

# ENTREPRISE

## Chronique d'actualité



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



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



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



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



**Alexis GRAJALÈS\*,**  
Avocat, cabinet Arsene



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

### Questions générales

- > **Fonds de commerce** - La loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés supprime les mentions obligatoires prévues dans l'acte de cession d'un fonds de commerce et la condition d'exploitation préalable du fonds par le propriétaire pendant 2 ans avant sa mise en location-gérance (V. § 1).
- > **Dispositifs anti-abus** - L'administration fiscale commente la nouvelle clause anti-abus générale en matière d'IS (CGI, art. 205 A) en précisant notamment que le dispositif s'applique à tous les montages, quelle que soit la date à laquelle ils ont été réalisés. De plus, elle indique que le nouveau texte peut être appliqué lorsque l'abus porte sur l'assiette, le taux ou encore l'application de crédits/réductions d'impôt (V. § 6).
- > Deux réponses ministérielles reviennent sur le « mini » ou « petit abus de droit » de l'article L. 64 A du LPF, afin de préciser le périmètre de cette nouvelle procédure, mais en se prononçant de manière très générale (V. § 13).

### Patrimoine de l'entreprise

- > **Immeubles** - La CAA de Versailles transmet une demande d'avis au Conseil d'État afin de savoir à quelle date il faut apprécier la qualification de titres de société à prépondérance immobilière pour les besoins du traitement fiscal d'une provision de dépréciation de titres (V. § 17).

### Cession de l'entreprise

- > **Apport-cession** - Le Conseil d'État précise les contours de l'exigence de réinvestissement économique dans le cadre d'opérations d'apport-cession intervenues avant l'instauration de l'article 150-0 B ter du CGI. Il juge notamment que le réinvestissement par la société bénéficiaire de l'apport d'une partie du produit de cession des titres apportés dans l'acquisition de titres appartenant à l'apporteur ne présente pas un caractère économique et ne constitue donc pas un réinvestissement éligible (V. § 22).

...

\* L'auteur remercie **Magali MAZZUCO** et **Jean DEMORTIÈRE** pour leur participation à la rédaction de ses contributions.

> **Échange de titres avec soulte** - Les deux premières décisions de jurisprudence en matière d'opérations d'échange de titres avec soulte ont enfin été rendues. Le TA de Lyon a confirmé la position soutenue par l'administration fiscale tandis que le TA de Montreuil s'en est écarté, partiellement, au bénéfice du contribuable (V. § 34).

## Questions générales

### Fonds de commerce

**1. Fonds de commerce - Cession - Mise en location-gérance** - La loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés supprime les mentions obligatoires prévues dans l'acte de cession d'un fonds de commerce et la condition d'exploitation préalable du fonds par le propriétaire pendant 2 ans avant sa mise en location-gérance.

**L. n° 2019-744, 19 juill. 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, art. 1<sup>er</sup> et 2 : JO 20 juill. 2019, texte n° 1 (V. annexe 1)**

**2.** La loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés a connu un parcours parlementaire mouvementé. Déposée sur le bureau du Sénat en août 2014 dans le prolongement des travaux du rapporteur de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, elle a finalement été adoptée en seconde lecture par le Sénat le 10 juillet 2019. Ce texte s'inscrit dans un processus de simplification du droit des entreprises : l'objectif affiché est de rendre plus simple, clair et prévisible l'environnement juridique des entreprises et d'alléger les démarches administratives et les formalités auxquelles elles sont soumises pour favoriser leur compétitivité<sup>1</sup>. Si ce texte propose une simplification essentiellement du droit des sociétés civiles et commerciales, le premier et le deuxième article sont consacrés au fonds de commerce.

Aucune disposition transitoire n'étant prévue et l'application de la loi ne nécessitant pas la parution d'éventuels décrets, les mesures exposées ci-dessous sont donc **entrées en vigueur et applicables à compter du lendemain de la publication de la loi au Journal officiel, soit le 21 juillet 2019.**

◆ **Suppression des mentions obligatoires prévues dans l'acte de cession d'un fonds de commerce**

<sup>1</sup> Sénat, Commission des lois, Rapport n° 657 (2015-2016) de M. A. Reichardt, 1<sup>er</sup> juin 2016, p. 15.

### Transmission de l'entreprise

> **Pacte Dutreil** - Un décret précise les obligations déclaratives en matière de dispositif « Dutreil » telles qu'issues de la simplification résultant de la loi de finances pour 2019 (V. § 47).

**3.** L'article 1<sup>er</sup> de la loi supprime l'article 141-1 du code de commerce qui imposait au vendeur d'un fonds de commerce de mentionner dans l'acte de cession un ensemble d'informations relatives à la consistance du fonds de commerce (savoir : le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel ; l'état des privilèges et nantissements grevant le fonds ; le chiffre d'affaires qu'il a réalisé durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente ; les résultats d'exploitation réalisés pendant le même temps ; le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant). Ces dispositions avaient été introduites par la loi du 29 juin 1935 relative au règlement du prix de vente des fonds de commerce pour renforcer l'information du futur acquéreur au regard de la valorisation réelle du fonds. L'omission des énonciations ci-dessus prescrites pouvait, sur la demande de l'acquéreur formée dans l'année, entraîner la nullité de l'acte de vente : la nullité ne pouvait toutefois être prononcée par le juge que si l'omission d'une mention avait causé un préjudice à l'acquéreur du fonds dont le consentement avait ainsi été vicié.

L'exposé des motifs de la proposition de loi indique que la suppression de l'article L. 141-1 du code de commerce répond à la **volonté de remédier à un formalisme excessif** susceptible d'aboutir à des contentieux détournés de l'objectif initial de l'article qui était d'assurer la bonne information de l'acquéreur quant à la consistance du fonds de commerce. Or, pour les promoteurs du texte, cet article n'était plus véritablement utile dans la mesure où l'acquéreur agissant en tant que professionnel était en capacité d'obtenir les informations nécessaires à l'appréciation de la valeur réelle du fonds et des risques économiques liés à son exploitation. Par ailleurs, les informations visées par ce texte étaient manifestement insuffisantes pour garantir à l'acquéreur une véritable connaissance du fonds acheté en l'absence de mentions relatives au personnel, aux contrats ou contentieux en cours... En tout état de cause, le rapport fait au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale indique expressément que la **protection des intérêts de l'acquéreur est préservée par la possibilité d'engager la responsabilité du cédant** si ce dernier a tenté de vicier son consentement, notamment par des manœuvres dolosives, le juge pouvant alors prononcer la nullité de la vente du fonds<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> AN, Commission des lois, Rapport n° 759 de Mme T. Degois, 20 mars 2019, p. 15.

**L'ŒIL DE LA PRATIQUE**

On pourrait peut-être regretter la suppression du formalisme destiné à protéger l'acquéreur d'un fonds de commerce, partie présumée faible dans la relation contractuelle. Mais l'obligation précontractuelle d'information prévue par l'article 1112-1 du code civil, issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, pourra venir contrebalancer cet allègement.

S'il est peut-être un peu excessif de qualifier comme certains l'abrogation de l'article L. 141-1 du code de commerce de « *véritable bombe juridique* »<sup>3</sup>, cette modification va assurément modifier les usages des praticiens. On peut même penser que la rédaction d'un acte n'est plus nécessaire pour assurer la perfection de la vente, même si un tel acte reste nécessaire pour accomplir les formalités de publicité et pour conserver le privilège du vendeur<sup>4</sup>.

Indiquons enfin que la loi dite « Sapin II » du 9 décembre 2016<sup>5</sup> a assoupli les formalités encadrant la procédure de cession du fonds de commerce prévues par l'article L. 141-2 du code de commerce, qui dispose désormais qu'au jour de la cession, le vendeur et l'acquéreur doivent viser un document présentant les chiffres d'affaires mensuels réalisés entre la clôture du dernier exercice comptable et le mois précédant celui de la vente. Ce texte prévoit également que pendant une durée de trois ans à compter de l'entrée de l'acquéreur en jouissance du fonds, le vendeur doit mettre à sa disposition tous les livres de comptabilité qu'il a tenus durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente.

