliser ce terme, et donc, sans doute, d'inclure la doctrine administrative dans le champ de l'abus de droit, et confirme ainsi l'analyse de la Cour de Paris dans la décision commentée. On peut ensuite rapprocher cette décision de celle du Conseil d'État du 25 octobre 2017<sup>14</sup> aux termes de laquelle l'administration est fondée à opposer l'abus de droit par fraude à la loi à un contribuable lorsque la norme dont il recherche le bénéfice procède d'une convention fiscale bilatérale (même si la convention ne prévoit pas explicitement l'hypothèse de la fraude à la loi).

On ne peut dès lors que constater l'élargissement du champ des dispositions dont l'application littérale est susceptible d'être condamnée au titre de l'abus de droit fiscal.

L. CHATAIN ■

**9. Abus de droit – But principalement fiscal – Nouvel article L. 64 A LPF** - La loi de finances pour 2019 étend la notion d'abus de droit, dans la branche de fraude à la loi, aux opérations à motivation fiscale principale, tout en réservant l'application des pénalités de 80% ou 40% prévues au b) de l'article 1729 du CGI aux opérations dont le motif est exclusivement fiscal.

**L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018 de finances pour 2019, art. 109 ; JO 30 déc. 2018, texte n° 1 (V. annexe 1)**

**10.** Les réformes de l'abus de droit fiscal vont bon train. À l'instar d'Agatha Christie, le législateur ne cesse de manier l'art de l'intrigue et de défier la sagacité des contribuables. Tous coupables ? Telle est l'interrogation que suscite l'article 109 de la loi de finances pour 2019, à l'origine de l'article L. 64 A du LPF, qui élargit la notion d'abus de droit désormais appliquée aux opérations à motivation fiscale « principale » et non plus seulement « exclusive ». À cette exception près, les dispositions de l'article L. 64 A du LPF, dans sa branche relative à la fraude à la loi, sont analogues à celles de l'abus de droit déjà prévu à l'article L. 64 du LPF. La branche de l'abus de droit « historique » portant sur les situations de fictivité

juridique – ou abus de droit par simulation – n'est pas reprise par l'article L. 64 A du LPF, le caractère exclusivement fiscal d'un acte fictif faisant peu de doute.

**11.** L'introduction de l'article L. 64 A du LPF, qui couvre l'ensemble des impôts (autres que l'impôt sur les sociétés, couvert par un article dédié), procède d'un amendement parlementaire soutenu par le Gouvernement. Cette position s'inscrit à rebours de celle du précédent gouvernement dont le ministre délégué au budget avait donné, dans le cadre de la loi de finances pour 2014<sup>15</sup>, un avis défavorable à un amendement identique visant à réformer l'article L. 64 du LPF. À l'époque, le législateur avait en outre assorti sa nouvelle définition de l'abus de droit de la pénalité, de 80% ou de 40%, prévue au b) de l'article 1729 du CGI dont l'automatisme avait notamment motivé la censure du Conseil constitutionnel<sup>16</sup>.

**12.** Si le législateur a largement communiqué sur les enseignements qu'il a tirés des objections du Conseil constitutionnel lors de la rédaction de l'article L. 64 A du LPF (i), cette prudence affichée nous semble toutefois peu convaincante eu égard aux nombreuses incertitudes entourant les conditions de sa mise en œuvre par l'administration fiscale (ii).

**13.** L'article L. 64 A du LPF sera applicable aux rectifications notifiées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021 et portant sur des actes réalisés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020.

◆ **Une rédaction prudente nourrie par le précédent échec de la réforme de l'abus de droit...**

**14.** L'article L. 64 du LPF, reprenant la jurisprudence *Janfin* du Conseil d'État<sup>17</sup>, fixe, en dehors du cas de la fictivité des actes, deux critères cumulatifs devant être réunis afin de qualifier un abus de droit : d'une part, la recherche du bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs et, d'autre part, l'absence d'autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales.

Le nouvel article L. 64 A du LPF, qui crée une deuxième définition de l'abus de droit se superposant à celle de l'article L. 64 du LPF, permet à l'administration fiscale « d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ont pour motif principal d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ».

Ce faisant, le législateur a concrétisé une proposition formulée récemment par la mission d'information parlementaire sur l'évasion fiscale internationale des entreprises<sup>18</sup>

13 O. Fouquet, préc. - N. Chahid-Nourai et L. Olléon, préc. - O. Debat, préc. - J. Turot, in Dr. fisc. 2019, comm. 206. A contrario, V. dans le présent numéro P.-F. Racine, « L'extension indéfinie du domaine de la lutte » contre l'abus de droit : IP 1-2009, n° 1.

14 CE, plen. fisc., 25 oct. 2017, n° 396954, Verdannet : Dr. fisc. 2018, n° 2, comm. 64, concl. E. Crépey, note F. Deboissy.

15 L. n° 2013-1278, 29 déc. 2013, art. 100.

16 CC, 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC. - O. Fouquet, Abus de droit : la sécurité juridique rédactionnelle : Dr. fisc. 2014, n° 1-2, act. 3.

17 CE, sect., 27 sept. 2006, n° 260050, Sté Janfin.

18 V. AN, comm. fin., rapp. n° 1236, 12 sept. 2018, p. 17. Pour une présentation de ce rapport par la rapporteure de la mission d'information, voir FI 1-2019, n° 9.1.1.

aboutissant à un « *abus de droit à deux étages* »<sup>19</sup> composé d'un premier étage qualifié de « *mini-abus de droit* »<sup>20</sup> et d'un second étage afférent à l'abus de droit « *historique* »<sup>21</sup>.

15. À en croire les travaux parlementaires, le législateur a laissé à l'administration fiscale, à l'instar d'Alain Corneau, « *Le Choix des armes* », ce qui suppose d'accorder au contribuable les mêmes garanties<sup>22</sup>. Ainsi, les litiges résultant de la procédure du « *mini-abus de droit* » pourront, au même titre que l'abus de droit « *historique* », être soumis à l'avis du Comité de l'abus de droit fiscal<sup>23</sup>.

La **nouvelle définition de l'abus de droit diffère toutefois sur le plan des pénalités fiscales**. Si elle reprend *in extenso* l'article 100 de la loi de finances pour 2014 censuré par le Conseil constitutionnel<sup>24</sup>, la loi de finances pour 2019 ne modifie pas symétriquement le b) de l'article 1729 du CGI prévoyant les majorations applicables dans le cadre de l'article L. 64 du LPF. Il en résulte que la procédure du « *mini-abus de droit* » de l'article L. 64 A du LPF ne devrait être assortie d'aucune pénalité automatique pour abus de droit puisque non expressément prévue par le texte et clairement exclue par les travaux parlementaires<sup>25</sup>.

16. **La constitutionnalité de ce texte reposerait donc, selon les travaux parlementaires, sur l'absence d'application systématique des pénalités du b) de l'article 1729 du CGI** dans le cas où serait caractérisé un abus de droit à motif principalement fiscal. N'assortir ce nouveau dispositif d'aucune pénalité automatique sera-t-il suffisant pour assurer sa constitutionnalité ? L'auteur de cet amendement semble y avoir répondu par l'affirmative<sup>26</sup>. Qu'il nous soit toutefois permis de formuler certains doutes à cet égard.

#### ◆ ... qui ne devrait pas pour autant satisfaire le juge constitutionnel

19 V. AN, comm. fin., rapp. n° 1302, 11 oct. 2018, Tome III, p. 59 – amendement n° II-1949, 9 nov. 2018, après art. L48 LPF. - V. également rapport de A. de Montgolfier, rapporteur général de la commission des finances du sénat, 22 nov. 2018, Doc. Sénat n° 147, tome III, p. 47.

20 La nouvelle procédure de « *mini-abus de droit* » vise à écarter les actes motivés par un objectif fiscal principal sans pour autant emporter l'application de majorations automatiques. V. O. Fouquet, Les deux nouvelles procédures de « *mini-abus de droit* » instituées par le projet de loi de finances pour 2019 sont-elles constitutionnelles ? : Dr. fisc. 2018, n° 49, act. 519.

21 L'application de la procédure d'abus de droit « *historique* » est limitée aux opérations empruntées d'un motif exclusivement fiscal dont la démonstration est assortie d'une des pénalités prévues au b) de l'article 1729 du CGI.

22 La réforme introduit une avancée pour le contribuable puisque désormais, lorsque le Comité de l'abus de droit fiscal est saisi et se prononce dans un sens conforme aux prétentions de l'administration, l'avis du Comité n'aura plus pour effet de renverser la charge de la preuve si bien que l'administration continuera de supporter, en principe, la charge de la preuve de l'abus de droit. Ceci vaut à la fois pour les litiges fondés sur l'article L. 64 du LPF que son cadet, l'article L. 64 A du LPF. En outre, l'article L. 64 B du LPF est amendé de sorte que la procédure d'abus de droit visée à l'article L. 64 A du LPF n'est pas applicable lorsque le contribuable a sollicité un rescrit sur la validité d'une opération auquel l'administration n'a pas répondu dans les six mois.

