

ENTREPRISE

Chronique d'actualité



Serge ANOUCHIAN
Expert-comptable,
Commissaire aux comptes,
Emergence



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



Carine DELEU
Avocat associé,
Alcade & Associés



Alexis GRAJALES*
Avocat, cabinet Arsene



Olivier JANORAY*
Avocat, cabinet Arsene

Questions générales

- > **Rémunération des dirigeants de sociétés** - La Cour de cassation confirme la jurisprudence en matière de rémunération de gérant de SARL qui, pour constater un abus de majorité, impose une violation de l'intérêt social dans l'unique but de favoriser les associés gérants majoritaires : la décision de fixation d'une rémunération peut être abusive si cette rémunération excessive épuisant le résultat social se combine avec une suspension du versement de dividendes (V. § 1).
- > **Abus de droit** - L'administration fiscale publie au BOFiP ses commentaires de la nouvelle procédure d'abus de droit à but principalement fiscal (« mini-abus de droit ») introduite par la loi de finances pour 2019 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020. L'administration confirme entre autres ses prises de position de l'année dernière concernant les donations en nue-propriété et renvoie aux commentaires du dispositif anti-abus en matière d'IS (CGI, art. 205 A) pour l'appréciation des montages dépourvus de substance économique, visés par le dispositif (V. § 8).

Cession de l'entreprise

- > **Report d'imposition de la plus-value** - La loi de finances pour 2020 aménage le régime de report d'imposition prévu à l'article 150-0 B ter du CGI s'agissant des modalités de réinvestissement indirect dans des structures de capital investissement et du délai de conservation par le donataire des titres reçus en contrepartie de l'apport (V. § 19).
- > L'administration fiscale modifie ses commentaires afférents au régime du report d'imposition prévu à l'article 150-0 B ter du CGI ; elle adapte le BOFiP à la suite d'ajustements opérés par le législateur et étoffe ou amende ses commentaires antérieurs (V. § 26).
- > Le Conseil d'État renvoie au Conseil constitutionnel la question de la rupture d'égalité entre les opérations d'apport de titres ouvrant droit à report d'imposition qui entrent dans le champ de la directive fusions et les mêmes opérations purement internes (V. § 40).
- > **Exonération de la plus-value** - La CAA de Nantes valide le refus d'exonération d'une plus-value de cession des parts d'une SCP notariale au titre de

* L'auteur remercie **Magali MAZZUCO** de sa participation à la rédaction de ses contributions.

l'article 151 septies A du CGI, au motif que la cessation d'activité du notaire concerné est intervenue postérieurement au délai de 2 ans suivant la cession. En l'espèce, l'arrêté portant retrait du notaire est intervenu après la date d'expiration du délai, et la cour juge que cette circonstance est indifférente dès lors qu'elle résulte à la fois d'une saisine tardive des services du ministère de la justice et d'une instruction plus longue que la durée prévisionnelle annoncée par ces services, sans toutefois que le notaire se soit manifesté auprès d'eux pour attirer leur attention sur la nécessité que la décision intervienne avant cette date (V. § 42).

> La CAA de Douai juge, pour l'application de l'exonération de l'article 238 quindecies du CGI, que la condition, prévue au VII de cet article en cas de cession d'un fonds donné en location-gérance, que la transmission soit réalisée au profit du locataire n'est requise que si le contrat de location gérance a cours à la date de la cession. En l'espèce, le contrat de résiliation et le contrat de cession à un tiers avaient été conclus le même jour, mais ce dernier prévoyait que la prise de possession réelle et effective du fonds par le cessionnaire prenait effet le lendemain. Dans ces conditions, la cour estime que le fonds de

commerce n'était plus exploité en location-gérance à la date de la transmission et valide l'application de l'exonération de droit commun prévue aux I et II de l'article 238 quindecies (V. § 46).

Transmission de l'entreprise

> **Pacte Dutreil-transmission** - Le Conseil d'État juge que sont susceptibles de bénéficier du pacte Dutreil prévu à l'article 757 B du CGI les parts ou actions d'une société qui, ayant également une activité civile autre qu'agricole ou libérale, exerce principalement une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, cette prépondérance s'appréciant en considération d'un faisceau d'indices déterminés d'après la nature de l'activité et les conditions de son exercice. Par suite, et alors de surcroît que la faiblesse du taux d'immobilisation de l'actif brut n'est pas davantage l'indice d'une activité civile autre qu'agricole ou libérale, que son importance celui d'une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, ces dispositions ne subordonnent pas l'avantage qu'elles instituent, s'agissant des parts et actions d'une société d'activité mixte, à la condition que le montant de l'actif brut immobilisé représente au moins 50 % du montant total de l'actif brut (V. § 55).

Questions générales

1. Rémunération des dirigeants de sociétés - Rémunération excessive et/ou abusive - Abus de majorité - La Cour de cassation confirme la jurisprudence en matière de rémunération de gérant de SARL qui, pour constater un abus de majorité, impose une violation de l'intérêt social dans l'unique but de favoriser les associés gérants majoritaires : la décision de fixation d'une rémunération peut être abusive si cette rémunération excessive épuisant le résultat social se combine avec une suspension du versement de dividendes.

Cass. com., 15 janv. 2020, n° 18-11.580 (V. annexe 1)

2. En dehors des sociétés anonymes, la rémunération des mandataires sociaux n'est régie par aucune disposition législative. Notamment, la rémunération du gérant d'une

société à responsabilité limitée n'est pas réglementée par le code de commerce. Le plus souvent, cette rémunération est fixée par les statuts ou une délibération de l'assemblée générale. Lorsque les statuts prévoient que le montant de la rémunération sera fixé par une décision collective des associés, la jurisprudence admet que le gérant associé puisse prendre part à ce vote¹. La tentation est alors grande pour le gérant majoritaire de s'allouer une très, voire trop, confortable rémunération.

Or, en droit des sociétés, « *Le principe électif commande que la majorité décide et que la minorité s'incline* »². La société repose ainsi sur une règle simple : la loi de la majorité s'impose aux

1 Cass. com., 4 mai 2010, n° 09-13.205 : D. 2010, 1206, obs. A Lienhard ; Rev. sociétés 2010. 222, note A. Couret ; RJDA 2010. 786, rapport M. Pietton. - Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-23.398 : Rev. sociétés 2012, 38, note D. Schmidt ; BJS 2011, 968, note B. Dondero ; RJDA 12/11 n° 1036 ; LPA 5 avr. 2012, p. 8, note S. Andjehairi ; Revue Lamy Droit des affaires déc. 2011, n° 4740, note D. Djibrila ; Dr. sociétés 2011, comm. n° 216, note M. Roussille. - *Adde* S. Andjehairi, Abus de majorité et rémunération du dirigeant : RJDA 2012, 511.

2 D. Tricot, Abus de droit dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité : RTD com. 1994, p. 617.

minoritaires. Dans une assemblée d'associés, la majorité peut imposer sa volonté à la minorité dès lors qu'elle est présumée agir dans l'intérêt social³.

Cet exercice du droit de vote est libre mais il n'est pas discrétionnaire : l'exercice abusif du droit de vote est sanctionné quand il constitue un abus de majorité⁴. Il a été souligné combien la tradition juridique française s'oppose à ce qu'un juge se transforme en administrateur de société chargé de dire contre l'appréciation majoritaire les choix les plus convenables pour la défense de l'intérêt de la société. Toutefois, pour des opérations essentielles à la défense de cet intérêt social, le juge peut prononcer une sanction pour abus lorsque la décision majoritaire n'est pas justifiée par l'intérêt général de la société ou lui est même contraire et ne s'explique que par l'intérêt du groupe majoritaire, au détriment du groupe minoritaire : « *De telles décisions sont exceptionnelles : elles doivent être sanctionnées parce qu'elles procèdent d'une autre logique que celle de la société : c'est bien l'essence de la société qui est ici atteinte par la majorité.* »⁵ Ainsi, l'abus de droit peut venir jouer ici son rôle régulateur « *correcteur des excès manifestes* »⁶ : la jurisprudence considère depuis 1961 qu'il y a abus de majorité lorsque la décision de l'assemblée a été prise « *contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité* »⁷.

3. Dans ces conditions, la délibération fixant une rémunération excessive pour le gérant peut être considérée comme abusive et encourir la sanction de l'abus de majorité : c'est précisément la question posée par l'arrêt ici commenté. Dans cette affaire, une SARL était gérée par trois gérants qui détenaient chacun un tiers du capital. Après le décès de l'un d'eux en novembre 2011, une assemblée générale est intervenue le 3 mars 2012 pour décider notamment d'augmenter la rémunération des deux gérants survivants. Les héritiers du gérant décédé ont alors assigné la société ainsi que ces deux co-gérants pour demander l'annulation de cette assemblée générale en invoquant un abus de majorité. L'arrêt commenté permet de rappeler la solution connue : l'excès seul ne signe pas l'abus, dès lors que l'abus suppose également la rupture d'égalité.

♦ L'excès seul ne signe pas l'abus

4. L'abus de majorité impose tout d'abord la **démonstration qu'une décision a été prise contrairement à l'intérêt social**. On pourrait considérer que, par nature, la rémunération versée à un dirigeant vient diminuer le résultat social et limiter les capacités d'investissement de la société, ce qui

constituerait donc une atteinte à son intérêt. Or cela serait oublier que les diligences du dirigeant sont indispensables au bon fonctionnement de la société et participent de sa prospérité : la société profite donc du travail fourni par son dirigeant et la rémunération qu'elle lui verse le récompense de ses bons services et l'incite à les continuer.