♦ **Suppression de la condition d'exploitation préalable par le propriétaire pendant 2 ans avant la mise en location-gérance du fonds de commerce**

4. L'article 2 de la loi supprime la condition d'exploitation préalable du fonds de commerce par le propriétaire pendant une durée minimale de 2 ans avant sa mise en location-gérance. Cette disposition s'applique pour la location-gérance des **fonds de commerce mais également des établissements artisanaux**.

Cette condition ancienne répondait à la double volonté d'interdire les investissements purement spéculatifs réalisés dans les fonds dans l'unique but d'en concéder l'exploitation et de permettre à un futur locataire-gérant de s'assurer de la viabilité de l'exploitation du fonds<sup>6</sup>.

5. La suppression de cette condition participe d'un **mouvement tendant à faciliter le recours à la location-gérance** : il s'agit ici de fluidifier la mise en location-gérance de fonds de commerce qui peut constituer une étape utile dans le transfert par moyen terme de la propriété commerciale<sup>7</sup>.

L'ordonnance n° 2004-27 du 25 mars 2004 avait déjà

3 X. Delpéch, Simplification du régime de la vente et de la mise en location-gérance du fonds de commerce : Dalloz actualité, 25 juill. 2019.

4 Commentaire de la loi de simplification du droit des sociétés : BRDA, 17/19, n° 32.

5 L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

6 A. Reygrobelle, Droit des sociétés : ce que modifie la loi du 19 juillet 2019 : JCPN 2019, n° 30-34, n° 1263.

7 AN, Comm. des lois, rapport n° 759, préc. p. 20.

supprimé l'obligation pour les entrepreneurs concédant une location-gérance d'avoir été commerçants et immatriculés au registre du commerce et des sociétés pendant 7 années (ou d'avoir exercé pendant une durée équivalente les fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique).

Par ailleurs, la condition d'exercice antérieur de 2 ans était limitée. Ce délai pouvait ainsi être réduit par ordonnance du président du Tribunal de grande instance lorsque le propriétaire justifiait qu'il était dans l'impossibilité d'exploiter son fonds personnellement<sup>8</sup>. Ce délai de 2 ans n'était pas applicable notamment pour l'État, les collectivités territoriales, les établissements de crédit, les majeurs protégés ou les héritiers ou légataires de l'entrepreneur décédé<sup>9</sup>.

Désormais, le propriétaire d'un fonds peut donc le mettre en location-gérance sans l'avoir jamais exploité.

Rappelons ici qu'en matière de location-gérance, la loi « Sapin II » précitée a modifié l'article L. 144-7 du code de commerce en supprimant la solidarité du bailleur avec le locataire-gérant à l'égard des dettes contractées par ce dernier à l'occasion de l'exploitation du fonds. Cette même loi a modifié l'article 1684 du CGI pour supprimer la solidarité fiscale en matière d'impôts directs entre le bailleur et locataire-gérant. La responsabilité solidaire du bailleur s'achève donc désormais à la date de publication du contrat de location-gérance.

L. CHATAIN ■

## Dispositifs anti-abus

### 6. Clause anti-abus générale en matière d'IS (CGI, art. 205 A) - Commentaires administratifs -

L'administration fiscale commente la nouvelle clause anti-abus générale en matière d'IS en précisant notamment que le dispositif s'applique à tous les montages, quelle que soit la date à laquelle ils ont été réalisés. De plus, elle indique que le nouveau texte peut être appliqué lorsque l'abus porte sur l'assiette, le taux ou encore l'application de crédits/réductions d'impôt.

#### BOI-IS-BASE-70, 3 juill. 2019 (V. annexe 2)

7. Instituée par la loi de finances pour 2019<sup>10</sup>, la clause générale anti-abus en matière d'impôt sur les sociétés est applicable aux exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019.

Aux termes de l'article 205 A du CGI, « *pour l'établissement de l'impôt sur les sociétés, il n'est pas tenu compte d'un montage ou d'une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable, ne sont pas authentiques compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents.* »

8 Ancien art. L. 144-4 du code de commerce.

9 Ancien art. L. 144-5 du code de commerce.

10 L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018, art. 108 : FI 1-2019, n° 9, § 32, comm. O. Dauchez.

L'administration rappelle qu'un montage ou une série de montages, susceptible de comporter plusieurs étapes, est considéré comme non authentique dans la mesure où la stratégie n'est pas mise en place pour des motifs commerciaux valables reflétant la réalité économique, ce qui est la simple transposition de la clause anti-abus prévue par l'article 6 de la directive européenne<sup>11</sup>.

Si cette disposition est applicable aux exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019, l'administration précise que la date à laquelle le montage a été mis en place est sans incidence pour son application. Ainsi une « opération » mise en place en 2017 et produisant des effets lors d'un exercice ouvert à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019 pourrait se voir appliquer les dispositions de cet article.

Le lecteur se souviendra sans doute que la terminologie employée est très proche de la rédaction de l'article 145, k, 6 du CGI qui visait à limiter les opérations de « *cash-box* » afin d'atténuer, entre autres, les effets du plafonnement en matière d'ISF. L'administration rappelle que ce dispositif est abrogé, ce qui est logique puisque le nouvel article 205 A produit les mêmes effets.

8. Dans ses commentaires, l'administration s'attache tout d'abord à tenter de qualifier les montages qui seraient visés par la clause anti-abus générale, pour décrire ensuite l'articulation de ce texte avec les autres dispositifs anti-abus.

Les commentaires se terminent par le rappel de la possibilité de sécuriser le traitement fiscal d'une opération par la procédure de rescrit fiscal<sup>12</sup>.

#### ◆ Les montages visés par la clause anti-abus générale

9. Tout d'abord, son champ d'application est limité à l'impôt sur les sociétés.

L'application de la clause nécessite la réunion de deux conditions :

**> le montage, ou la série de montages, est mis en place avec pour objectif principal l'obtention d'un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable ;**

L'administration précise que la notion d'objet ou de finalité du droit fiscal applicable renvoie à l'objectif poursuivi par le législateur au travers de la mise en œuvre des dispositions en cause.

Elle reconnaît bien évidemment que l'analyse du caractère principal d'un des objectifs résulte d'une **appréciation de fait**, consistant à **comparer l'avantage fiscal obtenu en proportion de l'ensemble des gains ou avantages de toute nature obtenus au moyen du montage considéré**. Par conséquent, ce **dispositif anti-abus peut s'appliquer même si un montage poursuit plusieurs objectifs concurrents** mais dont l'administration estimera que l'avantage fiscal est prépondérant.

11 Dir. (UE) 2016/1164, 12 juill. 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur.

12 LPE, art. L. 80 B, 9<sup>o</sup> bis.

L'administration fiscale rappelle, par exemple, l'objectif du régime mère-fille, qui cherche à limiter la succession d'impositions pour favoriser l'implication des sociétés mères dans le développement économique des sociétés filiales. Il faut bien sûr comprendre de ce rappel que l'administration examinera très attentivement les sociétés mères qui ne servent que de simples réceptacles de trésorerie, plus communément appelées « *cash-box* ».

#### > le montage n'est pas authentique.

Il s'agit d'un montage qui n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.

Heureusement, reprenant ses commentaires antérieurs lors de l'adoption de l'article 145 précité, l'administration confirme que la notion de motifs commerciaux s'entend au sens large de **toute justification économique, même non liée à une activité commerciale**. Elle confirme donc que des structures de détention patrimoniale ayant des activités financières ou encore des structures répondant à un objectif organisationnel sont susceptibles d'être considérées comme répondant à des motifs commerciaux valables.

L'administration précise également que dans le cas où un montage procure des avantages d'ordre à la fois 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. La difficulté réside bien sûr dans le fait que tout n'est pas toujours facilement quantifiable !

**Exemple :** Examinons le cas de la cession, par un chef d'entreprise, à une société d'exploitation soumise à l'IS, de l'usufruit temporaire des parts de la société civile immobilière détenant l'immeuble utilisé pour l'exploitation. La technique comporte certes des avantages fiscaux, mais contient également nombre d'avantages économiques et juridiques.