23 L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018, art. 202, I, IV et V.

24 CC, 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC, préc.

25 V. AN, comm. fin., rapp. n° 1302, 11 oct. 2018, Tome III, p. 55 et 58.

26 V. n° 17.

17. Afin de soutenir le caractère constitutionnel de l'article L. 64 A du LPF, **les travaux parlementaires se fondent sur deux décisions rendues par le Conseil constitutionnel en 2013 et 2015**.

18. Par une décision du 29 décembre 2013<sup>27</sup>, le Conseil constitutionnel a censuré la première tentative de réforme de l'article L. 64 du LPF par un double motif tiré, d'une part, de l'imprécision du terme « *principal* » qui donnait une importante marge d'appréciation à l'administration fiscale, tandis que, d'autre part, l'abus de droit était sanctionné par des pénalités importantes et automatiques au taux de 80% ou 40%. En n'assortissant l'article L. 64 A du LPF d'aucune pénalité automatique, le législateur estime l'avoir préservé de toute censure constitutionnelle. Or, force est de constater que **le motif d'imprécision sur lequel se fondait la décision susvisée demeure** au cas particulier de l'article L. 64 A du LPF.

19. Cette dernière observation ne serait pas de nature, selon le législateur, à fragiliser le dispositif du « *mini-abus de droit* », qu'il qualifie de texte d'assiette. Plus précisément, l'auteur de l'amendement s'appuie sur la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 29 décembre 2015 consacrant la constitutionnalité de la clause anti-abus du régime des sociétés mères<sup>28</sup>, construite autour d'un but principalement fiscal également<sup>29</sup>, au motif qu'il s'agit d'un texte d'assiette qui n'institue aucune sanction et qui ne constitue pas une sanction par lui-même. Ce faisant, le Conseil constitutionnel a jugé inopérante l'invocation de l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi sur lequel, entre autres, il fondait sa décision de 2013. Cette décision avait conduit Olivier Fouquet à considérer que le motif principal est insuffisamment précis lorsqu'il s'applique à un texte déterminant l'application d'une pénalité mais suffisamment précis s'agissant d'un texte d'assiette<sup>30</sup>, ce que les travaux parlementaires de la loi de finances pour 2019 n'ont pas manqué de rappeler<sup>31</sup>.

Or, **il n'est pas évident que l'article L. 64 A du LPF constitue un texte d'assiette**. En effet, si l'article 119 ter CGI impose tant à l'administration fiscale qu'au contribuable d'écarter les montages incriminés en privant ce dernier du bénéfice d'un régime fiscal particulier, l'article L. 64 A du LPF vise en revanche à conférer à l'administration fiscale, à l'occasion de l'exercice de son pouvoir de contrôle fiscal, le « *droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes qui (...) ont pour motif principal* » d'éviter l'impôt. La circonstance qu'aucune pénalité automatique ne soit attachée à la procédure du « *mini-abus de droit* » devrait être sans incidence sur cette analyse.

En outre, les dispositions du 3° de l'article 119 ter du CGI, validées par le Conseil constitutionnel en 2015, diffèrent de

27 CC, 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC, préc.

28 V. CGI, art. 119 ter, 3° repris à l'identique par le nouvel article 205 A du CGI.

29 V. CC, 29 déc. 2015, n° 2015-726 DC. - O. Fouquet, Dispositif anti-abus et poursuite d'un but principalement fiscal : Dr. fisc. 2016, n° 4, act. 50.

30 O. Fouquet, Dispositif anti-abus et poursuite d'un but principalement fiscal, préc.

31 V. également Comm. fin. Sénat, rapport n° 147, 22 nov. 2018, tome III, p. 48

celles du nouvel article L. 64 A du LPF. Premièrement, l'article 119 ter du CGI constitue un texte d'assiette selon le Conseil constitutionnel et classifié en tant que tel au Livre premier du CGI. Deuxièmement, l'application de l'article 119 ter du CGI nécessite la démonstration d'un « montage non authentique » par l'administration fiscale<sup>32</sup>.

**20. Au surplus, l'absence d'automatisme des sanctions de l'article 1729 du CGI, dressée en rempart contre toute tentative de censure, doit être nuancée.** L'administration fiscale pourrait estimer que la simple application de l'article L. 64 A du LPF suffit à appliquer la majoration de 40% pour manquement délibéré du a) de l'article 1729 du CGI ou de 80% en cas de manœuvre frauduleuse prévue au c) du même article. Les travaux parlementaires l'envisagent sans détour<sup>33</sup>.

En matière de manquement délibéré particulièrement, la jurisprudence considère qu'une simple référence aux considérations de fait caractérisant une fraude à la loi suffit à établir l'intention du contribuable d'éviter l'impôt et donc l'application de la pénalité de 40%<sup>34</sup>. En effet, dès lors que l'élément intentionnel inhérent à la notion d'abus de droit principalement ou exclusivement fiscal est constaté, on voit mal comment l'administration fiscale ne pourrait pas appliquer la pénalité de 40% pour manquement délibéré. Néanmoins, retenir une telle approche s'avérerait contraire au raisonnement retenu par le Conseil constitutionnel en 2013 dès lors qu'elle objectiverait le caractère automatique de la pénalité du a) de l'article 1729 du CGI, plaçant ainsi l'article L. 64 A du LPF dans la même situation que la précédente tentative de réforme. Le principe de légalité des délits et des peines s'en trouverait sérieusement écorné.

**21. Si paradoxal que cela puisse paraître, l'article L. 64 A du LPF vient d'ouvrir une période d'insécurité juridique, tant pour le contribuable que pour l'administration fiscale.** Ce constat se trouve renforcé depuis l'adoption de la loi relative à la lutte contre la fraude qui impose désormais à l'administration fiscale, dans certaines circonstances, de transmettre le dossier au parquet. L'arrêt rendu par le Conseil d'État le 28 février 2019<sup>35</sup>, qui exige de l'administration fiscale la preuve que le contribuable avait conscience de commettre un abus

de droit, constitue certainement la première pierre du juge dans sa construction contemporaine de la notion d'abus de droit par fraude à la loi.

Par ailleurs, le motif principalement fiscal engendrera nécessairement d'importantes difficultés en termes de gestion de la procédure. Comment apprécier *in concreto* le poids d'un but autre que fiscal au regard du but fiscal, lequel s'apprécie immédiatement en fonction du montant de l'impôt évité ? Il est vrai que la question interpelle et stimule la prospective à l'envi tant il est délicat de pondérer l'importance relative des différents motifs qui ont pu présider à une opération. Le Conseil d'État, juge du droit et non du fait, risquerait également de ne plus être en mesure d'assurer l'application uniforme du concept d'abus de droit compte tenu de la marge d'appréciation souveraine dont disposeront les juges du fond sur le caractère « principal » du but fiscal poursuivi.

**22. En tout état de cause, le contribuable dont l'opération est principalement motivée par un but fiscal, pourra toujours tirer argument de ce que l'opération en cause ne repose pas sur une « application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs »** qui, ne l'oublions pas, constitue la deuxième condition d'application de l'article L. 64 A du LPF. C'est ce principe qu'a été obligé de rappeler – s'il en était besoin – le ministre dans un communiqué relatif aux « transmissions anticipées, notamment celles pour lesquelles le donateur se réserve l'usufruit du bien transmis »<sup>36</sup>. Il en résulte que les opérations de transmission-Dutreil ou de donation ou d'apport avant cession ne devraient pas être remises en cause par la définition du « mini-abus de droit », sauf à ne pas respecter les critères d'ores et déjà posés par le législateur et la jurisprudence.

**23. Enfin, il est regrettable que l'opportunité de l'article L. 64 A du LPF n'ait pas été davantage débattue en commission et que ce texte n'ait pas fait l'objet d'un contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel faute de saisine.** Le caractère hâtif des travaux parlementaires ainsi que le report de l'entrée en vigueur de l'article L. 64 A du LPF illustrent l'importance que le législateur accorde aux commentaires administratifs. Ce désengagement du législateur ressort d'ailleurs clairement du communiqué précité publié par le ministre. En conséquence, l'article L. 64 A du LPF ne méconnaîtrait-il pas l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi<sup>37</sup> ? Gageons que, même sans avoir (re)lu Sartre, l'administration fiscale aura désormais pleinement conscience que, également en matière fiscale, « la confiance se gagne en gouttes, et se perd en litres ».