Dans son arrêt du 31 octobre 2017, la Cour d'appel de Reims a rejeté la demande des héritiers du gérant décédé en annulation de l'assemblée du 3 mars 2012 ayant augmenté la rémunération allouée aux deux co-gérants au titre de l'exercice clos fondée sur l'abus de majorité. Pour fonder ce rejet, l'arrêt considère en substance que l'intérêt social n'a pas été bafoué : la rémunération des deux co-gérants n'était pas excessive tant au regard de la situation de la société que de son quantum.

La Cour a d'abord expliqué que la situation de l'entreprise n'avait pas été mise en péril puisque le fonds de roulement restait important par rapport aux salaires versés même si le résultat net comptable de 375 euros était plus faible qu'auparavant. La Cour a ensuite considéré qu'un montant de salaire de 75 000 euros n'apparaissait pas excessif pour chacun des gérants au regard du chiffre d'affaires de l'entreprise. Au surplus, ils avaient dû assumer le travail à deux suite au décès du troisième gérant. Pour la Cour, il n'était pas anormal de tenir compte de leur âge et de leur prochain départ à la retraite pour fixer leur rémunération.

La Cour de cassation ne partage pas cette analyse. Elle casse l'arrêt pour manque de base légale puisqu'il a retenu une rémunération de 75 000 euros par co-gérant alors que leur rémunération s'élevait à 104 019 euros en moyenne pour chacun. Mais surtout, elle souligne que la rémunération moyenne par gérant était passée de 28 000 euros à près de 105 000 euros après le décès d'un des gérants et que le résultat net était passé de 164 373 euros à 375 euros sans politique d'investissement corrélative. On voit ici une appréciation de l'excès par la chambre commerciale de la Cour qui caractérise une violation de l'intérêt social : la rémunération de chacun des gérants a été multipliée par quatre, causant une évaporation du résultat comptable qui s'élevait à plus de 160 000 euros lors du précédent exercice, et ceci sans mise en œuvre d'une politique d'investissement. L'équation posée par la Cour semble simple : une rémunération qui augmente très fortement entraînant un effondrement du résultat comptable porte atteinte à l'intérêt social.

Pour la cour d'appel, la rémunération des gérants n'était pas excessive au regard de la situation de la société, alors que pour la Cour de cassation la violation de l'intérêt social semble consommée. On sait que la notion d'intérêt social est un concept mouvant⁸ : l'intérêt social n'est pas la somme des intérêts des associés⁹. Sa caractérisation est donc un exercice malaisé, notamment au regard de la rémunération des dirigeants, comme le montre l'affaire en cause. Toutefois, en cette matière, **le recours au droit fiscal peut s'avérer utile dans**

3 CA Paris, 2 nov. 1954 : D. 1954, p. 758.

4 F. Mansuy, Assemblées d'actionnaires – Règles communes à toutes les assemblées – Tenue de l'assemblée : JCL. Sociétés Traité, Fasc. 136-35, n° 178.

5 D. Tricot, Abus de droit dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité, préc.

6 J. Mestre, L'abus de droit dans la vie des affaires : propos introductifs : Droit et patrimoine juin 2000, p. 64.

7 Cass. com., 18 avr. 1961 : Gaz. Pal. 1961, 2, jurispr. p. 15 ; S. 1961, p. 257, note Dalsace ; D. 1961, jurispr. p. 661 ; JCPG 1961, II, 12164, obs. D. B. ; RTD com. 1961, p. 634, obs. R. Houin ; Rev. sociétés 1961, p. 403 ; Journ. sociétés 1962, p. 193.

8 P. Merle et A. Fauchon, Droit commercial - Sociétés commerciales : Dalloz, 23^e éd., 2019-2020, p. 88, n° 70. - A. Viandier, F. Deboissy et M. Cozian, Droit des sociétés : LexisNexis, 32^e éd., 2019, p. 265, n° 605.

9 D. Tricot, Abus de droit dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité, préc.

la mesure où la rémunération du dirigeant y fait l'objet d'une attention particulière. Si sa rémunération est trop basse, le dirigeant ne peut bénéficier de l'exonération de l'outil professionnel au titre de l'impôt sur la fortune¹⁰ ; si elle est trop haute, cette rémunération peut ne pas être déductible pour la société qui la verse¹¹ et être taxée avec une majoration de 25% entre les mains du dirigeant¹².

En matière d'IFI, le caractère normal de la rémunération est apprécié « *au regard des rémunérations du même type versées au titre de fonctions analogues dans l'entreprise ou dans des entreprises similaires établies en France* »¹³. Une rémunération est considérée comme normale si son montant est en rapport avec la rémunération courante des personnes exerçant pleinement la même fonction compte tenu de la nature, de l'importance de l'activité et des résultats de l'entreprise. Ainsi le droit fiscal considère ici qu'une rémunération normale est une rémunération usuelle¹⁴.

Au regard de l'article 39, 1, 1 du CGI, l'appréciation du caractère normal ou excessif de la rémunération versée au dirigeant résulte d'une appréciation individuelle qui fait l'objet d'une jurisprudence abondante : le Professeur Serlooten explique que si la référence au chiffre d'affaires ne fournit pas d'utiles informations pour apprécier quantitativement la normalité de la rémunération versée au dirigeant, la référence aux salaires versés aux autres membres du personnel est en revanche plus efficace¹⁵. Les rémunérations des dirigeants peuvent utilement être appréciées par rapport à la masse salariale de l'entreprise ou par référence aux rémunérations perçues par les personnes les mieux rémunérées. Il énonce également que pour le Conseil d'État, une augmentation rapide du chiffre d'affaires de l'entreprise justifie une augmentation concomitante de la rémunération du dirigeant. À l'inverse, une évolution de la rémunération disproportionnée des dirigeants, voire contraire à l'évolution de la situation économique de l'entreprise, permet au Conseil d'État de retenir l'acte anormal de gestion.¹⁶

5. Dans ces conditions, le droit fiscal peut offrir au juge judiciaire une grille d'analyse utile pour caractériser l'excès d'une rémunération versée à un dirigeant majoritaire obérant le résultat sociétaire, signe d'une violation de l'intérêt social.

Mais la démonstration du caractère excessif d'une rémunération contrevenant à l'intérêt social ne suffit pas pour que la décision d'attribution de cette rémunération subisse les foudres de l'abus de majorité : l'abus suppose par ailleurs une rupture d'égalité entre associés majoritaires et minoritaires.

10 CGI, art. 975, III, 1.

11 L'article 39, 1, 1^{er} du CGI dispose que « *les rémunérations ne sont admises en déduction des résultats que dans la mesure où elles correspondent à un travail effectif et ne sont pas excessives eu égard à l'importance du service rendu* ».

12 CGI, art. 158, 7.

13 CGI, art. 975, III, 1.

14 L. Chatain, L'usuel et le droit fiscal, in *Customary Law Today* : Springer 2018, p. 75.

15 P. Serlooten, Rémunération du dirigeant, liberté et impôt : Cahiers de droit de l'entreprise 2001, n° 3, p. 7.

16 CE, 18 déc. 1992 : Dr. fisc. 1993, n° 22-23, comm. 1136.

♦ L'abus suppose une rupture d'égalité entre les associés

6. Toute décision de l'assemblée non conforme à l'intérêt social ne peut de ce seul fait être remise en cause par l'abus de majorité¹⁷ : le défaut d'intérêt social ne suffit pas à fonder l'abus de majorité dès lors qu'il n'y a pas rupture de l'égalité entre les associés. La rupture de l'égalité entre les associés doit favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité et être intentionnelle¹⁸. Pour que l'abus de majorité soit constitué, la jurisprudence exige ainsi que la décision collective adoptée soit contraire à l'intérêt social et aboutisse intentionnellement à une rupture d'égalité entre associés au profit des minoritaires¹⁹.

Dans l'affaire en cause, la chambre commerciale de la Cour de cassation considère que la cour d'appel a improprement exclu la qualification d'abus de majorité en s'appuyant sur un faisceau d'indices mettant en lumière tant la contrariété de la décision à l'intérêt social que la faveur délibérée consentie aux majoritaires. L'assemblée générale du 3 mars 2012 a permis aux co-gérants majoritaires de bénéficier d'une augmentation très importante de leur rémunération entraînant une **baisse importante du résultat net comptable sans politique d'investissement tout en mettant fin à la politique habituelle de distribution de dividendes de la société**. C'est plus particulièrement cette dernière mesure qui marque la rupture intentionnelle de l'égalité entre les associés : la fin du versement des dividendes caractérise la volonté des associés majoritaires de favoriser leurs intérêts au mépris de ceux des associés minoritaires. Cette **solution n'est pas nouvelle : la Cour de cassation a déjà qualifié à plusieurs reprises d'abusives des décisions de mise en réserve systématique sans politique d'investissement conjuguée à un accroissement inusuel de la rémunération des dirigeants**²⁰.

17 D. Schmidt, Les conflits d'intérêt dans la société anonyme : BJS 2004, n° 318.

18 F. Mansuy, préc., n° 179. - D. Tricot, préc. - A. Couret, L'abus et le droit des sociétés : Droit et patrimoine juin 2000, p. 66.