Pour l'administration, l'avantage fiscal réside, pour la société d'exploitation, dans l'amortissement du droit d'usufruit<sup>13</sup>.

Cependant, la société d'exploitation peut (et doit) se voir conférer d'autres avantages, qui, sans prétendre à l'exhaustivité, peuvent être :

- le droit de participer aux votes sur les modifications éventuelles du bail ;
- un blocage, à la hausse, du taux d'indexation du loyer sur la durée de l'usufruit ;
- une part du résultat exceptionnel, en cas de vente de l'immeuble par le nu-propriétaire.

L'avantage fiscal est-il prépondérant par rapport à l'avantage civil ?

À notre avis et, bien sûr, sous réserve de « l'appréciation souveraine des tribunaux », s'agissant d'avantages déterminants, et accordés sur une longue période, l'avantage fiscal ne pourra pas être qualifié de principal.

13 Il convient de ne pas évoquer le pseudo « double amortissement » avec l'amortissement de l'immeuble par la SCI. Il s'agit de deux choses radicalement différentes.

### ◇ Articulation avec les autres dispositifs anti-abus

**10.** Étant une règle d'assiette de l'impôt sur les sociétés, cette procédure est distincte de la procédure classique de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du LPF.

Dès qu'une opération est constitutive d'un montage justifiant l'application de l'article 205 A, ce texte s'applique pour l'établissement de l'impôt sur les sociétés, que la situation dite abusive porte sur le taux ou l'assiette de l'impôt, ou encore sur des réductions ou crédits d'impôt, et ce que la société soit bénéficiaire ou déficitaire. L'administration pourra en outre, appliquer les pénalités pour insuffisance, omission ou inexactitude prévue par les textes<sup>14</sup>, à condition de les justifier. Il convient de rappeler à ce sujet que ces dispositions ne relèvent pas de la compétence du Comité de l'abus de droit fiscal.

En revanche, **s'il s'agit d'actes fictifs, ou d'actes ou de montages mis en place dans un but exclusivement fiscal, l'administration devra alors appliquer la procédure prévue à l'article L 64 du LPF** avec toutes les garanties qui s'y attachent.

**11.** Enfin, si l'opération litigieuse concerne une opération de **fusion, scission ou apport partiel d'actif** et vise à bénéficier abusivement de l'un des régimes spéciaux, l'administration pourra mettre en œuvre la règle spécifique prévue à l'article 210-O A, III du CGI.

### ◇ Procédure de rescrit

**12.** En cas de doute, la procédure de rescrit fiscal s'imposera comme une garantie indispensable. Il est à craindre que les services répondant aux demandes de rescrit soient rapidement engorgés...

S. ANOUCHIAN ■

**13. Abus de droit - Impôts autres que l'IS - But principalement fiscal (LPF, art. L. 64 A) - Deux réponses ministérielles reviennent sur le « mini » ou « petit abus de droit » de l'article L. 64 A du LPF, afin de préciser le périmètre de cette nouvelle procédure, mais en se prononçant de manière très générale.**

**RM Degois, n° 16264 : JOAN 18 juin 2019, p. 5545. - RM Procaccia, n° 09965 : JO Sénat 13 juin 2019, p. 3070 (V. annexe 3)**

**14.** Comme il fallait s'y attendre, ce que certains praticiens appellent le « mini » ou « petit abus de droit » suscite un nombre impressionnant de commentaires et d'inquiétudes, qui semblent se traduire en autant de questions posées par des parlementaires, de l'Assemblée nationale ou du Sénat. Au moins sommes-nous à l'abri d'un texte réprimant l'abus de questions des parlementaires !

**15.** Ainsi, une députée relevant la possible variation de l'appréciation de ces dispositions d'un centre des impôts

à l'autre s'inquiète-t-elle d'une éventuelle discordance de traitement.

Tout en reconnaissant que l'utilisation du rescrit fiscal permettrait de lever les doutes sur les opérations à réaliser, le parlementaire demande au ministre de lever toute incertitude en précisant quelles seraient les actes qui pourraient être principalement motivés par des considérations fiscales. Sans aucune surprise, le ministre indique dans sa réponse que les précisions sur les modalités d'application de l'article L 64 A vont être prochainement apportées en concertation avec tous les professionnels du droit concernés, mais que chaque opération devant s'apprécier au vu des circonstances de fait propres à chaque affaire, il n'est pas possible à l'administration de prendre une position générale pour préciser quels seraient les actes susceptibles d'être requalifiés.

Le ministre en profite pour rappeler que la sécurisation de ces actes pourra toujours être obtenue par la formulation d'un rescrit.

**16.** Sur le même sujet, une sénatrice a interrogé le ministre sur le champ d'application du « petit abus de droit » notamment pour le régime juridique des donations de nue-propiété de biens, qui permet d'alléger les droits de donation et de succession tout en permettant aux donateurs d'en garder l'usufruit. Plus précisément, la sénatrice souhaitait savoir si l'administration fiscale aura toute liberté pour décider au cas par cas si la donation en nue-propiété est ou non un « petit abus de droit ».

Le ministre répond que le législateur n'a pas l'intention de restreindre le recours au démembrement de propriété dans les opérations de transmission anticipée de patrimoine, tout en rappelant que ces techniques sont depuis de très nombreuses années encouragées par d'autres dispositions fiscales !

Le ministre rappelle encore que les articles 669 et 1133 du CGI n'ont pas été modifiés, le premier fixant le barème des valeurs de l'usufruit de la nue-propiété et le second exonérant de droits la réunion de l'usufruit à la nue-propiété.

Toutes les mesures d'encouragement de la transmission ne seront pas remises en cause, à condition précise le ministre, que les transmissions concernées ne soient pas fictives, ce qui est là encore une position constante de la jurisprudence.

La dernière phrase du ministre peut néanmoins susciter quelques interrogations pour ne pas dire quelques inquiétudes ! En effet il indique que « *l'administration appliquera, à compter de 2021, de manière mesurée cette nouvelle faculté conférée par le législateur, sans chercher à déstabiliser les stratégies patrimoniales des contribuables.* » Cependant, il nous paraît assez évident, s'agissant de transmission anticipée, que le risque d'une remise en cause sur le fondement du nouvel article L. 64 A ne se réalisera pas si la transmission n'est pas fictive et si la valorisation retenue est conforme à la valeur des biens transmis.

S. ANOUCHIAN ■

<sup>14</sup> CGI, art. 1729, a et c.

## Patrimoine de l'entreprise

**17. Immeubles - Cession - Provision de dépréciation de titres de société à prépondérance immobilière** - La CAA de Versailles transmet une demande d'avis au Conseil d'État afin de savoir à quelle date il faut apprécier la qualification de titres de société à prépondérance immobilière pour les besoins du traitement fiscal d'une provision de dépréciation de titres.

**CAA Versailles, 6<sup>e</sup> ch., 27 juin 2019, n° 17VE03022, Min. c/ SA L'Auxiliaire (V. annexe 4)**

18. La question est importante lorsqu'en cours d'exercice une société initialement à prépondérance immobilière cède son immobilier et perd dans la foulée ce statut. Si avant cession de ses actifs immobiliers, la filiale avait la nature de société à prépondérance immobilière (immeubles par hypothèse non affectés à sa propre exploitation), qu'en est-il après cession à l'occasion de la constitution d'une provision pour dépréciation de titres par la société mère ? La date d'appréciation de la qualification est cruciale : date de clôture de la société mère ? Ou date de clôture de l'exercice précédant la constitution de provision ? En effet, lorsque la provision porte sur des titres de « société à prépondérance immobilière », la provision est déductible dans les conditions de droit commun. À l'inverse, si cette qualification n'est pas retenue et que les titres ont la nature de « titres de participation », la provision n'est pas déductible.

19. Or, pour cette qualification de titre de « société à prépondérance immobilière », l'article 39, I, 5<sup>e</sup> du CGI, texte relatif aux provisions, renvoie expressément à l'article 219, I, a sexies-0 bis du CGI, texte applicable en cas de cession. Ce dernier fait alors référence à la composition de l'actif « à la date de la cession de ces titres ou [...] à la clôture du dernier exercice précédant cette cession ». La difficulté consiste donc à appliquer cette définition faisant référence à une cession de titres, au cas de constitution de provision, et donc indépendamment de toute cession de titres.