32 BOI-IS-BASE-10-10-10-10, 5 oct. 2015, § 220 et 230 : « Pour l'application de cette disposition, la notion de motifs commerciaux s'entend au sens large de toute justification économique même si elle n'est pas liée à l'exercice d'une activité commerciale au sens de l'article 34 du CGI. Sont donc susceptibles d'être considérées comme présentant des motifs valables au sens de la clause des structures de détention patrimoniale, d'activités financières ou encore des structures répondant à un objectif organisationnel. Dans le cas où un montage procure des avantages à la fois d'ordre économique et fiscal, mais où l'avantage d'ordre économique est très marginal par rapport à l'avantage fiscal obtenu, le motif économique est susceptible d'être considéré comme non valable. »

33 AN, comm. fin., rapp. n° 1302, 11 oct. 2018, p. 58. Selon le rapporteur général, Joël Giraud : « [...] Je rappelle aussi que le droit commun du contrôle fiscal reste applicable : si les montages entrant dans le champ de la clause anti-abus se révèlent constitutifs de manquements délibérés ou de manœuvres frauduleuses, ils pourront se voir appliquer les majorations prévues dans ce cadre. J'émet donc un avis défavorable. »

34 V. CAA Nantes, 7 avr. 2008, n° 06-976, Paumard, et n° 06-453, Ciavatta : RJF 2008, n° 1104.

35 CE, 8<sup>e</sup> ch., 28 févr. 2019, n° 419191.

36 MACP, communiqué n° 568, 19 janv. 2019 : IP 1-2019, n° 5, § 49.

37 CC, 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC, § 114 : « Considérant, d'une part, qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui impose d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi. »



24. De tout ce qui précède, il ressort que la validité de l'article L. 64 A du LPF au regard de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ainsi que du principe de légalité des délits et des peines sur lesquels le Conseil constitutionnel a fondé sa décision de 2013 se pose avec la plus grande acuité en 2019. En attendant la première question prioritaire de constitutionnalité, et s'il nous est permis de verser dans l'épanadiplose, il est à craindre que tous soient coupables, à bord de cet Orient-Express dont nous discernons mal la destination.

O. JANORAY ET A. GRAJALÈS ■

## Cession de l'entreprise

**25. Opération d'échange de titres - Plus-value - Sursis d'imposition (CGI, art. 150-0 B) – Parts d'une société de personnes** - Le Conseil d'État juge que le mécanisme du sursis d'imposition de l'article 150-0 B du CGI s'applique en cas d'apport de parts d'une société de personnes.

**CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ch., 27 févr. 2019, n° 408457, Jacob, concl. E. Bokdam-Tognetti (V. annexe 2)**

26. L'arrêt rendu par le Conseil d'État le 27 février 2019 apporte des réponses intéressantes à la question du champ d'application de l'article 150-0 B du CGI d'une part, et à celle de l'exercice de l'activité professionnelle dans une société de personnes d'autre part.

Les faits de cette affaire sont relativement simples. Lors de la constitution de la SAS La Compagnie du Bocage (CBD) en mai 2001, M. B. lui a apporté 100 000 actions de la société Legris Industries et 391 732 parts de la société en participation de VM. En contrepartie de cet apport, M. B. a reçu 50 597 200 actions de la SAS CBD. En janvier 2008, la SAS a racheté à M. B. une partie de ses titres et réduit son capital. L'administration a alors soumis les plus-values d'échange réalisées par M. B. en mai 2001 à l'impôt sur le revenu et aux contributions sociales au titre des années 2008, 2009 et 2010, dès lors qu'elles ont été regardées comme ayant bénéficié du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du CGI jusqu'à la cession des titres correspondants. L'administration a par suite procédé à des rectifications sur le montant du revenu global du foyer de M. B. et au rappel du droit à restitution dont les époux B. avaient bénéficié en 2010 au titre du plafonnement à 50 % de leur revenu de l'année 2008. M. B. a alors demandé la décharge de ce rappel en soutenant que le droit de reprise de l'administration était prescrit à la date de la proposition de rectification du 15 décembre 2011 puisque l'apport des parts de la SEP de VM n'entraîne pas dans les prévisions de l'article 150-0 B. Le Tribunal administratif de Paris puis la Cour administrative d'appel de Paris ont rejeté la demande en décharge de M. B., ce qui est confirmé par le Conseil d'État dans son arrêt du 27 février 2019.

◇ **Le sursis d'imposition prévu par l'article 150-0 B du CGI s'applique-t-il aux parts de sociétés de personnes ?**

27. À cette question, l'arrêt répond : « Il résulte, en premier lieu, des dispositions de l'article 150-0 B du code général des impôts citées ci-dessus, éclairées par les travaux préparatoires de la loi du 30 décembre 1999 de finances pour 2000 dont elles sont issues, que le législateur a entendu inclure dans le champ du sursis d'imposition les plus-values d'échange procédant de l'ensemble des opérations d'apport à une société soumise à l'impôt sur les sociétés, qu'elles portent sur des titres représentatifs d'un capital social ou, comme en l'espèce, sur des parts de sociétés de personnes ».

**Cette réponse se justifie au regard des termes mêmes de la loi et de la volonté du législateur.**

28. Indiquons à titre liminaire que le droit fiscal utilise largement la qualification de « société de personnes ». Or cette qualification est depuis longtemps délaissée en droit des sociétés<sup>38</sup>. La majorité des auteurs rejettent la distinction entre société de personnes et société de capitaux qui était sensée reposer sur l'*intuitus personae* pesant sur l'associé des sociétés de personnes au contraire des sociétés de capitaux où la personne de l'associé compte moins que ses apports<sup>39</sup>. Ainsi le terme de « parts de sociétés de personnes » utilisé dans l'arrêt du 27 février 2019 est-il formellement inapproprié : on comprend bien que sont en fait visés les droits dans les sociétés énumérées aux articles 8 à 8 ter du CGI, c'est à dire notamment les parts de SNC, de SCS, de sociétés civiles, de SEP, de SARL non soumises à l'IS, d'EARL, de SCP, d'EURL (pour l'associé unique personne physique) ou encore les actions de SA ou SAS non soumises à l'IS...

29. Attachons-nous ensuite au **texte même de la loi**.

Dans sa rédaction applicable à la date de l'opération d'échange, le premier alinéa de l'article 150-0 B du CGI dispose : « Les dispositions de l'article 150-0 A ne sont pas applicables, au titre de l'année de l'échange des titres, aux plus-values réalisées dans le cadre d'une opération d'offre publique, de fusion, de scission, d'absorption d'un fonds commun de placement par une société d'investissement à capital variable, de conversion, de division, ou de regroupement, réalisée conformément à la réglementation en vigueur ou d'un apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés. » Cet article vise donc expressément les apports de « titres ».

À la même date, le 1<sup>er</sup> du I de l'article 150-0 A dispose : « Sous réserve des dispositions propres aux bénéficiaires industriels et commerciaux, aux bénéficiaires non commerciaux et aux bénéficiaires agricoles ainsi que de l'article 150 A bis, les gains nets retirés des cessions à titre onéreux, effectuées directement ou par personne interposée, de valeurs mobilières, de droits sociaux, de titres mentionnés au 1<sup>er</sup> de l'article 118 et aux 6<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> de l'article 120, de droits portant sur

38 P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés : Domat 6<sup>e</sup> éd. 2015, p. 20 n° 2.

39 M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, Droit des sociétés : LexisNexis 31<sup>e</sup> éd. 2018, p. 16, n° 38 : aujourd'hui seules les sociétés dont les titres sont négociés sur un marché réglementé peuvent véritablement être qualifiées de sociétés de capitaux.

ces valeurs, droits ou titres ou de titres représentatifs des mêmes valeurs, droits ou titres, sont soumis à l'impôt sur le revenu lorsque le montant de ces cessions excède, par foyer fiscal, 50 000 F par an. ». Le texte de l'article 150-O A vise donc quant à lui les valeurs mobilières, les droits sociaux et les titres mentionnés au 1° de l'article 118 et aux 6° et 7° de l'article 120 (c'est-à-dire plus simplement les obligations).

### Que faut-il donc entendre par titre, valeur mobilière ou droit social ?

Dans la catégorie des instruments financiers, l'article L. 211-1 du code monétaire et financier distingue les « titres financiers » (titres de capital émis par les sociétés par actions, titres de créances et parts et actions d'organismes de placement collectif) et les contrats financiers.

Les « valeurs mobilières » sont définies par l'alinéa 2 de l'article L. 228-1 du Code de commerce qui dispose que : « Les valeurs mobilières sont des titres financiers au sens de l'article L. 211-1 du code monétaire et financier qui confèrent des droits identiques par catégorie ».

Les « droits sociaux » regroupent normalement les actions et les parts sociales<sup>40</sup>. On distingue usuellement les titres négociables et les parts sociales qui ne sont pas négociables (c'est-à-dire cessibles selon un mode simplifié de cession)<sup>41</sup>.

Le texte de l'article 150-O A vise les « valeurs mobilières » et les « droits sociaux » : sont donc normalement concernées les actions et parts sociales. C'est d'ailleurs la solution retenue par la doctrine administrative<sup>42</sup>. En revanche, l'article 150-O B vise les apports de « titres ». Si l'on applique strictement la terminologie retenue par le CMF, les parts sociales ne sauraient être qualifiées de « titre financier ». Mais cette qualification financière du titre semble particulièrement limitée. En effet, le terme de titre n'a pas véritablement de définition en droit : il peut s'agir d'un écrit constatant un acte juridique, d'un titre juste ou putatif, d'un titre exécutoire, d'un titre participatif, etc. Ainsi, on peut adopter une vision large du terme au sens de « titre de société » (comme lorsque sont opposés titres négociables et non négociables, titres nominatifs ou titres au porteur, titres de capital et titres de créance<sup>43</sup>) : les parts sociales peuvent alors valablement être qualifiées de titres.