19 P. Merle et A. Fauchon, Droit commercial - Sociétés commerciales, préc., p. 780, n° 664.

20 Constitue un abus de majorité l'absence de toute distribution pendant vingt ans, aboutissant à la constitution d'un fonds de réserve supérieur aux 2/3 du chiffre d'affaires, les sommes correspondantes étant simplement portées sur des comptes bancaires ; ceci représente une thésaurisation pure et simple, ne répondant pas à l'intérêt social, ce qui conduit à la qualifier d'abusives (Cass. com., 22 avr. 1976 : Rev. sociétés 1976, p. 479, note D. Schmidt ; D. 1977, p. 4, note J.-C. Bousquet). Est abusive la décision d'affecter tous les bénéfices d'exploitation aux réserves, sans effet sur la politique d'investissement, tandis que les associés majoritaires disposent de rémunérations importantes dont la croissance est anormalement rapide (Cass. com., 6 juin 1990, n° 88-19.420 : BJS 1990, p. 782, note P. Le Cannu ; D. 1992, p. 56, note J.-Y. Choley-Combe). Est abusive une mise en réserve systématique des bénéfices sociaux qui n'a pas eu d'incidence sur la politique d'investissement de l'entreprise tandis qu'a été voté l'octroi d'une prime et d'une rémunération très importante au profit du gérant de la SARL (Cass. com., 1^{er} juill. 2003 : BJS 2003, § 236, p. 1137, note A. Constantin ; Rev. sociétés 2004, p. 337, note B. Lecourt. - Cass. civ. 3^e, 8 juill. 2015, n° 13-14.348 : Dr. sociétés 2015, n° 190, note R. Mortier. - Cass. civ. 3^e, 12 nov. 2015, n° 14-23.716 : Dr. sociétés 2016, n° 4, note R. Mortier ; Rev. sociétés 2016, p. 169, note E. Schlumberger ; RTD com. 2015, 533, obs. A. Constantin ; D. 2015, p. 2401, obs. J.-C. Hallouin).

7. En conclusion, l'arrêt commenté confirme la jurisprudence antérieure en matière de rémunération de gérant de SARL qui, pour constater un abus de majorité, impose une violation de l'intérêt social dans l'unique but de favoriser les associés gérants majoritaires : la décision de fixation d'une rémunération peut être abusive si cette rémunération excessive épuisant le résultat social se combine avec une suspension du versement de dividendes.

L. CHATAIN ■

8. Abus de droit - But principalement fiscal (LPF, art. L. 64 A) - Commentaires administratifs - L'administration fiscale publie au BOFiP ses commentaires de la nouvelle procédure d'abus de droit à but principalement fiscal (« mini-abus de droit ») introduite par la loi de finances pour 2019 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020. L'administration confirme entre autres ses prises de position de l'année dernière concernant les donations en nue-propriété et renvoie aux commentaires du dispositif anti-abus en matière d'IS (CGI, art. 205 A) pour l'appréciation des montages dépourvus de substance économique, visés par le dispositif.

BOI-CF-IOR-30-20, 31 janv. 2020 (V. annexe 2)

9. Un mois après l'entrée en vigueur de la procédure d'abus de droit à but principalement fiscal - ou « mini-abus de droit » - codifiée à l'article L. 64 A du livre des procédures fiscales (LPF), l'administration fiscale nous livre - enfin - des commentaires très attendus, s'agissant d'un texte dont elle ne voulait pas.

Rappelons-nous du contexte politique et social particulièrement difficile dans lequel cette nouvelle procédure anti-abus a été introduite à la faveur d'un amendement parlementaire soutenu par le Gouvernement. Concrétisant une proposition formulée dans le cadre de la mission d'information parlementaire sur l'évasion fiscale internationale des entreprises²¹, le législateur a souhaité mettre en place une procédure d'abus de droit par fraude à la loi « à deux étages »²² composée d'un premier étage qualifié de « mini-abus de droit » codifié à l'article L. 64 A du LPF - objet de notre étude - et d'un second constitué par l'abus de droit « historique » codifié à l'article L. 64 du LPF et applicable aux actes poursuivant une motivation exclusivement fiscale²³.

21 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, v. FI 1-2019, n° 9.1.1.

22 V. AN, comm. fin., rapport n° 1302, 11 oct. 2018, t. III, p. 59. - Amdt n° II-1949, 9 nov. 2018. - V. égal. Sénat, Comm. fin., rapport n° 147, t. III, A. de Montgolfier, p. 47.

23 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 qui ne concerne donc que les hypothèses de fraude à la loi.

10. L'article L. 64 A du LPF accorde la faculté à l'administration fiscale, à compter du 1^{er} janvier 2021, d'écarter comme ne lui étant pas opposables les actes, passés ou réalisés à compter du 1^{er} janvier 2020, 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* ».

11. Si la notion « d'objectif principalement fiscal » figurait d'ores et déjà dans de nombreux dispositifs anti-abus²⁴, notamment en matière d'impôt sur les sociétés et d'IFI, son introduction dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal a suscité de nombreuses interrogations et inquiétudes de la part des contribuables et des praticiens. Celles-ci s'expliquent notamment par l'absence de travaux parlementaires éclairants concernant ce dispositif dont on annonçait les effets dévastateurs emportant sur son passage la confiance des contribuables dans certains schémas patrimoniaux usuels.

L'absence - théorique - de pénalité automatique liée à la mise en œuvre de cette nouvelle procédure n'a pas suffi à apaiser ces craintes. Le risque réel d'une application (quasi-) systématique de la majoration de 40% pour manquement délibéré²⁵ susceptible d'emporter une transmission automatique au parquet de ces dossiers²⁶ nous avait d'ailleurs amené à réfléchir dans ces colonnes au risque de censure constitutionnelle²⁷.

Différer l'entrée en vigueur de ce texte visait donc, selon le législateur, à préciser les contours de cette nouvelle définition de l'abus de droit, en laissant à l'administration fiscale un temps d'adaptation afin de déterminer les opérations concernées²⁸. Face aux inquiétudes grandissantes - et parfois excessives - des praticiens, l'administration fiscale a assuré dans un communiqué de presse publié le 19 janvier 2019 qu'elle appliquerait cette nouvelle procédure « *de manière mesurée* », « *sans chercher à déstabiliser les stratégies patrimoniales des contribuables* », et que partant « *l'inquiétude exprimée [n'avait] pas donc pas lieu d'être* »²⁹. Plusieurs réponses ministérielles ont également été l'occasion pour l'administration fiscale de préciser qu'elle ne remettrait pas en cause, sur le fondement de l'article L. 64 A du LPF, les schémas de transmission anticipée de patrimoine conformes à l'intention du législateur tels

24 V. F. Bonte et P. Julien Saint-Amand, Le nouvel abus de droit : analyse des commentaires de l'administration fiscale : RFP 2020, n° 3.

25 CGI, art. 1729, a.

26 LPF, art. L. 228.

27 V. O. Janoray et A. Grajales, Chronique d'actualité « Entreprise » : IP 1-2019, n° 6, § 9.

28 Charles de Courson craignait en effet : « *que le passage à un motif "principalement" fiscal n'introduise d'énormes problèmes d'interprétation* », ce que partageais Eric Woerth, Président de la commission des finances de l'Assemblée nationale qui ajoutait : « *Les mots ont un sens, et un terme trop général peut induire une interprétation très négative* ». V. travaux parlementaires afférents au PLF 2019, première séance du jeudi 15 novembre 2018, après l'article 48.

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

que les donations avec réserve d'usufruit³⁰. L'incendie éteint, de nombreuses incertitudes persistaient sur les contours de cette nouvelle procédure.

12. Dans ses commentaires du 31 janvier 2020, l'administration fiscale fait une lecture rassurante de l'article L. 64 A du LPF même si le diable se loge toujours dans les détails, comme le relevait le Président de la commission des finances, Eric Woerth, lors de l'examen du projet de loi de finances pour 2019³¹.

13. D'emblée, rappelons que l'abus de droit à but principalement fiscal³², à l'instar de celui à but exclusivement fiscal³³, est constitué dès lors que les deux éléments suivants sont réunis³⁴ :

- un élément objectif : l'utilisation d'un texte à l'encontre des intentions de son auteur ; et
- un élément subjectif : la volonté principale d'éluider l'impôt.

14. Pour illustrer l'élément objectif, pourtant identique à la procédure d'abus de droit de l'article L. 64 du LPF, l'administration fiscale expose deux exemples pratiques, déjà partagés dans ses réponses ministérielles³⁵. Elle estime qu'une donation d'usufruit temporaire, réalisée au profit d'un enfant majeur afin de financer ses études ou d'un organisme sans but lucratif, ne saurait être remise en cause du seul fait qu'elle permet au contribuable de bénéficier d'une économie d'impôt substantielle en matière d'impôt sur la fortune immobilière. L'administration se réserve cependant le droit de poursuivre pour abus de droit principalement fiscal les contribuables dont les actes de donation contiendraient des clauses abusives ou ne seraient dotés d'aucune substance patrimoniale effective. Certains auteurs relèvent que l'absence d'une telle substance pourrait être constatée en cas de donation de l'usufruit temporaire d'un bien immobilier, ne générant aucun revenu ou droit d'occupation effectif, réalisée par un contribuable dans le seul but d'éluider tout ou partie de l'impôt sur la fortune immobilière³⁶. Une donation réalisée au profit d'un enfant majeur dont le besoin de liquidités ne serait pas prouvé pourrait être également être interprétée comme poursuivant un objectif principalement fiscal.