Pour sa part, la **doctrine administrative**<sup>15</sup> avait créé deux définitions distinctes de la société à prépondérance immobilière selon que l'on recherche le régime de cession ou celui de provision :

« B. Date d'appréciation de la prépondérance immobilière

1) En cas de cession des titres

50

Si le rapport défini au I-A § 40 excède 50 % à la date de la cession ou à la clôture de l'exercice précédant la cession, la société dont les titres sont cédés est à prépondérance immobilière et la plus-value à long terme réalisée relève du taux réduit (19 % pour les exercices clos depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009). [...]

2) En cas de provisions pour dépréciation des titres

70

Dans l'hypothèse où les titres n'ont pas été cédés mais font l'objet d'une dotation ou d'une reprise au compte de provision pour dépréciation, il convient de considérer que le caractère immobilier

prépondérant s'apprécie à la date de clôture de l'exercice de l'entreprise qui détient les titres.

Si la proportion d'actifs immobiliers excède 50 % à la date de clôture de l'exercice de la société qui détient les titres, la société est considérée comme à prépondérance immobilière à cette date.

À l'inverse, si cette proportion n'excède pas 50 % à la clôture de l'exercice, la société n'est pas considérée comme à prépondérance immobilière quelle que soit sa situation à l'ouverture ou au cours de l'exercice.

Ainsi le régime applicable à la reprise d'une provision pourra différer de celui appliqué à la dotation de celle-ci. »

Toutefois, le **Conseil d'État** a jugé en 2015 que cette distinction et la création d'une définition différente non prévue par le législateur étaient condamnables, si bien que le Conseil d'État a annulé ce § 70 précité du BOFiP :

« Considérant qu'il résulte de ces dispositions que la détermination des dotations aux provisions pour dépréciation des titres de participation de sociétés à prépondérance immobilière, qu'elles soient cotées ou non, exige de valoriser ces dépréciations éventuelles ainsi que les plus-values latentes à la clôture de l'exercice sur l'ensemble des titres de participation de même nature détenues par l'entreprise ; qu'en prévoyant, au paragraphe 70 de l'instruction BOI-IS-BASE-20-20-10-30 du 31 décembre 2013, que lorsque les titres des sociétés à prépondérance immobilière, qu'ils fassent l'objet d'une cession ou non, font l'objet d'une dotation ou d'une reprise au compte de provisions pour dépréciation, le caractère immobilier prépondérant de ces sociétés s'apprécie à la date de clôture de l'exercice de l'entreprise qui détient les titres, alors que la loi prévoit que, pour les titres qui font l'objet d'une cession, le caractère immobilier prépondérant des sociétés concernées s'apprécie à la date de la cession des titres ou à la clôture du dernier exercice précédant cette cession et qu'aucune disposition de la loi précise comment s'apprécie le caractère immobilier prépondérant des sociétés en l'absence de cession des titres, le ministre ne s'est pas borné à expliciter la loi mais y a ajouté des dispositions nouvelles ; que, par suite, la société L'Auxiliaire est fondée à demander l'annulation de ce paragraphe, qui est entaché d'incompétence »<sup>16</sup>.

20. Si ce BOFiP créant deux définitions autonomes est certes désormais annulé, **le débat n'est pour autant pas clos** : on comprend de cet arrêt que la définition doit *a contrario* rester unique et non duale, mais depuis 2015 ni la Haute juridiction ni le législateur n'ont expressément précisé comment appliquer la définition du texte de cession au cas de la provision. Postérieurement à l'annulation du BOFiP, le législateur n'étant pas intervenu, on ne devrait appliquer qu'une définition unique à ces situations distinctes (cession / provision) par le jeu du renvoi entre les textes, nécessitant une adaptation à chaque situation : en cas de cession, on se réfère à la date de cession ou à la date de clôture de l'exercice précédant la cession ; en cas de provision, on se référerait - faute de cession - à la date de constitution de la provision ou à la date de clôture du dernier exercice précédant la constitution de provision. Certains auteurs s'étaient ainsi déjà exprimés :

« Pour notre part, il nous semble que l'indication contenue dans le texte de l'article 219, I-a sexies-0 bis du CGI selon laquelle les provisions "sont soumises au même régime que les plus ou moins-values de cession" devrait amener à apprécier la prépondérance de la

15 BOI-IS-BASE-20-20-10-30, 31 déc. 2013.

16 CE, 14 oct. 2015, n° 387249, Sté L'Auxiliaire.

même façon que si les titres étaient cédés, c'est-à-dire, en fait, soit à la date de constitution de la provision, laquelle correspond à la date de clôture de l'exercice de la société mère, soit à la date de clôture de l'exercice de la SPI précédant l'exercice de dotation de la provision par la société mère. La filiale serait alors à prépondérance immobilière lorsqu'elle en remplit les critères à l'une ou l'autre des dates précitées. Cette analyse, si elle était retenue, nous semblerait conforme à la définition du texte même.»<sup>17</sup>.

**21.** Depuis l'arrêt du Conseil d'État de 2015, le débat s'est poursuivi devant les tribunaux puisque l'administration soutient que les dispositions du a sexies 0-bis du I de l'article 219 du CGI ne fixant pas de date particulière d'appréciation du critère de prépondérance immobilière, hormis le cas particulier d'une cession de titres, il convient de faire application des règles de droit commun régissant la déductibilité des provisions, telles que prévues au 5° du I de l'article 39 du même code, pour retenir la date de clôture de l'exercice de la société qui détient ces titres. Le Tribunal administratif de Montreuil n'avait pas suivi cette position et avait donné raison à l'interprétation du contribuable<sup>18</sup>.

Saisie en appel du litige, la Cour administrative d'appel de Versailles dresse le constat suivant : si les dispositions du a sexies-0 bis du I de l'article 219 du CGI prévoient que, pour les titres qui font l'objet d'une cession, le caractère immobilier prépondérant des sociétés concernées s'apprécie à la date de cession des titres ou à la clôture du dernier exercice précédant la cession, aucune disposition de la loi ne précise comment s'apprécie le caractère immobilier prépondérant des sociétés en l'absence de cession des titres. Par l'arrêt commenté, la Cour décide donc de surseoir à statuer et de transmettre pour avis le dossier au Conseil d'État. On attendra donc avec intérêt l'avis à venir.

C. DELEU ■

## Cession de l'entreprise

**22. Opération d'apport-cession - Abus de droit - Sursis d'imposition (CGI, art. 150-0 B) - Réinvestissement économique** - Le Conseil d'État précise les contours de l'exigence de réinvestissement économique dans le cadre d'opérations d'apport-cession intervenues avant l'instauration de l'article 150-0 B ter du CGI. Il juge notamment que le réinvestissement par la société bénéficiaire de l'apport d'une partie du produit de cession des titres apportés dans l'acquisition de titres appartenant à l'apporteur ne présente pas un caractère économique et ne constitue donc pas un réinvestissement éligible.

<sup>17</sup> R. Foissac : FR Francis Lefebvre 44/15.

<sup>18</sup> TA Montreuil, 8 juin 2017, n°1601340.

**CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ch., 10 juill. 2019, n° 411474, Martin, concl. E. Bokdam-Tognetti (V. annexe 5)**

**23.** « *Dura lex, sed lex* ». Ce proverbe latin illustre parfaitement la rigidité des textes du CGI régissant les opérations d'apport-cession. Pourtant, il n'en fut pas toujours ainsi. En effet, avant l'instauration par la loi de finances rectificative pour 2012<sup>19</sup> du régime de report d'imposition en cas d'apport de titres à une société contrôlée, la plus-value d'apport constatée lors d'un échange de titres bénéficiait automatiquement d'un sursis d'imposition. Introduit par la loi de finances pour 2000<sup>20</sup>, ce dispositif avait vocation à favoriser les restructurations d'entreprises en tenant compte du caractère intercalaire des opérations d'apport de titres.