### 30. Attachons-nous enfin à la volonté du législateur.

L'arrêt du 27 février 2019 indique qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi de finances pour 2000 à l'origine de l'article 150-O B que le législateur a entendu inclure dans le champ du sursis d'imposition toutes les plus-values d'échange liées aux opérations d'apport à une société soumise à l'IS « qu'elles portent sur des titres représentatifs du capital social ou, comme en l'espèce, sur des parts de sociétés de personnes ». On peut regretter la formulation retenue par le Conseil d'État

dans la mesure où les parts de sociétés de personnes représentent tout autant le capital social que les autres titres (la formulation du Conseil d'État relève à nos yeux d'une confusion malheureuse entre la notion de part sociale et celle plus ancienne de part d'intérêt). En revanche, nous rejoignons tout à fait l'analyse des travaux parlementaires de la loi de finances pour 2000. L'article 60 du projet de loi de finances pour 2000 avait en effet pour objet de fusionner les régimes d'imposition des plus-values de cession à titre onéreux de valeurs mobilières et de droits sociaux réalisées par les particuliers ainsi que d'aménager le régime de différé d'imposition des plus-values d'échange de ces mêmes titres<sup>44</sup>. Le rapport fait au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan sur ce projet de loi indique qu'il s'agissait alors pour le Gouvernement de faire du sursis d'imposition la règle générale applicable à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2000. Le texte proposé pour le nouvel article 150-O B du CGI retenait donc les principes suivants : « Le régime du sursis d'imposition serait désormais la règle pour l'ensemble des plus-values d'échange de valeurs mobilières et de droits sociaux cotés ou non cotés. En pratique, il serait étendu à celles apparues dans le cadre d'offres publiques d'échange, de fusion, de scission, d'absorption d'un FCP par une SICAV, qui relèvent actuellement du régime du report d'imposition soit sur le fondement de l'article 92 B du code général des impôts (titres cotés), soit sur le fondement de l'article 92 J (titres non cotés), soit sur le fondement de l'article 92 K (parts de sociétés de personnes), soit sur le fondement de l'article 160 (participations supérieures à 25 %). »

L'application aux parts de sociétés de personnes du sursis d'imposition prévu par l'article 150-O B du CGI résulte donc bien à la foi de la lettre du texte et de l'intention du législateur, comme l'énonce l'arrêt commenté.

### ◆ Un associé d'une société de personnes n'ayant pas été désigné pour gérer la société peut-il être présumé y exercer une activité professionnelle ?

**31.** Aux termes de l'article 151 nonies du CGI, « Lorsqu'un contribuable exerce son activité professionnelle dans le cadre d'une société dont les bénéfices sont, en application des articles 8 et 8 ter, soumis en son nom à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des bénéfices agricoles réels, des bénéfices industriels ou commerciaux ou des bénéfices non commerciaux, ses droits ou parts dans la société sont considérés (...) comme des éléments d'actif affectés à l'exercice de la profession ». Lorsque les titres d'une société de personnes sont qualifiés de biens professionnels au sens de cet article, les plus-values réalisées à l'occasion de la cession des parts sont imposées selon le régime des plus-values professionnelles<sup>45</sup>. Ainsi, bien qu'ils constituent des droits sociaux, sont exclus du champ d'application de l'article 150-O A du CGI les titres qui sont considérés comme des éléments d'actif affectés à l'exercice

40 P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, *op. cit.*, p. 355 n° 533 et s. Pour la doctrine administrative les droits sociaux sont uniquement des parts sociales (BOI-RPPM-PVBMI-10-10-10, 4 mars 2016, § 140).

41 P. Reigné et Y. Delorme, Réflexions sur la distinction de l'associé et de l'actionnaire : D. 2002, n° 1330.

42 BOI-RPPM-PVBMI-10-10-10, 4 mars 2016, § 100 et s.

43 M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, Droit des sociétés, *op. cit.*, p. 549, n° 1328 et s.

44 AN, Rapport n° 1861 fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi de finances pour 2000 n° 1805, T. III, Vol. 1.

45 CGI, art. 39 duodécies.



de la profession du cédant en application du I de l'article 151 nonies du CGI<sup>46</sup>.

Il s'agissait donc dans l'affaire en cause de déterminer si les parts de la SEP de VM constituaient ou non des actifs professionnels pour déterminer l'application du régime des plus-values professionnelles ou des plus-values des particuliers (relevant donc des articles 150-O A et 150-O B du CGI).

**32.** L'article 1871-1 du code civil dispose qu'à moins qu'une organisation différente n'ait été prévue, les rapports entre associés d'une SEP sont régis soit par les dispositions applicables aux sociétés civiles, soit si elle a un caractère commercial par celles applicables aux sociétés en nom collectif. En principe, tous les associés sont gérants, mais les associés peuvent désigner l'un deux ou un tiers en cette qualité<sup>47</sup>.

Dans cette affaire, la gérance de la SEP avait été confiée dans les statuts à la société PJ Legris et Compagnie : pouvait-on considérer que M. B. exerçait son activité professionnelle dans la société sans en être le gérant ?

**33.** Dans la décision commentée, le Conseil d'État considère que : « Si, en second lieu, tout membre d'une société en participation qui a pour objet une activité imposable dans la catégorie des bénéficiaires industriels et commerciaux, des bénéficiaires agricoles ou des bénéficiaires non commerciaux, doit, en principe, être présumé y exercer une activité professionnelle, fût-ce sans l'avoir révélé aux tiers, il en va, en revanche, différemment lorsqu'une ou plusieurs personnes autres que l'intéressé, qu'il s'agisse des associés ou non, ont été désignées pour gérer la société. Dans ce cas, il ne peut être regardé comme exerçant personnellement l'activité mise en société que si sa participation effective à cette activité est établie ».

Le Conseil d'État pose donc une présomption : tout membre d'une SEP est présumé y exercer une activité professionnelle. Mais la présomption est renversée pour l'associé qui n'est pas gérant : ce dernier est présumé ne pas y exercer d'activité professionnelle sauf s'il prouve sa participation effective à l'activité sociale. Cette solution avait déjà été retenue par le Conseil d'État dans un arrêt du 9 juillet 2003<sup>48</sup>.

Cette position peut paraître sévère : on peut tout à fait envisager qu'un associé non-gérant exerce néanmoins une activité professionnelle dans la SEP. En fait, il s'agit ici de s'assurer que l'associé exerce véritablement une activité professionnelle, qu'il n'est pas un simple associé passif<sup>49</sup>. Mais cette exigence se pose également pour un associé gérant : il

doit véritablement exercer une activité professionnelle dans la société. Si l'on applique strictement la solution de l'arrêt, cela conduit dans cette dernière hypothèse à renverser la charge de la preuve en faveur du contribuable : il appartient dès lors à l'administration de prouver l'absence d'activité effective de l'associé gérant de SEP<sup>50</sup>.

L. CHATAIN ■

**34. Opérations d'apport-cession - Plus-value sur titres – Report d'imposition (CGI, art. 150-O B ter) - Aménagement de la condition de réinvestissement** – La loi de finances pour 2019 aménage le report d'imposition prévu à l'article 150-O B ter du CGI en cas d'apport-cession : d'une part, les possibilités de réinvestissement sont élargies aux investissements intermédiés, et d'autre part, la part du prix de cession des titres apportés devant être réinvestie est portée à 60 % (au lieu de 50 %).

**L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018 de finances pour 2019, art. 115 : JO 30 déc. 2018, texte n° 1 (V. annexe 3)**

**35. Rappel du régime applicable jusqu'au 31 décembre 2018** - Les plus-values d'apport de titres réalisées depuis le 14 novembre 2012 par une personne physique (ou une société de personnes relevant de l'article 8 du CGI) à une société soumise à l'IS contrôlée par l'apporteur sont automatiquement placées sous un régime de report d'imposition (CGI, art. 150-O B ter). Ce report prend fin en cas de :

- cession à titre onéreux, rachat ou remboursement des titres reçus en conséquence de l'apport ;
- cession à titre onéreux, remboursement ou annulation des titres apportés dans les 3 ans de l'apport, sauf si la société prend l'engagement d'investir dans les 24 mois de la cession, au moins 50 % du produit de la cession dans une entreprise opérationnelle.

Plus précisément, le réinvestissement peut prendre trois formes :

- le financement de moyens permanents d'exploitation affectés à une activité commerciale (CGI, art. 34 ou 35), industrielle, artisanale, libérale, agricole ou financière, à l'exception de la gestion de son propre patrimoine immobilier ;
- l'acquisition d'une fraction du capital d'une ou de plusieurs sociétés soumises à l'IS (établies en France ou dans l'EEE) et exerçant une de ces activités précitées, sachant que ce réinvestissement doit avoir pour effet de conférer le contrôle de chacune de ces sociétés ;
- la souscription en numéraire au capital initial ou à l'augmentation de capital d'une ou de plusieurs sociétés soumises à l'IS (établies en France dans l'EEE) et exerçant les activités précitées ou encore ayant pour objet exclusif de détenir des

46 BOI-RPPM-PVBMI-10-10-10, 4 mars 2016, § 150.

47 P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 922, n° 1460.

48 CE, 9 juill. 2003, n° 230116, Muel : RJF 11/03, n° 1255 ; BDCF 11/03 n° 142, concl. F. Séners ; Rev. soc. 2003, comm. 201, note J.-L. Pierre. - L. Olléon, *Actif professionnel et parts de sociétés de personnes : les mains dans le cambouis* : RJF 11/03, chron. p. 847. La solution est identique lorsque la gestion de la SEP a été confiée statutairement à une SARL dont le contribuable était lui-même gérant (CE, 11 avr. 2008, n° 289798, Hemery : RJF 7/08 n° 836 ; BDCF 7/08 n° 95, concl. C. Landais ; Dr. fisc. 2008, comm. 350, note E. Desmorieux).