En conséquence, les schémas patrimoniaux classiques, y compris ceux à fort levier fiscal, doivent en principe être exclus du champ d'application de ce nouveau dispositif dès lors qu'ils sont conformes à l'intention du législateur. Sans avoir à analyser l'élément subjectif (élément complexe depuis

l'instauration du but « principalement » fiscal), force est de constater qu'un abus de droit ne peut être caractérisé que si son élément objectif est également en cause.

15. La **seconde condition tenant à la volonté principale du contribuable d'éluider l'impôt** nécessitait des précisions de l'administration fiscale eu égard aux incertitudes intrinsèques à un terme aux contours flous.

L'administration fiscale rappelle, à titre liminaire, qu'un contribuable peut choisir « *le cadre juridique le plus favorable du point de vue fiscal pourvu que ce choix ou les conditions le permettant ne soient empreints d'aucune artificialité* »³⁷. La réaffirmation du principe de liberté de gestion consistant à pouvoir choisir la voie la moins imposée constitue une réponse satisfaisante pour qui craignait que le but principalement fiscal d'un acte suffirait à caractériser un abus de droit sur le fondement de l'article L. 64 A du LPF. On peut également y voir une reprise en substance du communiqué de presse et des réponses de l'administration fiscale précitées³⁸. On ne manquera pas de s'interroger sur la notion d'« *artificialité* » évoquée par l'administration fiscale alors que l'article L. 64 A du CGI ne couvre que l'abus par fraude à la loi et non par fictivité. Artificialité ne rime pas avec fictivité, nous opposera-t-on. Certes, mais il sera intéressant de suivre l'application que pourrait en faire l'administration fiscale³⁹.

Elle ajoute en outre que seuls les actes ayant permis à un contribuable de modifier effectivement sa charge fiscale sont susceptibles de relever de l'abus de droit⁴⁰. Il s'ensuit qu'une opération qui n'aurait pas eu pour effet d'atténuer la charge fiscale d'un contribuable ne pourrait relever de la nouvelle procédure d'abus de droit.

16. Par ailleurs, l'administration fiscale estime, en prenant appui sur les débats parlementaires afférents à la loi de finances pour 2019, qu'en adoptant l'article L. 64 A du LPF, le législateur a étendu le champ d'application de la clause anti-abus générale applicable en matière d'impôt sur les sociétés (IS), transposée à l'article 205 A du CGI, à l'ensemble des autres impôts⁴¹. Il existerait donc une filiation entre le nouvel article L. 64 A du LPF et l'article 205 A du CGI⁴², qui sont toutefois exclusifs l'un de l'autre.

L'administration fiscale en conclut que ses commentaires de l'article 205 A du CGI⁴³ précisant les « *montages* » visés par

30 V. RM Procaccia, n° 9965 : JO Sénat, 13 juin 2019, p. 3069 ; IP 3-2019, n° 5, § 20 et n° 6, § 20. - V. égal. RM Straumann, n° 17239 : JOAN 18 juin 2019, p. 5546. - RM Degois, n° 16264 : JOAN 18 juin 2019, p. 5545.

31 V. travaux parlementaires afférents au PLF 2019, première séance du jeudi 15 novembre 2018, après l'article 48.

32 LPE, art. L. 64 A.

33 LPE, art. L. 64.

34 BOI-CF-IOR-30-20, 31 janv. 2020, § 10.

35 V. § 11.

36 V. F. Bonte et P. Julien Saint-Amand, Le nouvel abus de droit : analyse des commentaires de l'administration fiscale, préc.

37 BOI-CF-IOR-30-20, 31 janv. 2020, § 1.

38 V. § 11.

39 V., sur les notions d'artificialité et d'abus de droit « principalement » fiscal, R. Vabres, note ss CE, 12 févr. 2020, n° 421444, Gautier, concl. A. Iljic : Dr. fisc. 2020, n° 10, comm. 180 ; IP 2-2020, n° 2, § 1.

40 BOI-CF-IOR-30-20, 31 janv. 2020, § 90. - V. CE, 5 mars 2007, n° 284457, SELARL Pharmacie des Chalonges.

41 BOI-CF-IOR-30-20, 31 janv. 2020, § 110.

42 L'article 205 A du CGI prévoit une clause anti-abus en matière d'impôt sur les sociétés assurant ainsi la transposition de l'article 6 de la directive 2016/1164/UE du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur (*anti-tax avoidance directive* ou « ATAD »).

43 BOI-IS-BASE-70, 3 juill. 2019 : FI 4-2019, n° 9, § 8, comm. O. Dauchez et N. Jacquot.

cette clause anti-abus générale sont également applicables dans le cadre de la procédure prévue à l'article L. 64 A du LPF, alors que cet article ne fait pas référence explicitement à cette notion. Ce renvoi, loin d'être anecdotique, est rassurant en ce qu'il permet de restreindre le champ d'application de cette nouvelle procédure aux actes qui (i) poursuivant un but essentiellement fiscal⁴⁴ (ii) sont dépourvus de toute substance économique⁴⁵. Rassurant certes, mais source d'insécurité juridique : le contribuable doit placer sa confiance dans la doctrine administrative et non dans la loi.

Dans le sillage de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁴⁶, l'administration fiscale assimile ainsi le but principalement fiscal à celui d'« *essentiellement fiscal* »⁴⁷. Comme le rappellent certains auteurs⁴⁸, le terme « principal » peut être utilisé sous deux acceptions différentes : dans la première, ce terme est synonyme d'essentiel, tandis que dans la seconde, il signifie majoritaire. **Le choix de l'administration de privilégier la notion de « but essentiel »⁴⁹ doit être salué** car l'exercice consistant à comparer des avantages de nature différente aurait été complexe et hasardeux. Une telle « pesée » aurait été source d'une grande insécurité juridique en matière patrimoniale puisque les motivations des contribuables ne peuvent pas systématiquement faire l'objet d'une évaluation économique, comme par exemple la réorganisation d'un groupe familial effectuée en vue de sa transmission ou l'évitement d'une indivision.

Le recours à la notion de « *montages dépourvus de substance économique* »⁵⁰ est en outre particulièrement bienvenu. L'administration fiscale précise qu'un acte ou un montage est susceptible de requalification sur le fondement de l'article L. 64 A du LPF uniquement s'il est dépourvu de toute substance économique, c'est-à-dire « *non authentique* » au sens de l'article 205 A du CGI. Il en va ainsi des montages mis en place pour des motifs commerciaux ne reflétant pas la réalité économique ; cette notion de « *motifs commerciaux* » devant s'entendre au sens large de « *toute justification économique* »⁵¹. Eu égard à la portée de ces nouveaux dispositifs, il est possible qu'ils constituent à terme un sérieux obstacle pour les contribuables résidents de France qui envisagent de constituer leur société holding patrimoniale à l'étranger⁵².

Enfin, l'administration fiscale poursuit ses efforts de clarification - tout du moins en apparence - en précisant que les « *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 valables au sens de l'article 205 A du CGI et donc d'échapper à la procédure d'abus de droit prévue à l'article L. 64 A du LPF. À la lumière de la récente jurisprudence du Conseil d'État⁵³ rendue sur l'application de l'article L. 64 du LPF, la précision apportée par l'administration fiscale dans son BOFiP afférent à l'article 205 A du CGI auquel renvoie ses commentaires sous l'article L. 64 A du CGI, peut étonner. Dans cet arrêt, le Conseil d'État a estimé la procédure d'abus de droit à but exclusivement fiscal applicable à une opération d'apport de titres à une société dont l'objet était purement patrimonial⁵⁴. Un montage peut-il être authentique sur le fondement de l'article 205 A du CGI en raison de sa finalité patrimoniale mais être artificiel au regard de l'article L. 64 du LPF ? Les liens étroits mais imprécis qu'entretiennent ces trois dispositifs anti-abus ne manqueront pas de créer d'autres situations paradoxales.

17. Cette instruction administrative, aussi rassurante soit-elle dans son ensemble, contient malgré tout **certaines positions sibyllines**.

> D'une part, l'administration fiscale réaffirme - sans surprise - que la doctrine administrative opposable aux contribuables sur le fondement de l'article L. 80 A du LPF est susceptible de faire l'objet d'un abus de droit⁵⁵. Elle considère en effet que les « *décisions* » dont un contribuable peut abuser, au sens des articles L. 64 et L. 64 A du LPF, sont « *celles qui, allant au-delà du simple commentaire de la norme, créent du droit* »⁵⁶. Seraient donc notamment visés les rescrits publiés et les instructions administratives ajoutant à la norme dans un sens favorable au contribuable ou adoptées en l'absence de norme.

Cette position de l'administration fiscale, récemment confirmée par la Cour administrative d'appel de Paris dans une affaire relative au champ d'application de l'article L. 64 du LPF⁵⁷, est vivement contestée par une partie des auteurs en ce sens qu'elle fragilise sensiblement la garantie des contribuables contre les changements de doctrine, garantie pourtant fondamentale⁵⁸. Le Conseil d'État, saisi d'un pourvoi, devrait prochainement trancher cette question. Notons que le Comité de l'abus de droit fiscal (CADF) a quant à lui estimé qu'une instruction administrative ne constituait pas une décision susceptible de faire l'objet d'un abus de droit par fraude à la

44 BOI-CF-IOR-30-20, 31 janv. 2020, § 120.

45 *Ibidem*, § 110.

46 V. not. CJUE, 26 févr. 2019, C-116/16 et C-117/16, T Danemark et Y Danemark Aps : FI 2-2019, n° 01, n° 2, § 3, n° 5, § 1, n° 5.2 et n° 9, § 39.