Cependant, par une application littérale des textes, certains opérateurs ont pu détourner ce mécanisme de son objectif initial. En effet, l'enchaînement très rapide d'un apport de titres à une société qu'ils contrôlaient et de leur cession par cette dernière permettait à l'apporteur de réduire significativement, voire totalement, le montant de la plus-value imposable. En l'absence d'obligation légale de réinvestissement du produit de cession des titres apportés, l'apporteur pouvait se réappropriier tout ou partie des liquidités ainsi retirées au moyen, notamment, d'un remboursement d'apport ou d'une distribution.

Considérant ces schémas comme abusifs, l'administration fiscale a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit prévue à l'article L. 64 du LPF afin de remettre en cause le sursis d'imposition dont bénéficiait la plus-value d'apport.

Appelé à se positionner sur cette question à plusieurs reprises, le Conseil d'État a conditionné l'absence d'abus de droit au réinvestissement d'une partie du produit de cession des titres apportés dans une activité économique afin que soit respecté l'objectif initial du législateur auquel la thésaurisation des fonds issus de la cession des titres apportés ne peut être qu'étrangère.

Progressivement, la jurisprudence administrative a précisé les contours de cette exigence de réinvestissement économique. L'arrêt du 10 juillet 2019 s'inscrit dans cette lignée.

**24.** En l'espèce, M. Martin a constitué la société Valmer en septembre 2006 à laquelle il a apporté ses titres de la société Alpes Assainissement et a reçu, en contrepartie de son apport, 99,7% du capital de la société bénéficiaire. Conformément à l'article 150-0 B du CGI, la plus-value d'apport constatée à cette occasion a bénéficié de plein droit d'un sursis d'imposition. En novembre de la même année, la société Valmer a cédé les titres reçus à l'occasion de l'apport, sans réaliser de plus-value. Au cours des trois années suivantes, cette société a réinvesti une fraction significative du produit de cession des titres apportés sous trois formes différentes. Tout d'abord, elle a consenti un prêt à M. Martin ainsi que des avances à des parties liées à ce dernier, notamment des entreprises dans lesquelles il détenait directement et indirectement des participations. Ensuite, elle a acquis des participations dans plusieurs sociétés, notamment auprès de M. Martin. Enfin, elle a procédé à l'acquisition d'un terrain.

<sup>19</sup> L. n° 2012-1510, 29 déc. 2012, art. 18.

<sup>20</sup> L. n° 99-1172, 30 déc. 1999, art. 94.

Malgré les réinvestissements réalisés, l'administration fiscale a estimé que l'opération d'apport-cession réalisée par M. Martin constituait un abus de droit au sens de l'article L. 64 du LPF dans la mesure où les différents réemplois du produit de cession réalisés par la société Valmer ne constituaient pas des réinvestissements économiques éligibles.

Par un jugement du 15 avril 2015<sup>21</sup> puis un arrêt du 13 avril 2017<sup>22</sup>, les juges du fond ont par deux fois validé la position de l'administration fiscale au terme d'une analyse des trois formes de réinvestissements opérés par la société Valmer. S'agissant de l'acquisition par la société des titres détenus par l'apporteur, ils ont considéré que cette opération avait permis à ce dernier d'appréhender indirectement une fraction du produit de cession des titres apportés et que, partant, elle ne pouvait constituer un réinvestissement à caractère économique. S'agissant des prêts accordés à l'apporteur ou à des parties liées à celui-ci, ils ont considéré qu'il s'agissait d'investissements patrimoniaux personnels de l'apporteur qui ne pouvaient être regardés comme des réinvestissements économiques. Enfin, l'administration fiscale, confortée par les juges du fond, a considéré que l'acquisition du terrain ne constituait pas un réinvestissement économique étant donné qu'elle n'avait été suivie d'aucun projet de construction à caractère commercial.

**25.** Saisi par M. Martin, le Conseil d'État rejette la qualification de réinvestissement économique s'agissant de l'acquisition par la société bénéficiaire de l'apport de titres détenus par l'apporteur initial, et ce en dépit des recommandations du rapporteur public dans ses conclusions (reproduites en annexe), tout en tempérant sa position s'agissant des autres formes de réinvestissements opérés par cette société.

#### ♦ La position rigoureuse du Conseil d'État concernant les « ventes à soi-même »

**26.** La solution d'espèce est inédite. Il s'agit, à notre connaissance, de la **première affaire dans laquelle le Conseil d'État se prononce sur l'éligibilité du réinvestissement d'une fraction du produit de cession des titres apportés dans l'acquisition d'autres titres détenus directement par l'apporteur initial.**

Se voulant pédagogue, le Conseil d'État reprend l'attendu de principe construit au fil de sa jurisprudence<sup>23</sup> dans le cadre d'opérations d'apport-cession intervenues avant 2012. Il opère ainsi un **raisonnement en trois temps** :

- l'objectif poursuivi par le législateur lors de la mise en place du mécanisme de sursis d'imposition en cas d'apport de titres en société était de favoriser les restructurations d'entreprises en tenant compte du fait que, bien qu'assimilée fiscalement à une cession, l'opération d'échange de titres ne dégage pas de liquidités permettant à l'apporteur de payer l'impôt afférent à sa plus-value d'apport ;

- un tel objectif est respecté en cas d'apport-cession lorsque le produit de cession des titres fait l'objet d'un réinvestissement à caractère économique, à bref délai, par la société

bénéficiaire de l'apport ;

- à défaut de réinvestissement à caractère économique, l'opération d'apport-cession doit être regardée comme poursuivant un but exclusivement fiscal en ce qu'elle conduit à minorer l'assiette normalement soumise à l'impôt chez l'apporteur par le jeu du différé d'imposition.

**27.** Exposé ainsi, tout l'enjeu de la qualification d'abus de droit pour les opérations d'apport-cession régies par l'ancien dispositif de sursis d'imposition résiderait dans l'existence d'un réinvestissement. Or le seul emploi du produit de cession des titres apportés ne saurait suffire à écarter l'existence d'un abus de droit lorsque ce produit est *in fine* appréhendé pour tout ou partie par l'apporteur. L'analyse de la finalité de ce réinvestissement est donc nécessaire, celui-ci devant revêtir un caractère économique et non patrimonial.

À ce titre, le Conseil d'État adopte traditionnellement une position pragmatique. Il a en effet précisé sous l'empire du régime antérieur à celui applicable en l'espèce<sup>24</sup> que l'affectation, par la société bénéficiaire de l'apport, d'une partie du produit de cession au remboursement partiel d'apport ne pouvait constituer un réinvestissement économique dans la mesure où il aboutissait à une appréhension directe par l'apporteur d'une partie du produit de cession<sup>25</sup>. Une telle position semble pleinement justifiée dès lors que le lien entre le produit de cession des titres et la perception d'un revenu par l'apporteur est aisément établi dans cette hypothèse. Il existe néanmoins des situations dans lesquelles ce lien est moins évident, à l'instar de l'affaire qui nous occupe.

En effet, si l'acquisition de titres par la société bénéficiaire de l'apport auprès de l'apporteur se traduit effectivement par la perception d'un revenu par ce dernier, il ne s'agit en aucun cas d'une réallocation sans contrepartie du produit de cession des titres apportés. Comme le souligne Emilie Bokdam-Tognetti dans ses éclairantes conclusions, le contribuable cède au cas particulier un élément d'actif qui sort de son patrimoine personnel et qui entre corrélativement dans celui de la société. Ainsi, la première opération (apport-cession) permet seulement de financer la seconde (acquisition des titres) sans qu'il ne puisse exister de confusion entre les deux.

De plus, comme rappelé dans ces mêmes conclusions, bien que l'apporteur dispose, postérieurement à la cession de ses titres, des liquidités qui lui permettraient de s'acquitter de l'impôt afférent à la plus-value d'apport, celles-ci ont d'abord vocation à être mobilisées pour le paiement de l'impôt afférent à la plus-value de cession des titres.