49 Le Conseil d'État a jugé précédemment qu'un associé non-gérant peut exercer son activité professionnelle dans une société de personnes dès lors que le caractère professionnel de cette activité est caractérisé par les tâches qu'il effectue dans cette société (CE, 8 juin 2016, n° 387826 : RJF 10/16 n° 801, concl. E. Crépey). V. également CAA Marseille, 11 juin 2009, n° 06-3544, Tringa : RJF 7/10 n° 698.

50 Dans l'hypothèse d'un associé majoritaire unique gérant d'une société civile viticole, le Conseil d'État a jugé que la cour n'avait pas à rechercher si ce gérant unique exerçait effectivement son activité de gérance (CE, 8 mars 2002, n° 225151, Maire : RJF 6/02 n° 668 ; BDCF 6/02 n° 81, concl. S. Austry).

participations dans des sociétés exerçant les activités précitées. On notera que c'est ici le seul cas d'investissement intermédiaire autorisé, strictement encadré (exclusivité de l'objet).

Les biens ou les titres concernés doivent être conservés pendant un délai d'au moins 12 mois, décompté depuis la date de leur inscription à l'actif de la société. Le non-respect de cette condition met fin au report d'imposition au titre de l'année au cours de laquelle cette condition cesse d'être respectée. Par ailleurs, le non-respect de l'engagement de réinvestissement dans le délai de 24 mois met fin au report d'imposition au titre de l'année au cours de laquelle le délai de deux ans expire.

**36. Évolution du régime au 1er janvier 2019** - Sous l'impulsion du rapport relatif au financement des entreprises en France<sup>51</sup>, la loi de finances pour 2019 introduit une nouvelle possibilité de réinvestissement : un investissement intermédiaire, et non plus exclusivement direct, au travers de FCPI, FCPR, SLP, SCR, offrant ainsi de nouvelles opportunités d'investissement et une plus grande souplesse (pas de condition d'exclusivité de l'actif des fonds dans des sociétés opérationnelles mais un système de double quota). Corrélativement à cet élargissement des possibilités d'investissement, le quantum du réinvestissement est rehaussé : ce n'est plus 50 % mais 60 % du prix de cession des titres apportés qui doivent désormais être réinvestis.

Ces deux mesures sont d'effet immédiat, en ce sens qu'elles sont **applicables à toute cession intervenant dès le 1<sup>er</sup> janvier 2019, sans considération de la date d'apport en amont.**

#### ♦ Élargissement des possibilités de réinvestissement aux investissements intermédiaires

**37.** Aux trois formes de réinvestissement déjà admises est ajoutée une 4<sup>e</sup> forme, puisque le réinvestissement requis peut désormais également se réaliser dans la souscription de parts ou d'actions dans les structures suivantes :

- les FCPR (fonds communs de placement à risques ; CME, art. L. 214-28) ;
- les FCPI (fonds professionnels de capital investissement ; CME, art. L. 214-160) ;
- les SLP (sociétés de libre partenariat ; CME, art. L. 214-162-1) ;
- les SCR (sociétés de capital-risque : L. n° 85-695, 11 juill. 1985, art. 1er) ;
- les organismes similaires d'un autre État membre de l'Union européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales.

**38. Condition tenant à l'actif des véhicules d'investissement** - Deux quotas doivent être respectés :

> **premier quota** : l'actif des véhicules d'investissement doit être composé à hauteur de 75 % au moins de titres de sociétés cibles opérationnelles (activité commerciale au sens

de l'article 34 ou 35 du CGI, industrielle, artisanale, libérale, agricole ou financière), soumises à l'IS et établies en France ou dans l'EEE. Ces parts ou actions peuvent être acquises soit par voie de souscription en numéraire au capital initial ou à une augmentation de capital, soit par le rachat de titres existants si ce rachat en confère le contrôle (au sens de l'article 150-0 B ter, III, 2°). On notera que ce quota de 75 % n'inclut pas les obligations remboursables en actions (ORA) ni les obligations convertibles en actions ;

> **second quota** : les deux tiers des sociétés cibles opérationnelles doivent être des sociétés non cotées, ou cotées sur un marché où la majorité des instruments est émise par des PME<sup>52</sup>. C'est donc au final 50 % de l'actif des fonds qui devra respecter cette condition.

#### L'ŒIL DE LA PRATIQUE

En autorisant ce type d'investissement intermédiaire, encadré par des quotas spécifiques au dispositif fiscal, différents des ratios prévus par le code monétaire et financier, le législateur ouvre la voie à la création de nouveaux fonds dédiés à une clientèle d'investisseurs cédants d'entreprises afin de leur proposer des produits « fiscalement adaptés ».

**39. Date de respect des quotas** – Ce n'est pas dès la souscription des parts ou actions des véhicules d'investissement que ces quotas doivent être atteints, mais seulement à l'expiration d'un délai de 5 ans, décompté à partir de la souscription. Le non-respect des quotas met fin au report au titre de l'année au cours de laquelle expire le délai de 5 ans.

#### L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Cette date d'appréciation du respect des quotas apporte une grande souplesse au dispositif, car outre le délai initial de 24 mois pour réinvestir, peut désormais s'ajouter un délai de 5 ans pour investir les sommes apportées au véhicule d'investissement dans une nouvelle activité éligible. En contrepartie, l'obligation de conservation des parts ou actions dudit véhicule est calée sur ce même délai (V. ci-dessous).

**40. Condition de conservation des parts ou actions du véhicule d'investissement** – Contrairement aux investissements directs où la loi impose un délai de conservation d'au moins 12 mois, ce nouveau mode d'investissement est assorti d'une condition de conservation des parts ou actions dans le véhicule d'investissement de 5 ans à compter de la souscription. Il sera mis fin au report l'année au titre de laquelle la condition de conservation des parts ou actions cesse d'être respectée.

#### ♦ Augmentation du taux minimal de réinvestissement

**41.** La part du prix de cession des titres apportés devant être réinvestie passe de 50 % à 60 %. Cette augmentation ne vise

51 Rapport publié par Jean-Noël Barrot et Alice Zagury en décembre 2017.

52 L'article 150-0 B ter du CGI renvoie ici à l'article 885-0 V bis, I, 1<sup>er</sup> bis, g du CGI dans sa version en vigueur au 31 décembre 2017.

pas seulement le nouveau cas d'investissement intermédié mais tout type d'investissement, y compris direct. Aussi, **pour les modes de réinvestissement déjà admis, les conditions du régime de report s'en trouvent durcies.**

Le même quota de réinvestissement de 60 % s'applique lorsque la cession est assortie d'une **clause de complément de prix.**

#### L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Le taux minimal de 60 % s'applique à toute cession de titres réalisée à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019, sans considération de la date d'apport, contrairement au projet de loi initial qui se référait à la date d'apport. Il conviendra donc de veiller à la faisabilité des projets initiés par des apports réalisés avant le 1<sup>er</sup> janvier 2019 qui se dénoueront à l'issue d'une cession intervenant après le 1<sup>er</sup> janvier 2019.

C. DELEU ■

**42. Opération d'échange de titres – Soulte - Abus de droit - Avis du Comité de l'abus de droit fiscal** - Le Comité de l'abus de droit fiscal confirme sa position historique sur l'utilisation de la soulte dans les opérations d'échange de titres : la perception d'une soulte doit être requalifiée lorsqu'elle dissimule la volonté de percevoir des liquidités en franchise d'impôt.

**CADF, avis n° 2018-10 et n° 2018-11, 12 oct. 2018 ; avis n° 2018-15, 15 nov. 2018 ; avis n° 2018-21 et n° 2018-22, 30 nov. 2018 (V. annexe 4)**

43. La question du traitement fiscal des plus-values d'apport de titres a toujours été épineuse. Afin de donner un caractère intercalaire à ces opérations, le législateur a prévu deux dispositifs de différé d'imposition : le sursis<sup>53</sup>, à l'article 150-O B du CGI et le report<sup>54</sup>, à l'article 150-O B ter du même code. En ces deux hypothèses, le législateur a permis aux contribuables de prévoir le versement d'une soulte en franchise d'impôt à condition que le montant de cette dernière n'excède 10% de la valeur des titres reçus. À défaut, l'ensemble de la plus-value d'apport est imposé immédiatement dans les conditions de droit commun.