47 BOI-IS-BASE-70, 3 juill. 2019, § 10 et 60.

48 V. F. Deboissy, Commentaires administratifs de la nouvelle procédure d'abus de droit (LPF, art. L. 64 A) : Dr. fisc. 2020, n° 10, comm. 182. - F. Bonte et P. Julien Saint-Amand, Le nouvel abus de droit : analyse des commentaires de l'administration fiscale, préc.

49 BOI-CF-IOR-30-20, 31 janv. 2020, § 120.

50 *Ibidem*, § 110.

51 BOI-IS-BASE-70, 3 juill. 2019, § 40.

52 V. en ce sens, O. Janoray, A. Grajales et J. Demortière, Sociétés holding patrimoniales étrangères : un avenir incertain : RFP 2019, n° 10, étude 24.

53 CE, 12 févr. 2020, n° 421444, Gautier, préc. (V., s'agissant des décisions antérieures, TA Paris, 4 févr. 2016, n° 1400260 et CAA Paris, 12 avr. 2018, n° 16PA01157).

54 *Ibidem*.

55 BOI-CF-IOR-30-20, 31 janv. 2020, § 70.

56 V. concernant la procédure d'abus de droit de l'article L. 64 du LPF : BOI-CF-IOR-30-10, 31 janv. 2020, § 80 et s.

57 CAA Paris, 20 déc. 2018, n° 17PA00747, Charbit, concl. O. Lemaire : IP 1-2019, n° 11.

58 V., en ce sens, O. Fouquet, La garantie contre les changements de doctrine remise en cause ? : FR 4/2019, 17 janv. 2019. - V. aussi J. Turot, Peut-on abuser d'une garantie ? À propos de l'arrêt CAA Paris, 20 déc. 2018 n° 17PA00747 ; Dr. fisc. 2019, n° 11, comm. 206. - *Contra* P.-F. Racine, « L'extension indéfinie du domaine de la lutte » contre l'abus de droit, Tout est décision : IP 1-2019, n° 1.

loi⁵⁹, se conformant ainsi à la théorie de Jérôme Turot selon laquelle la doctrine administrative serait privée de tout esprit et devrait donc faire l'objet d'une application littérale⁶⁰. Espérons que le Conseil d'État s'en inspire.

> D'autre part, l'interprétation retenue par l'administration fiscale de la formule liminaire de l'article L. 64 A du LPF, « sous réserve de l'application de l'article 205 A du code général des impôts », nous semble également critiquable même si elle ne devrait pas emporter de conséquences en pratique. Se fondant sur les travaux parlementaires de l'article L. 64 A du LPF, dont la clarté est digne d'un sophisme, l'administration fiscale exclut de cette procédure les redressements effectués en matière d'IS, considérant qu'ils entrent dans le champ d'application de l'article 205 A du CGI uniquement. Or, cette exclusion ne ressort en rien des travaux parlementaires qui se sont bornés à étendre, selon eux, la clause anti-abus générale applicable en matière d'IS à l'ensemble des impôts.

Cette position de l'administration fiscale, déjà exprimée dans ses commentaires relatifs à l'article 205 A du CGI⁶¹, est lourde de conséquences en ce qu'elle prive les contribuables redressés en matière d'IS de la faculté de saisir pour avis le CADF. Un obstacle constitutionnel de taille pourrait néanmoins se dresser contre cette analyse de l'administration fiscale : le principe d'égalité garanti par les articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁶². Le délai de recours pour excès de pouvoir contre cette instruction administrative expirant au 31 mars 2020 si l'on s'en tient à la solution retenue récemment par le Conseil d'État en la matière⁶³, il conviendra d'attendre que les juges du fond se prononcent sur l'articulation de ces dispositifs anti-abus.

18. En conclusion, plus de peur que de mal ! Après avoir suscité de vives inquiétudes au lendemain de son introduction, l'article L. 64 A du LPF n'aura finalement pas pour conséquence de modifier significativement le paysage fiscal français, à court terme tout du moins. Tout dépendra de l'utilisation qu'en fera l'administration fiscale.

À la lecture des commentaires peu nourris de l'administration fiscale, nous pouvons nous interroger à nouveau sur la pertinence de ce texte et plus encore sur celle d'ajouter, sous couvert de la poursuite d'un objectif - pourtant louable - de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, une couche additionnelle à un mille-feuille de dispositifs anti-abus déjà indigeste.

O. JANORAY et A. GRAJALES ■

59 CADF, 6 nov. 2015, aff. n° 2015-06, 2015-08 et 2015-09.

60 Cf. note de bas de page 60.

61 BOI-IS-BASE-70, 3 juill. 2019, § 90.

62 V. en ce sens L. Olléon, Mini-abus de droit : la campagne des Cent Fleurs ? : Dr. fisc. 2019, n° 30-35, comm. 344. - F. Deboissy, Commentaires administratifs de la nouvelle procédure d'abus de droit (LPF, art. L. 64 A), préc.

63 CE, 13 mars 2020, n° 435634, Sté Hasbro European Trading BV.

Cession de l'entreprise

19. Apport de titres à une société contrôlée par l'apporteur - Report d'imposition (CGI, art. 150-0 B ter) - Aménagements législatifs - La loi de finances pour 2020 aménage le régime de report d'imposition prévu à l'article 150-0 B ter du CGI s'agissant des modalités de réinvestissement indirect dans des structures de capital investissement et du délai de conservation par le donataire des titres reçus en contrepartie de l'apport.

L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019 de finances pour 2020, art. 106 : JO 29 déc. 2019, texte n° 1 (texte et travaux parlementaires : V. annexe 3)

20. Alors qu'une clarification profonde du dispositif de report d'imposition est attendue afin de lui redonner une meilleure lisibilité et efficacité, tant dans un contexte français⁶⁴ qu'international⁶⁵, le législateur s'est contenté d'opérer un léger toilettage de l'article 150-0 B ter du CGI dans le cadre de la loi de finances pour 2020.

◆ Modalités du réinvestissement intermédiaire

21. En premier lieu, il apporte des précisions quant aux modalités du réinvestissement intermédiaire, réalisé au travers de structures de capital investissement, qui constitue depuis le 1^{er} janvier 2019 la quatrième forme de emploi du produit de cession envisageable⁶⁶.

Les modalités du réinvestissement intermédiaire sont aménagées pour les **cessions de titres apportés réalisées à compter du 1^{er} janvier 2020**. La date de l'apport des titres est sans incidence, seule la date de leur cession par la société bénéficiaire importe.

22. Dans son BOFiP du 20 décembre 2019, commentant la version du texte applicable antérieurement à la loi de finances pour 2020, l'administration fiscale estime que la notion de « souscription » s'entend du versement effectif des sommes par la société cédante opérant le réinvestissement⁶⁷. Or ce versement dépend des appels de fonds et non du simple engagement de souscrire matérialisé, le cas échéant, par un bulletin de souscription. En réponse aux contraintes rencontrées par les contribuables et afin de palier une difficulté pratique qui limitait fortement l'intérêt de cette forme de réinvestissement, le législateur est venu préciser la notion de « souscription ».

64 O. Janoray, A. Grajales, J. Demortière, L'article 150-0 B ter : mesure anti-abus ou mesure de rendement ? : RFP 2019, n° 4, étude 11.

65 O. Janoray, A. Grajales, J. Demortière, Départ à l'étranger et report d'imposition : le triangle des Bermudes : RFP 2019, n° 5, étude 16.

66 CGI, art. 150-0 B ter, I, 2°, b. V, issu L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018 de finances pour 2019, art. 115 : IP 1-2019, n° 6, § 34.

67 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-20, 20 déc. 2019, § 210.

Il a donc été décidé de décorréliser l'engagement de souscription de la société de la libération des fonds. La « souscription » des parts de la structure de capital investissement s'entend désormais de la signature, par la société cédante, d'un ou plusieurs engagements de souscription de parts ou actions auprès d'entités éligibles. Espérons que l'administration fiscale actualisera rapidement sa doctrine s'agissant des cessions de titres apportés réalisées entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2019.

L'engagement de souscription doit désormais intervenir dans les 2 ans de la cession des titres apportés et doit désigner la structure d'investissement ainsi que le montant minimal que la société bénéficiaire de l'apport s'engage à réinvestir. La structure d'investissement doit, quant à elle, prendre l'engagement d'appeler les sommes dans un délai maximal de 5 ans à compter de la signature de cet engagement par la société.

23. L'actif de la structure d'investissement devra être composé, à l'issue du délai de 5 ans susvisé, de 75% de parts de sociétés opérationnelles. Il n'est plus exigé - comme c'était le cas avant la loi de finances pour 2020 - que leur actif soit également composé à plus de 50% de titres émis par des sociétés non cotées ou cotées sur un marché réservé aux PME. Cette suppression présente une portée limitée pour les FCPR, FPCI et SCR qui sont déjà tenus, par leur statut juridique, de respecter un quota d'au moins 50% de titres de sociétés non cotées⁶⁸. Cette exigence est néanmoins maintenue pour les SLP.

24. Les sommes appelées par la structure d'investissement peuvent être réinvesties, notamment, dans l'acquisition de titres de sociétés éligibles, sous réserve que cette opération lui en confrère le contrôle⁶⁹. La loi de finances pour 2020 élargit le périmètre des titres éligibles au quota de 75% édicté par l'article 150-0 B ter du CGI. Désormais, les titres d'une société opérationnelle faisant l'objet d'un pacte d'actionnaire auquel la structure d'investissement est partie sont éligibles au quota de 75% à condition qu'elle en détienne plus de 25% du capital et des droits de vote à l'issue de l'acquisition.