**28.** Dans ce contexte, **seuls l'objet et la nature des participations acquises devraient être analysés et mis en perspective avec l'activité et les projets de la société bénéficiaire de l'apport.** En d'autres termes, l'identité du cédant des titres devrait selon nous être sans incidence sur l'éligibilité du emploi, du moins elle ne devrait pas faire présumer de manière irréfutable une intention frauduleuse de la part de l'apporteur.

21 TA Marseille, 15 avr. 2015, n° 1304806.

22 CAA Marseille, 13 avr. 2017, n° 15MAO2553.

23 V. not. CE, 27 juil. 2012, n° 327295.

24 Régime de report d'imposition prévu par les articles 92 B et 160 du CGI, abrogés par la loi de finances pour 2000.

25 V. not. CE, 8 oct. 2010, n° 321361.



Cependant, **le Conseil d'État ne souscrit pas à cette analyse et juge que l'acquisition par la société bénéficiaire d'actifs appartenant au contribuable apporteur ne peut être regardée comme un réinvestissement économique** en ce sens qu'elle permet à l'apporteur d'appréhender tout ou partie du produit de cession des titres apportés. Par cette position rigoureuse, le juge administratif semble s'attacher uniquement à la perception par l'apporteur de liquidités sans rechercher la finalité économique de l'opération. La solution aurait-elle été la même si la société Valmer avait souscrit à l'augmentation de capital d'une société dont l'apporteur était également associé ? La réponse nous paraît être négative en l'absence d'appréhension de liquidités par l'apporteur et dès lors qu'une telle opération aurait bénéficié à la société cible.

Si l'analyse retenue par le Conseil d'État nous paraît être discutable, elle n'est pas pour autant surprenante. Elle semble en effet s'inscrire dans la continuité de la dynamique insufflée par le législateur depuis 2012 consistant à encadrer et restreindre significativement la nature des réinvestissements éligibles au maintien des différés d'imposition.

**29.** La présente décision pourrait ainsi avoir **un impact sur le régime du report d'imposition prévu par l'article 150-0 B ter du CGI** actuellement en vigueur, qui poursuit le même objectif que celui du sursis d'imposition, à savoir faciliter les restructurations d'entreprises. À ce titre, elle pourrait, dans certaines circonstances, compliquer les formes de réinvestissement impliquant, de manière directe ou indirecte, l'apporteur ou les titres apportés. Mais une telle conclusion serait à notre sens trop étroite dans la mesure où le Conseil d'État tempère ensuite son analyse s'agissant des autres types de réinvestissements en cause.

#### ♦ La position souple du Conseil d'État concernant les autres formes de réinvestissement

**30.** Après avoir circonscrit de manière explicite la catégorie des réinvestissements éligibles dans son premier attendu, le Conseil d'État assouplit son analyse sur les deux autres formes de réinvestissements opérés par la société bénéficiaire de l'apport à savoir les prêts qu'elle a accordés et le terrain qu'elle a acquis.

**31.** S'agissant tout d'abord des **prêts consentis par la société Valmer**, le raisonnement adopté par l'administration fiscale, validé par les juridictions du fond, procédait d'une logique similaire à celui du réinvestissement consistant en l'acquisition de titres auprès de l'apporteur : dès lors que ces prêts avaient été consentis à l'apporteur initial ou à des parties liées à ce dernier (notamment des entreprises dans lesquelles il détenait une participation directe ou indirecte), ils s'inscrivaient nécessairement dans le cadre d'investissements patrimoniaux de l'apporteur. Partant, ils ne pouvaient constituer des réinvestissements économiques car ils bénéficiaient indirectement à l'apporteur.

Par ce raisonnement, l'administration fiscale et les juges du fond se sont opposés à ce type de réinvestissement pour deux raisons. D'une part, comme le souligne le rapporteur public dans ses conclusions, cette analyse semble constituer une tentative de transposition de la jurisprudence traditionnelle

du Conseil d'État en matière d'avances en compte courant. À ce titre, la Haute juridiction indique que ces opérations ne peuvent constituer, sauf circonstances particulières tenant notamment au blocage de ces sommes, des réinvestissements économiques en raison de leur caractère remboursable à tout moment<sup>26</sup>. D'autre part, et au-delà de la nature même de cet investissement, l'administration fiscale et les juges du fond semblent considérer implicitement que le lien entre les bénéficiaires des prêts accordés par la société cédante et l'apporteur initial déqualifie cet investissement. Ils établissent ainsi une présomption irréfragable de patrimonialité.

Sans contredire totalement cette analyse, le Conseil d'État la tempère toutefois. Il estime qu'**au regard de la qualité de l'emprunteur, de l'objet et des modalités de l'emprunt, un prêt peut constituer un réinvestissement économique** et laisse le soin à la cour administrative d'appel de renvoi d'appliquer cette grille de lecture aux prêts accordés par la société Valmer. Ce faisant, **le débat devrait être recentré sur la notion d'appréhension des liquidités par l'apporteur.**

S'agissant des prêts que la société bénéficiaire de l'apport lui a accordés personnellement, il y a fort à parier que le juge de renvoi conclura à une absence de réinvestissement économique sur le même fondement que le Conseil d'État s'agissant des « ventes à soi-même ». Néanmoins, une telle position ne serait pas exempte de toute critique dans la mesure où cette appréhension, en tout état de cause temporaire, d'une partie du produit de cession s'accompagne d'une dette équivalente envers la société qui devra faire l'objet d'un remboursement. Dès lors que l'intérêt social de la société prêteuse est préservé, notamment par l'application d'un taux d'intérêt de marché et le respect d'un échéancier de remboursement, le caractère économique d'un tel réinvestissement devrait être satisfait à notre sens.

S'agissant des prêts accordés à des sociétés ou parties liées à l'apporteur, caractériser une appréhension indirecte d'une fraction du produit de cession nous paraît encore plus délicat dans la mesure où il n'y a pas appréhension effective, même temporaire, de liquidités par l'apporteur.

**32.** Pour ce qui est de l'**acquisition du terrain par la société bénéficiaire de l'apport**, le Conseil d'État fait également preuve de souplesse dans son appréciation en précisant qu'il est nécessaire de se placer au moment du réinvestissement pour établir le caractère économique de celui-ci. Ainsi, l'acquisition de ce terrain pouvait constituer un réinvestissement éligible s'il s'inscrivait dans un projet économique global dont l'existence était établie dès l'origine. Partant, le fait que ce projet n'aboutisse pas ne pouvait retirer à cette acquisition sa qualité de réinvestissement économique. En d'autres termes, l'intention de réinvestir primerait sur l'effectivité du réinvestissement.

**33.** Cette décision, si favorable soit-elle sur ces deux dernières formes de réinvestissement, ne devrait malheureusement avoir qu'un **impact mineur sur le régime actuel du report d'imposition** puisque les modalités de réinvestissements éligibles sont désormais encadrées par le texte lui-même qui, au demeurant,

26 CE, 3 févr. 2011, n° 329839, Min. c/ Conseil : RJF 4/11 n° 471 ; BDCF 4/11 n° 50, concl. L. Olléon.

ne s'attache en aucun cas à l'intention de réinvestir de la société bénéficiaire de l'apport. La marge d'appréciation du juge sur le caractère éligible des réinvestissements a donc été considérablement réduite depuis l'instauration de l'article 150-0 B ter du CGI, dont les récentes modifications tendent à rigidifier encore davantage le régime de l'apport-cession. Comme nous le disions, « *Dura lex, sed lex* ».

O. JANORAY ET A. GRAJALES ■

**34. Opérations d'échange de titres - Soulte - Abus de droit** - Les deux premières décisions de jurisprudence en matière d'opérations d'échange de titres avec soulte ont enfin été rendues. Le TA de Lyon a confirmé la position soutenue par l'administration fiscale tandis que le TA de Montreuil s'en est écarté, partiellement, au bénéfice du contribuable.

**TA Lyon, 6<sup>e</sup> ch., 30 avr. 2019, n° 1805813, Rebattu (V. annexe 6)**

**TA Montreuil, 1<sup>re</sup> ch., 16 juill. 2019, n° 1811897, Roullier, concl. C. Noël (V. annexe 7)**

**35.** Les soultes versées dans le cadre d'opérations d'échange de titres n'ont de cesse d'alimenter le débat doctrinal en raison de leur requalification quasi-systématique par l'administration fiscale sur le fondement de l'abus de droit.