Certains contribuables ont appliqué ces textes et perçu une soulte en franchise d'impôt sans justifier de raisons particulières autres que la possibilité offerte par ces dispositions.

Face à cette utilisation de la soulte, l'administration fiscale a réagi en utilisant la procédure de l'abus de droit. À ce titre, elle a indiqué qu'en de telles hypothèses, le versement d'une soulte n'a pas de justification économique, considérant ainsi qu'elle ne pouvait pas relever de l'intention du législateur.

53 Lorsque les titres sont apportés à des sociétés non contrôlées par l'apporteur.

54 Lorsque les apports sont réalisés au profit de sociétés contrôlées par l'apporteur.

C'est dans ce contexte de remise en cause quasi-systématique des soultes prévues dans la rémunération d'apports de titres que s'inscrit notre analyse de cinq avis<sup>55</sup> rendus par le Comité de l'abus de droit fiscal (CADF) en 2018.

#### ◆ PRÉSENTATION DES SOLUTIONS

##### ◆ Les cinq opérations soumises à l'appréciation du CADF

44. À titre liminaire, il convient de noter que si le CADF a dû se prononcer dans cinq avis différents, il existe en réalité trois espèces distinctes. En effet, les contribuables étant frères et sœurs dans les avis n° 2018-10 et 2018-11 ainsi que dans les avis n° 2018-21 et 2018-22, ceux-ci ont réalisé des opérations parfaitement identiques. Au-delà de cette précision, les **différentes opérations soumises à l'appréciation du CADF présentent de nombreuses caractéristiques communes :**

- les sociétés bénéficiaires des apports des titres ont été constituées par les contribuables peu de temps avant l'opération d'apport. À ce titre, s'ils ont majoritairement opté pour des sociétés françaises à responsabilité limitée<sup>56</sup>, les contribuables des avis n° 2018-21/22, ont quant à eux fait le choix de créer une société luxembourgeoise ;

- les apports ont porté sur la quasi-totalité des titres détenus par les contribuables dans les sociétés opérationnelles. Se démarquant à cet égard également, les contribuables des avis n° 2018-21/22 ont apporté, en sus de titres en pleine propriété, la nue-propriété de certains titres ;

- le versement d'une soulte d'un montant proche de 10% de la valeur nominale des titres reçus a été stipulée. Celle-ci a par la suite été portée au crédit de leur compte courant d'associés ;

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

- suite à la réalisation des apports, les sociétés opérationnelles ont versé des dividendes aux sociétés bénéficiaires des apports<sup>57</sup>.

La **principale différence entre les trois espèces étudiées par le CADF concerne l'affectation des sommes placées en compte courant.** Dans un cas<sup>58</sup>, celles-ci ont été partiellement appréhendées par l'apporteur des titres. Dans un autre<sup>59</sup>, aucun remboursement des sommes inscrites en compte courant n'a été effectué. Dans le dernier<sup>60</sup>, les sommes inscrites en compte courant ont été nanties au profit de la société bénéficiaire des apports afin que cette dernière puisse renforcer sa participation dans la société opérationnelle.

55 Avis n° 2018-10 et 2018-11.

56 SARL dans l'avis n° 2018-15 et EURL dans les avis n° 2018-10 et 2018-11.

57 Il n'en est toutefois pas fait mention dans les avis n° 2018-11 et 2018-22.

58 Avis n° 2018-15.

59 Avis n° 2018-10 et 2018-11.

60 Avis n° 2018-21 et 2018-22.



À l'issue des opérations de contrôle<sup>61</sup>, l'administration fiscale a proposé des rectifications sur le fondement de l'abus de droit prévu par l'article L. 64 du LPF. À cette occasion, elle a estimé que les soultes dont les contribuables avaient bénéficié étaient dépourvues de justification économique et qu'elles dissimulaient en réalité la perception d'un dividende en franchise d'impôt. Ce faisant, les différents apporteurs se sont vu imposer à hauteur du montant de leur soulte à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers avec application d'une pénalité de 80%.

Comme le permet l'article L. 64 du LPF, les apporteurs redressés ont décidé de saisir le CADF afin qu'il se prononce sur l'existence d'un abus de droit.

#### ♦ La position du CADF

**45.** Dans ces cinq affaires, le CADF opère le même raisonnement.

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

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

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

Il tempère toutefois en rappelant qu'il est toujours possible pour les contribuables d'apporter la preuve que l'octroi de la soulte comporte un intérêt pour la société bénéficiaire. À ce titre, le CADF précise qu'une telle justification semble pouvoir être apportée lorsque la soulte est susceptible de constituer une condition à la réalisation de l'opération de restructuration (en présence de rompus ou pour éviter la dilution, par exemple).

Dans chacune des espèces soumises à son appréciation, le CADF constate que cette preuve n'a pas été rapportée par les contribuables. Il précise dans les avis n° 2018-21/22 que l'effet dilutif du versement de la soulte au profit de l'un des associés, invoqué par les apporteurs, est trop marginal pour justifier celle-ci et que les contribuables ne rapportent pas, en tout état de cause, la preuve que la soulte constituait une circonstance conditionnant la réalisation de l'apport.

Ce faisant, le CADF estime que l'inscription de la soulte en compte-courant d'associé caractérise, en elle-même, une appréhension de liquidités par chacun des apporteurs sans considération du fait que celles-ci n'aient pas fait l'objet d'un remboursement effectif sur la période vérifiée.

61 Vérification de comptabilité de la société bénéficiaire de l'apport pour les avis n° 2018-10 et 2018-11 et contrôle sur pièces pour les avis n° 2018-15, n° 2018-11 et 2018-22, sans qu'il soit précisé pour ces deux derniers quelle partie de l'opération d'apport il concernait.

Pour ces raisons, le CADF considère l'administration fiscale fondée à utiliser la procédure de l'abus de droit et à appliquer la pénalité de 80%.

#### ♦ DES AVIS DANS LA CONTINUITÉ DE LA POSITION HISTORIQUE DU CADF

**46.** Depuis 2016, et l'ajout de ce schéma à la liste des pratiques et montages abusifs de l'administration fiscale<sup>62</sup>, le CADF a été saisi à de nombreuses reprises du caractère abusif de la soulte. Les cinq avis commentés s'inscrivent dans la continuité de sa position historique.

En effet, le CADF rappelle dans chacun de ses avis, au moyen d'un attendu quasiment identique, qu'il peut exister des cas dans lesquels le versement d'une soulte est justifié économiquement<sup>63</sup> et que par conséquent, la présence d'une soulte ne traduit pas à elle seule un abus de droit. Il veille donc seulement à ce que cette dernière ne soit pas détournée de son objet initial.

À cet égard, **le fait que l'apporteur contrôle directement ou indirectement la société bénéficiaire de l'apport semble constituer un élément fondamental dans l'analyse de l'opération.** En de telles hypothèses, il peut à la fois décider du remboursement des sommes inscrites en compte courant et du mode de financement retenu : remontée de dividendes de la société opérationnelle<sup>64</sup> ou emprunt souscrit par la société bénéficiaire de l'apport<sup>65</sup>.

De la même manière, ces restructurations réalisées au sein de groupes familiaux semblent **rendre plus difficile la démonstration d'un intérêt économique à la soulte notamment lorsque la composition du capital social n'évolue pas du fait de l'opération d'apport.**

Le CADF considère que l'appréhension des liquidités par le contribuable, clé de voûte de l'abus de droit en de telles hypothèses, est constituée par la seule inscription des sommes en compte courant d'associés. À ce titre, l'utilisation de ces sommes par le contribuable<sup>66</sup> en cas de remboursement du compte courant d'associés et même l'absence de remboursement effectif<sup>67</sup> semblent insusceptibles de faire varier la position stricte du CADF vis-à-vis de ces opérations.

**47.** Si l'application de la procédure de l'abus de droit est fondée pour le CADF et l'administration fiscale, les commentateurs semblent plus nuancés.

Pour une partie des praticiens, la soulte en elle-même ne saurait constituer l'acte nécessaire à la caractérisation de l'abus de droit, ce qui obligerait alors l'administration fiscale à remettre en cause l'intégralité de l'opération d'apport, et non seulement le versement de la soulte. Le cas échéant cependant,

62 Publication de mars 2016 sur le portail du ministère de l'économie et des finances.

63 Même si, à notre connaissance, aucun avis positif en ce sens n'a encore été rendu par le CADF.

64 V. par ex. avis n° 2017-41.

65 V. par ex. avis n° 2016-21.

66 V. par ex. avis n° 2018-01.

67 V. par ex. avis n° 2018-05.

la question de l'intention du contribuable devrait se poser. Si elle pouvait être caractérisée dans le cadre des anciens régimes de report optionnel d'imposition, elle semble faire défaut dans un régime de report ou de sursis de plein droit.

En admettant que la soulte seule puisse être considérée comme abusive par l'administration fiscale, l'utilisation de cette procédure n'est pas exempte de toute critique de la part des commentateurs pour qui l'utilisation d'une opportunité offerte par le législateur aux contribuables n'est pas critiquable<sup>68</sup>. D'ailleurs, certains d'entre eux voient en la modification législative de 2017<sup>69</sup>, un aveu de l'inadéquation de l'utilisation de la procédure d'abus de droit à ces opérations. Sans répondre à cette question, le législateur aurait ainsi mis fin à tout débat en rendant obsolète la stipulation d'une soulte.