◇ Délai de conservation par le donataire des titres remis au donateur en échange de son apport

25. En second lieu, le législateur **allonge le délai de conservation par le donataire des titres remis au donateur en échange de son apport. Cet aménagement est applicable aux donations réalisées à compter du 1^{er} janvier 2020, sans considération de la date d'apport ou de cession des titres.** Relevons ici que le BOFiP actualisé par l'administration fiscale le 20 décembre 2019 ne tient pas compte de cette révision législative⁷⁰.

68 CMF, art. L. 214-28 et L. 214-160 issus L. n° 85-695, 11 juill. 1985, art. 1^{er}.

69 Les sommes appelées peuvent également être affectées à la souscription en numéraire au capital initial ou à l'augmentation de capital d'une ou plusieurs sociétés exerçant une activité opérationnelle.

70 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-30, 20 déc. 2019, § 150. Dans ses nouveaux commentaires au BOFiP, l'administration fiscale reprend l'ancien délai légal de 18 mois en contradiction, donc, avec les dispositions de l'article 150-0 B ter du CGI désormais en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2020 (V. § 37).

On le sait, la donation des titres reçus en contrepartie de l'apport ne met pas systématiquement fin au report d'imposition de la plus-value d'apport. En effet, lorsque le donataire contrôle la société bénéficiaire de l'apport à la suite de la donation, le report d'imposition lui est transféré et il devra s'acquitter de l'impôt afférent à la plus-value d'apport initiale s'il cède les titres reçus dans les 18 mois suivant la donation⁷¹.

Pour les donations réalisées à compter du 1^{er} janvier 2020⁷², ce délai de conservation de 18 mois est porté à 5 ans. Il est également fixé à 10 ans lorsque la société bénéficiaire de l'apport a cédé les titres apportés dans les 3 ans de l'apport puis a procédé à un réinvestissement indirect via une structure de capital investissement. L'objectif de ce dispositif est de permettre de s'assurer que la société bénéficiaire de l'apport a bien procédé au réinvestissement avant l'éventuelle cession de ses titres par le donataire⁷³.

Le maintien par le législateur de cette « fiction fiscale »⁷⁴ (i.e., l'absence de purge de la plus-value par la donation) a été validé par le Conseil constitutionnel en avril 2019⁷⁵. Pour justifier sa décision, le juge constitutionnel se fonde sur la cristallisation de la plus-value lors de l'apport. Une nouvelle lecture sera-t-elle possible compte tenu de la récente jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁷⁶ ?

O. JANORAY et A. GRAJALES ■

26. Apport de titres à une société contrôlée par l'apporteur - Report d'imposition (CGI, art. 150-0 B ter) - Commentaires administratifs - L'administration fiscale modifie ses commentaires afférents au régime du report d'imposition prévu à l'article 150-0 B ter du CGI ; elle adapte le BOFiP à la suite d'ajustements opérés par le législateur et étoffe ou amende ses commentaires antérieurs.

BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60 (introduction), BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-10 (conditions d'application du report), BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-20 (modalités d'imposition des plus-values en report), BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-30 (cas particuliers), BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-40 (obligations déclaratives), 20 déc. 2019

71 CGI, art. 150-0 B ter, II, 1^{er}.

72 L'ancien délai de 18 mois continue de s'appliquer pour les donations réalisées avant le 1^{er} janvier 2020.

73 En cas de réinvestissement en direct : 3 ans de détention par la société bénéficiaire de l'apport + 2 ans pour réinvestir = 5 ans maximum. En cas de réinvestissement intermédiaire : 3 ans de détention par la société bénéficiaire de l'apport + puis 2 ans pour prendre l'engagement de souscription + 5 ans accordés à l'entité d'investissement afin d'appeler les sommes = 10 ans maximum.

74 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-30, 20 déc. 2019, § 170.

75 CC, 12 avr. 2019, n° 2019-775 QPC : IP 2-2019, n° 6, § 24.

76 V. § 39.

27. Alors que Monsieur Preskovitch s'attelait en cuisine à préparer ses fameux doubitchous de Sofia⁷⁷, l'administration fiscale, quant à elle, terminait de concocter son nouveau BOFiP afférent au régime de report d'imposition. Cette actualisation du 20 décembre 2019 était attendue dès lors que les derniers commentaires dataient du 4 mars 2016.

28. On le sait, les plus-values réalisées depuis le 14 novembre 2012 lors de l'apport de titres à une société contrôlée par l'apporteur au jour de l'apport sont soumises à un régime de report d'imposition de plein droit en application de l'article 150-0 B ter du CGI. Si le montant de la plus-value est cristallisé au jour de l'apport, son imposition est reportée à la survenance de certains événements. La cession des titres apportés par la société bénéficiaire dans les trois ans de l'apport emporte la déchéance du report d'imposition, sauf à ce que la société bénéficiaire procède au réinvestissement dans les deux ans suivant la cession d'au moins 60% du produit de cession dans une activité économique éligible⁷⁸.

29. Les nouveaux commentaires administratifs du 20 décembre 2019 sont articulés en quatre sous-parties portant sur les conditions d'application du régime de report d'imposition, sur les modalités d'imposition des plus-values placées en report d'imposition, sur certains cas particuliers et sur les obligations déclaratives.

L'administration fiscale intègre deux types de modification : elle adapte sa base BOFiP à la suite d'ajustements opérés par le législateur et, dans une plus grande mesure, elle étoffe ou amende ses commentaires antérieurs.

◆ MODIFICATIONS APPORTÉES PAR L'ADMINISTRATION DANS LE SILLAGE DU LÉGISLATEUR

30. Depuis la loi de finances rectificative pour 2016⁷⁹, la société bénéficiaire d'un apport de titres doit **conserver les biens ou titres objets du réinvestissement durant 12 mois**. Aucune précision n'existant auparavant dans la loi, l'administration fiscale avait comblé ce vide en prévoyant dans sa doctrine administrative une période de conservation des biens ou titres objets du réinvestissement de 24 mois. Le BOFiP est désormais adapté au délai de 12 mois prévu par la loi⁸⁰.

31. L'administration fiscale ajuste également sa doctrine s'agissant des **apports successifs** en reconnaissant la possibilité d'effectuer plusieurs apports de titres successifs - sans limite de nombre et sans qu'une opération ne remette en cause un report antérieur, quelle que soit l'origine dudit report (mécanisme optionnel ou de plein droit)⁸¹.

Cette possibilité avait été ouverte par le législateur en deux temps. Depuis la loi de finances rectificative pour 2015⁸², les titres reçus en rémunération d'un apport peuvent eux-mêmes être apportés à une société contrôlée ou non par l'apporteur initial, sans remise en cause du report initial et sans limitation du nombre d'opérations d'apport successives (limité à deux auparavant, comme le rappelait l'ancien BOFiP⁸³). La loi de finances pour 2018⁸⁴ a ensuite encadré le maintien du report d'imposition d'une plus-value d'apport cristallisée avant 2000 (mécanisme de report d'imposition optionnel) en cas de nouvel apport des titres reçus en rémunération de cet apport lorsque les conditions de l'article 150-0 B ter du CGI sont respectées.

◆ ACTUALISATION PAR L'ADMINISTRATION DE SES COMMENTAIRES AU BOFiP

◆ Sur l'obligation de conservation par la société bénéficiaire et pendant 3 ans des titres apportés

32. Lorsque les titres apportés font l'objet d'un échange de titres effectué dans le cadre d'une **opération de regroupement ou de division du nominal**, le report d'imposition est maintenu à condition que les titres issus de cette opération soient conservés jusqu'au terme du délai de 3 ans⁸⁵.

L'administration fiscale précise aussi qu'en cas de regroupement ou de division impliquant une soulte, le report d'imposition expire à hauteur du montant de la soulte perçue par la société bénéficiaire de l'apport sauf si cette dernière est réinvestie dans les conditions de droit commun⁸⁶.

33. Ces précisions sont introduites par l'administration fiscale à la suite des commentaires relatifs aux **apports d'obligations convertibles, échangeables ou remboursables en actions**, commentaires qui font eux-mêmes l'objet de modifications. En effet, alors que les anciens commentaires prévoyaient l'expiration du report d'imposition lorsque le remboursement des obligations s'opérait en numéraire avant l'expiration du délai de 3 ans⁸⁷, l'administration fiscale admet désormais le maintien du report d'imposition sous réserve d'un réinvestissement par la société bénéficiaire du remboursement dans les conditions de droit commun⁸⁸.

◆ Sur les modalités de réinvestissement lorsque les titres apportés sont cédés dans les 3 ans

34. L'administration fiscale apporte une précision attendue s'agissant du **quantum du produit de cession à réinvestir**. Pour rappel, le seuil de réinvestissement de 60 % s'applique aux cessions de titres apportés réalisées à compter du

77 *Le père Noël est une ordure*, réalisé par Jean-Marie Poiré, d'après la pièce de la troupe *Le Splendid*.

78 L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018, art. 115 qui a porté ce seuil de 50% à 60% : IP 1-2019, n° 6, § 34.

79 L. n° 2016-1918, 29 déc. 2016, art. 33.

80 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-20, 20 déc. 2019, § 90 et 270.