◆ **Jugement du TA de Lyon : confirmation de la position de l'administration fiscale**

**36.** Dans l'affaire portée devant le Tribunal administratif de Lyon, un contribuable détenant 99,9% du capital d'une société mère de quatre filiales a apporté en 2013 à cette dernière les titres qu'il détenait en pleine propriété dans l'une de ses filiales. En contrepartie, l'apporteur s'est vu attribuer des titres de la société mère, ainsi qu'une soulte inférieure à 10% de la valeur nominale des titres reçus à l'échange, inscrite sur son compte courant d'associé. Au plan déclaratif, le contribuable a placé sa plus-value d'apport ainsi que la soulte reçue en report d'imposition<sup>27</sup>.

À l'issue d'une vérification de comptabilité, l'administration fiscale a mis en œuvre la procédure de l'abus de droit et considéré que l'opération d'échange de titres devait être décomposée en deux opérations : un échange de titres et une opération de cession à titre onéreux à hauteur du montant de la soulte. Partant, l'administration fiscale a imposé cette soulte dans la catégorie des plus-values mobilières avec application d'une pénalité de 80% au motif que cette dernière était dépourvue de justification économique.

**37.** Le Tribunal administratif de Lyon a jugé que le versement de cette soulte avait uniquement permis au contribuable d'appréhender des liquidités en franchise d'impôt et a, en conséquence, maintenu les rehaussements d'impôt y afférents. Cette décision confirme la position classique de l'administration

fiscale longuement évoquée dans ces colonnes<sup>28</sup>. Aussi, nous reviendrons à cette affaire uniquement aux fins de comparaison avec le jugement rendu par le Tribunal administratif de Montreuil qui mérite une attention plus particulière du fait de l'acceptation partielle des arguments du contribuable.

◆ **Jugement du TA de Montreuil : application de la thèse développée par le CADF**

**38.** Le Tribunal administratif de Montreuil est venu infirmer partiellement la position de l'administration fiscale dans une affaire pourtant expressément visée par la fiche relative aux opérations d'échange de titres avec soulte contenue dans la carte des pratiques et montages abusifs publiée par le ministère de l'économie et des finances<sup>29</sup>.

**39.** Les faits de l'espèce étant relativement compliqués, nous nous attacherons à présenter ici ceux qui s'avèrent suffisamment pertinents pour nos développements. En l'espèce, un contribuable détenait la quasi-totalité du capital d'une société A, holding animatrice de son groupe, de la manière suivante :

- 46% en pleine propriété ; et
- 42% en usufruit avec ses enfants, nus-propriétaires.

Afin de pérenniser la détention du capital de la société dans un cadre strictement familial, le contribuable et ses enfants ont conjointement apporté leurs titres en décembre 2010 à une société B créée à cet effet afin de constituer le pôle patrimonial et décisionnel de la société A. En contrepartie, les apporteurs ont reçu des titres de la société B en pleine propriété et en démembrement, ainsi que l'allocation d'une soulte versée pour partie sur les comptes démembrés du contribuable et de ses enfants. Sur le plan déclaratif, le contribuable et ses enfants ont placé leurs plus-values d'apport ainsi que la soulte reçue en sursis d'imposition<sup>30</sup>.

À l'issue d'une vérification de comptabilité, l'administration fiscale a considéré que la soulte versée par la société B au contribuable et à ses enfants était dépourvue de justification économique et qu'elle dissimulait en réalité la perception de revenus réputés distribués en franchise d'impôt. Partant, les différents apporteurs ont été assujettis à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers à hauteur du montant de la soulte reçue avec application d'une pénalité de 80%.

Par quatre avis en date du 13 octobre 2016, le Comité de l'abus de droit fiscal (CADF) a confirmé la position de l'administration fiscale<sup>31</sup>. Notons d'emblée que les enfants initialement parties à l'action se sont par la suite désistés de la procédure.

**40.** S'agissant d'abord de la **soulte versée par la société B en rémunération de l'apport des titres détenus en pleine propriété par le contribuable**, les juges du fond ont retenu

<sup>27</sup> Art. 150-0 B ter du CGI, dans sa version en vigueur avant la loi n° 2016-1918 du 29 décembre 2016 de finances rectificative pour 2016.

<sup>28</sup> V. en particulier IP 1-2019, n° 6, § 42, et IP 2-2019, n° 6, § 29.

<sup>29</sup> Carte des pratiques et montages abusifs, Portail du ministère de l'économie et des finances.

<sup>30</sup> Art. 150-0 B du CGI, dans sa version en vigueur avant la loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012 de finances rectificative pour 2012.

<sup>31</sup> CADF, avis n°2016-20/21/22/23 visés expressément dans la carte des pratiques et montages abusifs publiée par l'administration fiscale.

une **solution identique à celle du Tribunal administratif de Lyon**. En effet, ils ont jugé que la soulte n'était **manifestement pas nécessaire à l'adhésion** du contribuable au projet de restructuration dans la mesure où il en était **le seul instigateur**.

**41.** En revanche, le Tribunal administratif de Montreuil a infirmé la position de l'administration fiscale s'agissant de la **soulte afférente aux titres démembrés**. Il a jugé, par un considérant dont le caractère inédit exige une reproduction dans ces colonnes, que « *la soulte, au sens de l'article 150-0 B du CGI, ne répond pas à un objectif d'ajustement de parité d'échange ainsi que le soutient l'administration dans ses mémoires en défense mais doit être regardée comme une mesure d'appréhension des liquidités que les parties peuvent librement décider dans la limite fixée par la loi pour rendre acceptable l'adhésion des apporteurs à une opération de restructuration d'entreprises nécessaire à leur développement* ».

Les juges du fond ont en effet jugé que la soulte afférente aux titres démembrés était **justifiée par la présence de contraintes susceptibles de freiner l'adhésion des apporteurs** à ce projet de réorganisation. Ils relèvent que le projet de réorganisation initié par le contribuable avait pour objectif la transmission ainsi que l'administration de son groupe dans un cadre strictement familial. Pour ce faire, la **cessibilité des titres de la société B avait été restreinte statutairement**<sup>32</sup> afin de réduire les risques de morcellement de l'actionariat. Le Tribunal administratif de Montreuil estime que l'appréhension d'une soulte par les actionnaires de la société B était justifiée dès lors que cet **apport restreignait leur liberté de négociation des titres**. Ces nouvelles **contraintes portant sur la liquidité des titres remis aux apporteurs avaient « nécessairement un impact négatif sur la valorisation des titres »** de la société B.

**42.** Ce **traitement différencié de la soulte selon qu'elle correspond à un apport de l'usufruit ou de la pleine propriété des titres surprend**. En effet, le contribuable a certainement été confronté lors de l'apport de ses titres en pleine propriété aux mêmes contraintes que celles rencontrées par ses enfants et lui-même lors de l'apport de leurs titres démembrés. À cet égard, le tribunal administratif s'écarte de l'avis de son rapporteur public (V. conclusions reproduites en annexe), qui considérait que le contribuable devait être déchargé de l'ensemble des impositions afférentes à la soulte reçue de la société B, tant pour les titres dont il détenait la pleine propriété que l'usufruit. Une telle solution aurait eu le mérite de traiter de manière identique des apporteurs confrontés aux mêmes contraintes et, en ce sens, placés dans la même situation.

Même si la portée de cette décision doit être nuancée en pratique, elle permet de dégager un **nouveau motif économique permettant de justifier le versement d'une soulte, notamment dans le cadre de la restructuration d'un groupe familial**. Il convient de relever que les juges du fond rejettent expressément la théorie initiale de l'administration fiscale aux termes de laquelle la soulte serait une somme destinée uniquement à rétablir la parité d'échange. Par là, le jugement du Tribunal administratif de Montreuil se rapproche de la position du CADF selon laquelle le versement d'une soulte peut

être justifié économiquement, autrement que par la volonté des apporteurs de rétablir la parité d'échange, dès lors qu'elle favorise les restructurations d'entreprises. Pour autant, à notre connaissance, le CADF n'a rendu aucun avis positif dans les affaires dont il était saisi impliquant des opérations d'échange de titres. Le jugement rendu par le Tribunal administratif de Montreuil donne ainsi pour la première fois une application pratique à la thèse développée par le CADF en jugeant que l'appréhension d'une soulte peut constituer une mesure incitative à l'adhésion des apporteurs.