À ces arguments, l'administration fiscale et le CADF semblent seulement répondre que le versement de la soulte ne peut permettre une appréhension de liquidités en franchise d'impôt sans être contraire à l'objectif initial du législateur.

Dans d'autres circonstances, le Conseil d'État a récemment rappelé<sup>70</sup> que « En réservant ainsi le champ de ce régime de faveur aux seules opérations qui donnent lieu au versement d'une soulte d'un montant inférieur ou égal à 10 % de la valeur nominale des titres reçus en échange de l'apport, le législateur s'est fondé sur un critère objectif et rationnel en rapport avec les objectifs poursuivis ». Le juge et le législateur seraient-ils les seuls à voir ce critère comme objectif ?

O. JANORAY ■

#### 48. À NOTER

**> Opération d'apport-donation-cession- Plus-value sur titres – Modalités d'imposition - Constitution** - Le Conseil d'État renvoie au Conseil constitutionnel une QPC sur le II de l'article 150-0 B ter du CGI qui fixe les modalités d'imposition entre les mains du donataire de la plus-value dont sont grevés les titres ayant rémunéré un apport en cas de cession de ceux-ci par le donataire avant le délai de 18 mois prévu au 1° de ce II.

**CE, 8e et 3e ch., 6 févr. 2019, n° 425447, Ruimy, concl. K. Ciavaldini (V. annexe 5)**

Dans sa rédaction issue de la loi de finances rectificative pour 2012 du 29 décembre 2012, l'article 150-0 B ter du CGI dispose que l'imposition de la plus-value réalisée dans le cadre d'un apport de titres à une société soumise à l'IS contrôlée par l'apporteur est reportée si certaines conditions sont remplies. Il est mis fin au report à l'occasion de la cession à titre onéreux, du rachat du remboursement ou de l'annulation des titres apportés si cet événement intervient dans un délai de 3 ans à compter de l'apport des titres. Le 2° du I de cet article prévoit également : « Toutefois, il n'est pas mis fin au report d'imposition lorsque la société bénéficiaire

de l'apport cède les titres dans un délai de 3 ans à compter de la date de l'apport et prend l'engagement d'investir le produit de leur cession dans un délai de 2 ans à compter de la date de la cession et à hauteur d'au moins 50 % du montant de ce produit ». Le II de cet article dispose que si les titres reçus en rémunération de l'apport sont transmis à titre gratuit et que le donataire contrôle la société bénéficiaire de l'apport, la plus-value en report est imposée au nom du donataire en cas de cession, d'apport, de remboursement ou d'annulation des titres dans un délai de 18 mois à compter de la donation ou lorsque l'une des conditions mentionnées au 2° du I n'est pas respectée.

Ce dispositif a fait l'objet de commentaires administratifs publiés le 4 mars 2016 au BOFIP-Impôts<sup>71</sup>.

Un contribuable a formé une requête en annulation pour excès de pouvoir de ces commentaires. S'appuyant sur cette requête, il demande au Conseil d'État de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution du II de l'article 150-0 B ter du CGI qui fixe les modalités d'imposition entre les mains du donataire de la plus-value dont sont grevés les titres ayant rémunéré un apport en cas de cession de ceux-ci par le donataire avant le délai de 18 mois prévu au 1° de ce II.

Selon le requérant, ces dispositions portent atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques garanti par l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en ce qu'elles prévoient de mettre à la charge du donataire des valeurs mobilières une imposition supplémentaire qui est sans lien avec la situation de ce dernier mais est liée à l'enrichissement du donateur, antérieur au transfert de propriété de ces valeurs mobilières.

Dans son arrêt du 6 février 2019, le Conseil d'État considère que la question soulevée est sérieuse et décide par suite de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité.

Il faut ici mentionner la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 29 décembre 2012 qui a censuré l'article 19 de la 3<sup>e</sup> loi de finances rectificative pour 2012 qui prévoyait, en cas de cession de titres reçus par donation moins de 18 mois auparavant, que le donataire serait taxé sur la plus-value réalisée en retenant comme prix de revient la valeur d'acquisition des titres par le donateur augmentée des droits de donation<sup>72</sup>. Le Conseil constitutionnel a décidé : « Considérant que les dispositions contestées font peser sur les donataires de valeurs mobilières une imposition supplémentaire qui est sans lien avec leur situation mais est liée à l'enrichissement du donateur antérieur au transfert de propriété des valeurs mobilières ; que le critère de la durée séparant la donation de la cession à titre onéreux des valeurs mobilières est à lui seul insuffisant pour présumer de manière irréfragable que la succession de ces deux opérations est intervenue à la seule fin d'éviter le paiement de l'imposition des plus-values ; que le législateur n'a donc pas retenu des critères objectifs et rationnels en rapport avec l'objectif poursuivi ; que, par suite, il a méconnu les exigences de l'article 13 de la Déclaration de 1789. »

Nous attendons donc la prochaine décision du Conseil constitutionnel pour savoir si cette analyse retenue dans le cadre du mécanisme de la donation-cession de titres est retenue dans son appréciation des dispositions contestées du II de l'article 150-0 B ter du CGI au regard de la technique d'apport-donation-cession de titres.

L. CHATAIN ■

68 V. par ex. F. Locatelli, La soulte de l'article 150-0 B ter et la fraude à la loi : Dr. fisc. 2018, n° 50, étude 495.

69 L. n° 2016-1918, 29 déc. 2016, art. 32.

70 CE, 20 déc. 2017, n° 414935.

71 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60, 4 mars 2016, § 520 et 620 à 740.

72 CC, 19 déc. 2012, n° 2012-DC : RJF 3/13 n° 336.

### > Opération d'apport-cession – Plus-value sur titres – Sursis d'imposition – Abus de droit – Réinvestissement

– Le CADF conclut à l'existence d'un abus de droit fiscal dans une espèce où l'existence de projets sérieux de réinvestissements économiques n'était pas caractérisée.

**CADF, avis n° 2018-12, 15 nov. 2018 (V. annexe 6)**

Le bénéfice du sursis d'imposition de la plus-value constatée dans le cadre d'une opération d'apport-cession constitue un abus de droit fiscal dans l'hypothèse où la société bénéficiaire de l'apport n'a pas procédé au réinvestissement d'une fraction suffisante produit de cession des titres dans une activité économique, ou si l'existence de projets sérieux de réinvestissements économiques n'est pas démontrée.

Pour le CADF, en l'espèce, le tableau récapitulatif des investissements envisagés par les contribuables au sein de leur société (acquisition de parts de FCPR et d'un fonds de commerce de camping) ne suffisait pas à caractériser l'existence de projets sérieux de réinvestissements économiques. Le Comité conclut donc à l'existence d'un abus de droit fiscal.

On observera tout d'abord l'origine de l'opération incriminée par l'administration fiscale, qui se réalise le 31 octobre 2012, soit quelques jours avant la promulgation de la loi de finances rectificative de la même année et visant à intensifier la lutte contre la fraude fiscale. C'est ce texte qui devait inscrire dans la loi les délais et conditions pour pouvoir bénéficier du report d'imposition des plus-values. Ainsi, les liquidités résultant de la plus-value mise en sursis sont toujours disponibles en quasi-totalité au début de l'année 2016, soit près de quatre ans après la cession !

Les deux seules tentatives de réinvestissement n'ont pas abouti, semble-t-il à cause de l'indécision et de la crainte des contribuables. De façon sans doute plus subjective, le transfert de leur domicile fiscal au Portugal en décembre 2014 a sans doute contribué à mettre le dossier sous les feux de la rampe.

De façon plus concrète il est reproché de ne pas avoir mis en avant si des difficultés précises pouvaient être à l'origine de l'absence de réinvestissement.

En effet, le Comité a pris une position contraire dans une affaire où de réelles difficultés liées au contexte familial avaient empêché la concrétisation des projets envisagés dans le délai initialement imparti<sup>73</sup>. Ce même motif a également suffi au Conseil d'État pour conclure à l'absence d'abus de droit lorsque la preuve de réelles diligences avait été apportée et que l'échec des investissements était provoqué par d'impérieuses raisons extérieures à la volonté du contribuable, alors même que le Comité de l'abus de droit avait rendu un avis favorable à l'administration fiscale<sup>74</sup>. La lecture précise de cet arrêt du Conseil d'État laisse assez peu d'espoir sur une issue favorable au contribuable dans l'affaire ici commentée.

**S. ANOUCHIAN ■**

<sup>73</sup> CADF, aff. n° 2017-06, 5 oct. 2017.