81 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-30, 20 déc. 2019, § 10 à 110.

82 L. n° 2015-1786, 29 déc. 2015, art. 26.

83 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60, 4 mars 2016, § 570.

84 L. n° 2017-1837, 30 déc. 2017, art. 28.

85 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-20, 20 déc. 2019, § 60, remarque n° 3.

86 CGI, art. 150-0 B ter, I, 2°.

87 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60, 4 mars 2016, § 250.

88 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-20, 20 déc. 2019, § 60.

1^{er} janvier 2019. S'agissant des cessions réalisées antérieurement à cette date, ce seuil demeure fixé à 50 %.

En pratique, la question se porte sur le montant du produit de cession à retenir. Les anciens commentaires au BOFiP étaient muets sur ce point et ni la loi ni les débats parlementaires ne précisent si des charges peuvent venir en déduction de l'assiette objet du réinvestissement.

Dans ses derniers commentaires⁸⁹, l'administration fiscale précise que le « *seuil de réinvestissement est apprécié au regard du prix de cession des titres, net le cas échéant des frais et charges effectivement supportés par la société cédante et directement liés à cette cession* ». Il s'ensuit que le produit de cession peut être réduit des frais et charges répondant aux deux conditions cumulatives suivantes :

- être effectivement payés par la société cédante : les frais acquittés par la société cédante mais refacturés ensuite à une autre entité ne pourront venir en déduction de l'assiette du réinvestissement auquel est tenu la société cédante ;

- être directement liés à cette cession : certains frais bancaires, frais de valorisation ou d'audit de la société dont les titres sont cédés pourraient ainsi être déduits, de même que les frais de conseils engagés dans l'intérêt de la société cédante (banque d'affaire, avocat, comptable, etc.).

35. Si la position de l'administration fiscale était attendue à cet égard, sa formulation aurait gagné à être moins lapidaire afin de nous renseigner sur le sort qu'elle entend réserver à l'impôt sur les sociétés éventuellement acquitté par la société cédante au titre de la cession des titres apportés. Certains lecteurs amateurs de la troupe *Le Splendid* regretteront cette absence de « *deuxième couche à l'intérieur* », même si ces commentaires sont naturellement « *offerts de bon cœur* » par l'administration fiscale.

En tout état de cause, comme nous avons déjà eu l'occasion de le soutenir⁹⁰, exiger de la société cédante qu'elle réinvestisse 60% du produit brut de cession sans lui permettre d'imputer l'impôt sur les sociétés y afférent est critiquable. Un tel refus ne trouverait pas d'écho dans la loi et ne procéderait pas d'une logique anti-abus. *A contrario*, retenir une base nette ne devrait pas favoriser les comportements abusifs observés avant 2012 et qui ont justifié l'instauration du mécanisme de report d'imposition. De surcroît, elle s'inscrirait parfaitement dans la logique économique de l'article 150-O B ter du CGI qui consiste à différer l'imposition pesant sur le contribuable afin de tenir compte du caractère intercalaire de l'opération d'apport.

Par ailleurs, si l'article 150-O B ter du CGI prévoit l'expiration du report d'imposition lors « *de la cession à titre onéreux, du rachat, du remboursement ou de l'annulation des titres apportés* », il ne semble ouvrir la voie du réinvestissement qu'aux hypothèses de cession à un tiers⁹¹. Une application littérale de ces dispositions pouvait conduire, en effet, à exclure du

mécanisme du report les opérations n'impliquant pas une cession à un tiers et donc à s'opposer au maintien du report d'imposition en cas de rachat, de remboursement ou d'annulation des titres apportés. Dans ses précédents commentaires, l'administration fiscale levait déjà le doute s'agissant du réinvestissement de fonds issus de ces opérations dans le financement d'une activité propre⁹² ou dans la souscription au capital d'une société éligible⁹³ mais elle ouvre désormais la voie aux quatre formes de réinvestissement⁹⁴.

36. S'agissant des **formes de réinvestissement permises** par l'article 150-O B ter du CGI, l'administration estime de manière générale que « *l'absence d'expiration du report en cas de réinvestissement constituant une exception au principe d'imposition en cas de cession, il en résulte que le réinvestissement s'entend d'une affectation effective du produit de la cession des titres apportés à des actifs éligibles* »⁹⁵. Plus spécifiquement :

> **Sur la première modalité de emploi (financement de moyens permanents)**⁹⁶ : l'administration fiscale apporte une précision utile⁹⁷ en admettant l'éligibilité des réinvestissements réalisés, même directement par la société, dans des activités de marchand de biens⁹⁸ et de promotion immobilière⁹⁹. Elle réaffirme en revanche l'exclusion des activités de location meublée « *mentionnées aux 5° et 5° bis de l'article 35 du CGI qui bien qu'assimilées fiscalement à des activités commerciales constituent des activités de gestion de son propre patrimoine immobilier* »¹⁰⁰.

> **Sur les deuxième (acquisition d'une fraction du capital d'une société ayant pour effet d'en acquérir le contrôle¹⁰¹) et troisième modalités de emploi (souscription au capital d'une société¹⁰²)** : l'administration fiscale n'aborde pas expressément la notion de holding animatrice mais précise que « *sont exclues des activités éligibles au report les activités civiles, autres que celles assimilées fiscalement à des activités commerciales, sous réserve de ce qui suit. Est ainsi notamment exclue l'activité de location de locaux nus. De même, ne sont pas*

89 *Ibidem*, § 70, remarque n° 3.

90 V., à ce propos, O. Janoray, A. Grajales, J. Demortière, L'article 150-O B ter : mesure anti-abus ou mesure de rendement ?, préc.

91 CGI, art. 150-O B ter, II, 2° : « *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 trois ans à compter de la date de l'apport [...]* ».

92 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60, 4 mars 2016, § 320.

93 *Ibidem*, § 370.

94 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-20, 20 déc. 2019, § 130, 160, 170, 210.

95 *Ibidem*, § 70, remarque n° 4

96 Le a du 2° du I de l'article 150-O B ter du CGI prévoit que les fonds issus de la cession des titres apportés peuvent être réinvestis dans le financement de moyens permanents affectés à son activité commerciale, au sens des articles 34 ou 35 du CGI, industrielle, artisanale, libérale, agricole ou financière, à l'exclusion des activités de gestion du propre patrimoine mobilier ou immobilier de la société.

97 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-20, 20 déc. 2019, § 100, remarque n° 2.

98 CGI, art. 35, I, 1°.

99 CGI, art. 35, I, 1° bis.

100 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-20, 20 déc. 2019, § 110.

101 Le b du 2° du I de l'article 150-O B ter du CGI prévoit une forme de emploi consistant en l'acquisition d'une fraction du capital d'une société exerçant une activité économique éligible et qui a pour effet de conférer, à la société qui acquiert les titres, le contrôle de la société émettrice de ces titres.

102 Le c du 2° du I de l'article 150-O B ter du CGI prévoit une forme de emploi consistant en la souscription en numéraire au capital initial ou à l'augmentation de capital d'une ou plusieurs sociétés.

éligibles au emploi les activités de gestion par la société de son propre patrimoine mobilier (notamment gestion de portefeuille de valeurs mobilières) ou immobilier (CGI, art. 150-0 B ter, 1-2°-a), même lorsqu'elles présentent un caractère commercial, industriel, agricole, libéral, artisanal ou financier [...] »¹⁰³.

En pratique néanmoins, il fait peu de doute que les sociétés holding animatrices constituent des sociétés éligibles au emploi pour les deux raisons suivantes. Premièrement, l'administration fiscale indique que les « sociétés holding, simples gestionnaires d'un portefeuille mobilier » n'exercent pas une activité permettant de maintenir le report d'imposition postérieurement à la cession des titres apportés. Une lecture *a contrario* de ces commentaires milite pour le maintien du report d'imposition postérieurement à la cession des titres apportés lorsque la société cédante réinvestit au capital d'une société holding animatrice. Deuxièmement, l'administration fiscale a pu admettre que les titres de sociétés holding animatrices constituent des actifs éligibles en cas de réinvestissement intermédiaire, c'est-à-dire au travers de fonds ou de sociétés d'investissement, ce qui devrait également être sa position s'agissant des réinvestissements directs réalisés au capital de telles sociétés¹⁰⁴.

> **Sur les deuxième¹⁰⁵ et quatrième modalités de emploi (réinvestissement intermédiaire¹⁰⁶)** : l'administration fiscale précise que si la souscription de parts de certains fonds est éligible sur le fondement et dans les conditions posées par la quatrième forme de réinvestissement, l'acquisition de telles parts est en revanche toujours exclue au titre de la deuxième forme de réinvestissement.

◆ Sur les donations de titres reçus en rémunération d'un apport

37. En raison de la date de publication de ces nouveaux commentaires, ceux-ci ne tiennent pas compte de la modification opérée par la loi de finances pour 2020 concernant le délai de conservation des titres par le donataire en cas de transmission à titre gratuit des titres reçus en contrepartie de l'apport, exposée ci-dessus (V. § 25). Dans une telle situation, le donataire devra conserver les titres reçus durant minimum 5 ans (ou 10 ans en cas de réinvestissement intermédiaire) à compter de la donation. À défaut, le report d'imposition dont bénéficie la plus-value d'apport expirera et il devra s'acquitter de l'impôt afférent à la plus-value d'apport initiale¹⁰⁷. Dans ses nouveaux commentaires, l'administration fiscale reprend l'ancien délai légal de 18 mois, en contradiction donc avec les dispositions de l'article 150-0 B ter du CGI désormais en vigueur.