Sans nourrir candidement l'espoir de voir l'administration fiscale assouplir sa position, cette décision du Tribunal administratif de Montreuil est encourageante pour les praticiens et les contribuables engagés dans des procédures similaires, et ce malgré la particularité des faits de l'espèce.

#### ◆ Des interrogations demeurent

**43.** À l'aune des deux décisions commentées, force est de constater que des incertitudes demeurent quant à l'issue des contentieux à venir dans les nombreuses affaires impliquant un échange de titres avec soulte. Notons d'emblée que les **contribuables ont interjeté appel contre ces deux jugements**.

**44.** La première incertitude qui mériterait d'être définitivement tranchée par le Conseil d'État concerne la **faculté ou non de l'administration fiscale de recourir à la procédure de l'abus de droit uniquement pour requalifier le versement de la soulte**, lorsque l'opération d'apport, dont elle constitue une modalité d'exécution, est justifiée d'un point de vue économique. À l'instar d'une partie des praticiens, les requérants des affaires commentées contestent cette possibilité, et considèrent que le versement de la soulte n'est pas un « acte », au sens de l'article L. 64 du LPF, susceptible d'être constitutif d'un abus de droit. Partant, c'est l'intégralité de l'opération d'apport, et non seulement le versement d'une soulte, que l'administration fiscale devrait remettre en cause.

Si les tribunaux confirment la position retenue par l'administration fiscale dans ces deux affaires, les difficultés rencontrées par le juge pour justifier ce dévoiement du recours à la procédure de l'abus de droit sont manifestes. En effet, le Tribunal administratif de Lyon considère que pour les besoins de la mise en œuvre de cette procédure, il est possible de dissocier une opération d'apport de titres - pourtant indivisible sur le plan juridique - en un échange de titres régulier et une cession de titres rémunérée par le versement de la soulte constitutive d'un abus de droit.

En outre, la seule requalification de la soulte suppose de pouvoir prêter au contribuable deux intentions distinctes pour une même opération. Le Tribunal administratif de Montreuil a relevé à plusieurs reprises que l'opération d'apport de titres réalisée par le contribuable était nécessaire au développement de son entreprise ; tout en considérant que l'appréhension d'une soulte par ce dernier était uniquement motivée par sa volonté d'appréhender des liquidités en franchise d'impôt. Une telle solution ne nous paraît pas pouvoir prévaloir dès lors que le juge soulignait par ailleurs l'intention du contribuable de restructurer son groupe en vue de sa transmission et de son administration dans un cadre strictement familial.

<sup>32</sup> Mise en place d'une procédure interne d'agrément ou de substitution.

45. Enfin, ces deux affaires illustrent, à nouveau, l'ambivalence de la position de l'administration fiscale lorsqu'elle détermine la **catégorie de revenus à laquelle se rattache la soulte perçue par le contribuable** : la soulte étant soit assimilée à un revenu distribué et imposée à ce titre dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, soit considérée comme une plus-value mobilière.

Or, comme nous l'avons déjà soutenu dans ces colonnes<sup>33</sup>, une imposition unique de la soulte en tant que plus-value mobilière nous paraît être la plus pertinente dès lors qu'elle permettrait d'aligner le régime d'imposition de la soulte perçue par le contribuable sur celui afférent à sa plus-value d'apport. Telle est la position retenue par le Tribunal administratif de Lyon qui a notamment jugé que l'absence de versement de dividendes par la société dont les titres ont été apportés, et ce pendant une durée de dix-sept mois suivant l'opération d'échange, n'avait aucune incidence dans la mesure où la soulte n'était pas considérée comme des dividendes distribués, mais comme une plus-value mobilière. Le Tribunal administratif de Montreuil, saisi d'une affaire dans laquelle la soulte avait été assimilée à un revenu distribué, a quant à lui maintenu cette qualification. Il est intéressant de relever que depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, les soultes sont immédiatement imposées lors de l'apport, en tant que plus-values mobilières...<sup>34</sup>

46. En tout état de cause, nous nous réjouissons que les premières affaires de cette nature soient désormais soumises à l'appréciation du juge de l'impôt, afin que les faits retrouvent toute leur place dans le contentieux relatif à la soulte qui a trop souvent souffert de la position inflexible de l'administration fiscale. Espérons que le juge d'appel s'écartera du raisonnement des juges du fond qui, dans ces deux affaires, persistent encore à rechercher l'intention du législateur pour interpréter des dispositions pourtant claires<sup>35</sup>.

**O. JANORAY ET A. GRAJALES ■**

33 IP 2-2019, n° 6, § 33, à propos de l'avis CADF n° 2018-25.

34 V. L. n° 2016-1918, 29 déc. 2016, art. 32, sur l'imposition immédiate de la soulte quel que soit son montant.

35 L'article 150-0 B du CGI applicable en l'espèce disposait que « Les échanges avec soulte demeurent soumis aux dispositions de l'article 150-0 A lorsque le montant de la soulte reçue par le contribuable excède 10 % de la valeur nominale des titres reçus ».

## Transmission de l'entreprise

**47. Transmission à titre gratuit - Pacte Dutreil-transmission - Obligations déclaratives** - Un décret précise les obligations déclaratives en matière de dispositif « Dutreil » telles qu'issues de la simplification résultant de la loi de finances pour 2019.

**D. n° 2019-653, 27 juin 2019 : JO 28 juin 2019, texte n° 14 (V. annexe 8)**

48. L'article 40 de la loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019 (IP 1-2019, n° 6, § 49) a simplifié les obligations postérieures à la transmission à titre gratuit des titres soumis à l'engagement de conservation à la charge des bénéficiaires comme des sociétés.

Il est désormais prévu que les bénéficiaires de l'abattement doivent remettre au service des impôts compétent pour enregistrer la déclaration de succession, de don manuel ou l'acte de donation, les informations relatives à l'acte enregistré, à l'identité des bénéficiaires et l'attestation de la société et des éventuelles sociétés interposées :

- lors de l'opération de transmission,
- dans les trois mois du terme de l'engagement, ou
- dans les trois mois d'une demande du service compétent.

L'envoi annuel n'est plus exigé. Les articles 294 bis, ter et quater de l'annexe II au CGI, reproduits en annexe, listent les différents documents et attestations nécessaires lors de ces transmissions.

**L. BENOUDIZ ■**

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

**Annexe 1** : L. n° 2019-744, 19 juill. 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, art. 1<sup>er</sup> et 2 : JO 20 juill. 2019, texte n° 1

**Annexe 2** : BOI-IS-BASE-70, 3 juill. 2019

**Annexe 3** : RM Degois, n° 16264 : JOAN 18 juin 2019, p. 5545.  
- RM Procaccia, n° 09965 : JO Sénat 13 juin 2019, p. 3070

**Annexe 4** : CAA Versailles, 6<sup>e</sup> ch., 27 juin 2019, n° 17VE03022, Min. c/ SA L'Auxiliaire

**Annexe 5** : CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ch., 10 juill. 2019, n° 411474, Martin, concl. E. Bokdam-Tognetti

**Annexe 6** : TA Lyon, 6<sup>e</sup> ch., 30 avr. 2019, n° 1805813, Rebattu

**Annexe 7** : TA Montreuil, 1<sup>e</sup> ch., 16 juill. 2019, n° 1811897, Roullier, concl. C. Noël

**Annexe 8** : D. n° 2019-653, 27 juin 2019 relatif aux obligations déclaratives en matière de transmission d'entreprises bénéficiant des exonérations partielles des droits de mutation à titre gratuit prévues aux articles 787 B et 787 C du code général des impôts : JO 28 juin 2019, texte n° 14