<sup>74</sup> CE, 22 févr. 2013, n° 335045,

## Transmission de l'entreprise

**49. Transmission à titre gratuit - Pacte Dutreil-transmission - Assouplissement** - La loi de finances pour 2019 intègre le volet fiscal du projet de loi Pacte et assouplit le régime Dutreil-transmission : conclusion d'un engagement collectif par un seul associé, abaissement du pourcentage de titres couverts par l'engagement collectif, possibilité d'invoquer un engagement réputé acquis en cas de société interposée, assouplissement des conditions en cas d'apport de titres à une holding et des conséquences en cas de cession entre signataires d'un engagement collectif, et enfin, allègement des obligations déclaratives annuelles.

**L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018 de finances pour 2019, art. 40 : JO 30 déc. 2018, texte n° 1 (V. annexe 7)**

**50. Conclusion d'un engagement collectif par un seul associé** - Introduit par le Sénat pour tenir compte de la situation des entreprises à associé unique (EURL, SASU notamment), le premier alinéa du a) de l'article 787 B du CGI permet depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019 de conclure seul un engagement « collectif » y compris, à la suite d'un sous-amendement parlementaire, dans une entreprise ayant plusieurs associés. Le signataire de cet engagement devra détenir seul un nombre de titres suffisant (17% des droits financiers et 34% des droits de vote) et exercer une fonction de direction.

### L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Ce dispositif permet désormais à l'associé unique de bénéficier du régime Dutreil-transmission lorsqu'il ne pouvait invoquer l'engagement réputé acquis faute de remplir soit la condition de détention de deux années, soit la condition imposée par la réponse ministérielle Moreau du 7 mars 2017<sup>75</sup> de transmission des fonctions de direction au donataire.

Dans l'hypothèse d'une société ayant plusieurs associés, il sera toujours préférable de rechercher la signature d'un engagement collectif afin de faciliter le respect de la condition d'exercice d'une fonction de direction.

**51. Abaissement du pourcentage de titres couverts par l'engagement collectif** - Le seuil de détention en matière de droits financiers est réduit de moitié afin de favoriser la mise en place de droits de vote double. L'engagement collectif doit désormais porter sur 10% des droits financiers et 20% des droits de vote si les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé ou à 17% des droits financiers et 34% des droits de vote.

<sup>75</sup> RM Moreau, n° 99759 : JOAN 7 mars 2017.



**L'ŒIL DE LA PRATIQUE**

Cet assouplissement **risque en pratique d'induire en erreur de nombreux contribuables et pourrait se retourner contre eux**. En effet, si un associé dispose seul de 17% des droits financiers et d'un vote double sur les titres correspondants, il ne détient pas 34% des droits de vote mais seulement 29% (soit 34% de droits de vote sur 117% de droits de vote). Pour atteindre la détention minimum de 34% des droits de vote et en supposant que l'ensemble de ces droits de vote sont doubles, la détention financière minimum se trouve être de 20,5% et non de 17%.

**52. Possibilité d'invoquer un engagement réputé acquis en cas de société interposée** - Le b) de l'article 787 B du CGI visant l'engagement collectif réputé acquis prévoit désormais la possibilité de tenir compte des détentions indirectes à travers une société interposée des titres d'une société opérationnelle ainsi que des parts ou actions détenues par le concubin notoire.

**L'ŒIL DE LA PRATIQUE**

Le seuil de détention, en l'absence de droits de vote double, à hauteur de 34% doit être déterminé au niveau de la société opérationnelle. Ainsi une holding non active détenue à 80% et détenant 40% d'une société opérationnelle ne remplira pas la condition de détention de 34% ( $40\% \times 80\% = 32\%$ ).

**53. Assouplissement des conditions en cas d'apport de titres à une holding** - Dans sa rédaction applicable jusqu'au 31 décembre 2018, l'article 787 B, f) prévoyait que le régime de faveur n'était pas remis en cause en cas d'apport des titres à une société holding dès lors que cet apport intervenait durant l'engagement individuel et que la holding bénéficiaire de l'apport avait pour objet unique la gestion de son propre patrimoine constitué exclusivement de participations dans des sociétés du groupe. Le capital devait être détenu et la holding dirigée par le ou les bénéficiaires de la transmission ayant souscrit l'engagement individuel de conservation, le donataire pouvant être associé à titre minoritaire.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019, il est désormais possible de réaliser l'apport durant la phase d'engagement collectif de conservation et l'activité de la holding n'est plus exclusive puisque la valeur vénale réelle de son actif brut doit uniquement être composée à plus de 50 % de participations dans la société opérationnelle. En outre, l'apport des titres d'une société interposée détenant directement les titres de la société ayant fait l'objet de l'engagement collectif de conservation est désormais permis.

Une **difficulté d'interprétation mériterait un éclaircissement de la part de l'administration**. Le texte prévoit en effet que le capital de la holding bénéficiaire de l'apport doit être détenu, à l'issue de l'apport, par des « *personnes soumises aux obligations de conservation prévues aux a) et c)* ». Une lecture

littérale impliquerait que les « personnes » doivent donc respecter cumulativement l'engagement collectif du a) et l'engagement individuel du c) et donc ne peuvent être que les bénéficiaires de la transmission, ce qui serait un durcissement du régime actuel qui autorise le donateur à détenir une participation minoritaire. Cependant, la lecture des travaux parlementaires<sup>76</sup> laisse penser que les « personnes » doivent respecter alternativement l'engagement collectif du a) ou l'engagement individuel du c). Dans cette hypothèse, le donateur pourrait détenir une participation dans la holding, y compris majoritaire (ce qui n'était pas autorisé avant), et y exercer les fonctions de direction (ce qui était également impossible avant).

**L'ŒIL DE LA PRATIQUE**

La possibilité d'apporter les titres pendant la phase d'engagement collectif simplifie de manière importante la donation de titres sous le régime Dutreil lorsque la donation-partage comporte une soulte à verser aux enfants non repreneurs. En effet, dans la situation précédente, il fallait soit rechercher l'application de l'engagement réputé acquis avec la contrainte d'une transmission des fonctions de direction aux donataires, soit différer l'apport mixte de deux ans avec le risque de procéder au paiement de la soulte après réévaluation légale de celle-ci prévue par l'article 828 du code civil, disposition d'ordre public applicable lorsque la valeur des titres varie de plus de 25%.

**54.** Le législateur légalise la doctrine administrative<sup>77</sup> qui interdisait toute modification dans la chaîne de détention pendant toute la durée de l'engagement individuel. Jusqu'au 31 décembre 2018, le législateur ne subordonnait le bénéfice de l'exonération partielle qu'à la condition que les participations soient conservées inchangées à chaque niveau d'interposition que pendant toute la durée de l'engagement collectif. La doctrine administrative est désormais légalisée par la modification du c) de l'article 787 B qui étend cette obligation à la période couverte par l'engagement individuel de conservation.

**55. Cessions entre signataires de l'engagement collectif** - Le législateur assouplit les cessions entre signataires de l'engagement collectif en ne remettant en cause, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019, le bénéfice de l'exonération partielle qu'aux seuls titres cédés si le cessionnaire est un signataire de l'engagement collectif. Jusqu'au 31 décembre 2018, la remise en cause, quel que soit le cessionnaire, s'appliquait à l'ensemble des titres du cédant.

**56. Allègement des obligations déclaratives annuelles** - L'obligation de transmission chaque année avant le 1<sup>er</sup> avril d'une attestation émanant de la société pendant la phase d'engagement collectif puis d'une attestation émanant du

76 AN, Comm. fin., Rapport n° 1302 sur le PLF 2019, p. 550.

77 BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, 19 mai 2014, § 350.

bénéficiaire pendant l'engagement individuel est désormais supprimée. De la transmission jusqu'à l'expiration de l'engagement individuel, seule une attestation de la société sera à transmettre par le bénéficiaire de la transmission sur demande de l'administration fiscale. Cependant, et dans les trois mois du terme de l'engagement individuel, le bénéficiaire devra spontanément transmettre une attestation fournie par la société.

#### L'ŒIL DE LA PRATIQUE

L'application de cet assouplissement est immédiate et concerne donc les transmissions réalisées avant le 31 décembre 2018. Il conviendra cependant d'être **particulièrement vigilant sur l'obligation qui fera suite à l'engagement individuel dont la date varie dans l'année et se trouve très éloignée de la donation** puisqu'elle doit être transmise quatre ans et trois mois ou six ans et trois mois après la donation, et ce, de manière spontanée.

L. BENOUDIZ ■

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

**Annexe 1 :** L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018 de finances pour 2019, art. 109 (texte adopté et travaux parlementaires)

**Annexe 2 :** CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ch., 27 févr. 2019, n° 408457, Jacob, concl. E. Bokdam-Tognetti

**Annexe 3 :** L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018 de finances pour 2019, art. 115 (texte adopté et travaux parlementaires)

**Annexe 4 :** CADF, avis n° 2018-10 et n° 2018-11, 12 oct. 2018 ; avis n° 2018-15, 15 nov. 2018 ; avis n° 2018-21 et n° 2018-22, 30 nov. 2018

**Annexe 5 :** CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ch., 6 févr. 2019, n° 425447, Ruimy, concl. K. Ciavaldini

**Annexe 6 :** CADF, avis n° 2018-12, 15 nov. 2018

**Annexe 7 :** L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018 de finances pour 2019, art. 40 (texte adopté et travaux parlementaires)