103 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-20, 20 déc. 2019, § 110.

104 Rescrit non publié.

105 Cf. note de bas de page 103.

106 Le b du 2° du I de l'article 150-0 B ter du CGI prévoit une autre forme de emploi consistant en la souscription de parts ou actions de certains fonds ou de certaines sociétés de capital investissement.

107 CGI, art. 150-0 B ter, II, 1°.

◆ Sur les modalités d'imposition des plus-values dont le report d'imposition expire

38. L'administration fiscale confirme que les plus-values d'apport ne sont pas prises en compte dans l'**assiette de la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus (CEHR)**¹⁰⁸ de l'année d'expiration du report d'imposition¹⁰⁹ puisque ces plus-values ont été prises en compte dans l'assiette de la CEHR due, le cas échéant, au titre de l'année d'apport¹¹⁰.

39. Enfin, l'administration fiscale maintient sa position s'agissant des modalités d'imposition des plus-values d'apport lors de l'expiration du report en précisant que celles-ci sont soumises aux **règles de taux et d'assiette en vigueur au jour de l'apport**¹¹¹. L'administration fiscale estime en effet que le report a pour effet de décaler à une date ultérieure l'imposition effective de cette plus-value à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux¹¹². Cette position nous semble s'inscrire en contradiction avec la récente jurisprudence européenne selon laquelle l'impératif de neutralité fiscale des opérations d'apport de titres posé par la directive fusions¹¹³ implique que les règles d'assiette et de taux appliquées à la plus-value d'apport soient celles en vigueur au jour auquel intervient la cession ultérieure des titres apportés qui constitue le fait générateur d'imposition de la plus-value d'apport. Dans le sillage de la Cour de justice de l'Union européenne¹¹⁴, le Conseil d'État a saisi le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité le 19 décembre 2019¹¹⁵ afin de déterminer s'il existe une discrimination à rebours entre, d'une part, les situations européennes pour lesquelles la plus-value d'apport doit être imposée de la même manière que la plus-value de cession des titres reçus en contrepartie et, d'autre part, les situations purement internes pour lesquelles la plus-value d'apport est, en l'état actuel du droit français, imposée selon les règles d'assiette et de taux en vigueur au jour de l'opération d'apport.

O. JANORAY et A. GRAJALES ■

40. Apport de titres - Report d'imposition - Question prioritaire de constitutionnalité - Le Conseil d'État renvoie au Conseil constitutionnel la question de la rupture d'égalité entre les opérations d'apport de titres ouvrant droit à report d'imposition qui entrent dans le champ de la directive fusions et les mêmes opérations purement internes.

108 CGI, art. 223 sexies, I, 1, al. 1^{er}.

109 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-20, 20 déc. 2019, § 370.

110 CGI, art. 200 A, 2 ter, b.

111 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-20, 20 déc. 2019, § 360.

112 BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-10, 20 déc. 2019, § 270.

113 Dir. 2009/133/CE, 29 oct. 2009, art. 8.

114 CJUE, 18 sept. 2019, C-662/18 et C-672/18, AQ et DN : IP 1-2020, n° 6, § 58, comm. O. Janoray et A. Grajales.

115 CE, 19 déc. 2019, n°423044, Galbert Defforey et n° 423118, Simoncini, concl. K. Ciavaldini (V. § 40).

CE, 8^e et 3^e ch., 19 déc. 2019, n° 423044, Galbert Defforey et n° 423118, Simoncini, concl. K. Ciavaldini (V. annexe 4)

41. Le Conseil d'État tire les conséquences de l'arrêt de la CJUE, 18 sept. 2019, C-662/18 et C-672/18, AQ et DN (IP 1-2020, n° 6, § 58, comm. O. Janoray et A. Grajales) relatif à la compatibilité avec la directive « fusions » des mécanismes de report d'imposition. La CJUE a jugé, en substance, que le report est compatible, à condition qu'il ait les caractéristiques d'un sursis, ce qui rend le mécanisme de report incompatible avec la directive dans son champ et pose une question de discrimination à rebours au détriment des opérations purement internes. Sont en cause des plus-values d'échange mises en sursis à une époque où la taxation des plus-values sur valeurs mobilières était forfaitaire et sans abattement et pour lesquelles il est mis fin au sursis à une époque où la taxation se fait sous barème avec abattements pour durée de détention. Le Conseil d'État juge que, dans ce cas, la plus-value est soumise au barème sans abattements (mais le Conseil constitutionnel exige au moins une prise en compte de l'érosion monétaire). Le Conseil d'État renvoie au Conseil constitutionnel la question de la rupture d'égalité entre opérations entrant dans le champ de la directive et opérations purement internes.

42. Cession des parts d'une SCP de notaires - Exonération de la plus-value (CGI, art. 151 septies A) - Délai de cessation des fonctions - La CAA de Nantes valide le refus d'exonération d'une plus-value de cession des parts d'une SCP notariale au titre de l'article 151 septies A du CGI, au motif que la cessation d'activité du notaire concerné est intervenue postérieurement au délai de 2 ans suivant la cession. En l'espèce, l'arrêté portant retrait du notaire est intervenu après la date d'expiration du délai, et la cour juge que cette circonstance est indifférente dès lors qu'elle résulte à la fois d'une saisine tardive des services du ministère de la justice et d'une instruction plus longue que la durée prévisionnelle annoncée par ces services, sans toutefois que le notaire se soit manifesté auprès d'eux pour attirer leur attention sur la nécessité que la décision intervienne avant cette date.

CAA Nantes, 1^{re} ch., 30 janv. 2020, n° 18NT00362, Caroff (V. annexe 5)

43. Dans le cadre d'un départ à la retraite, les professionnels libéraux exerçant à titre individuel ou dans des sociétés civiles professionnelles (relevant de l'art. 8 du CGI) sont susceptibles de bénéficier de l'exonération d'impôt sur le revenu des plus-values professionnelles dégagées lors de la cession de leur clientèle ou des parts de leur SCP, ainsi que le prévoit l'article 151 septies A du CGI. Comme tout dispositif de faveur, cette exonération est subordonnée à diverses conditions :

- l'activité doit avoir été exercée pendant au moins 5 ans ;

- la cession doit porter sur une entreprise individuelle ou sur l'intégralité des parts de sociétés dans laquelle le contribuable exerce son activité professionnelle et ayant la nature d'éléments d'actifs au sens de l'article 151 nonies ;

- le cédant cesse toute fonction dans l'entreprise cédée ou dans la société dont les parts sont cédées et fait valoir ses droits à la retraite dans les deux ans précédant ou suivant la cession ;

- le cédant ne doit pas détenir directement ou indirectement plus de 50 % des droits de vote ou droits dans les bénéfices sociaux de la société cessionnaire ;

- l'entreprise individuelle cédée ou la société dont les parts sont cédées doit respecter les critères de la PME communautaire (nombre de salariés, CA, total bilan) ;

- le capital ou les droits de vote de la société dont les parts sont cédées ne sont pas détenus à hauteur de 25 % ou plus par une entreprise ne répondant pas aux seuils de la PME communautaire.

44. La condition tenant à la cessation de toute fonction est commune aux deux dispositifs de faveur en cas de départ à la retraite, qui concernent :

- les plus-values professionnelles (CGI, art. 151 septies A),
- les plus-values privées (CGI, art. 150-0 D ter).

Récemment, sur ce dernier dispositif, le Conseil d'État a apporté une importante précision sur le délai de deux ans « suivant ou précédant la cession » pour conclure qu'en cas de cessation de fonction avant la cession et de retraite après la cession (ou inversement), le délai de deux ans devait se décompter avant comme après la cession pour au final aller jusqu'à un délai de 4 ans entre les deux événements précités¹¹⁶. La solution devrait logiquement être transposée au cas des plus-values professionnelles de l'article 151 septies A.

L'autre précision concerne la nature des fonctions. La précision vient de la doctrine en indiquant que « *Par fonction, il convient d'entendre toute fonction de direction ainsi que toute activité salariée au sein de l'entreprise ou de la société concernée.* »¹¹⁷.

45. La question de la cessation des fonctions n'avait donc jusqu'à présent donné lieu qu'à peu de précisions jurisprudentielles ou administratives, s'agissant en apparence d'une question très factuelle. En apparence seulement, car la forme peut prendre le pas sur le fond, c'est du moins ce que nous évoque une récente décision de la CAA de Nantes.

Dans cette affaire, un notaire associé d'une SCP cède une partie de ses parts le 16 septembre 2010 et le reliquat le 7 mars 2012, l'amenant de fait à ne plus alors exercer. Il se prévaut de l'exonération de l'article 151 septies A dans le cadre de son départ à la retraite. Depuis la date de la première cession, un compte à rebours de 24 mois était en route avec en ligne de mire la date butoir du 16 septembre 2012. La condition de départ à la retraite n'est au cas d'espèce pas discutée, la critique de l'administration étant fondée sur la date de cessation des fonctions. Il résulte de l'arrêt que :

¹¹⁶ CE, 16 oct. 2019, n° 417364, Ducloux, concl. A. Iljic : IP 1-2020, n° 6, § 87, comm. C. Deleu.

¹¹⁷ BOI-BIC-PVMV-40-20-20-30, 12 sept. 2012, § 40.

- les services du ministre de la justice n'ont été saisis de la demande d'agrément de son successeur que le 6 juillet 2012, soit dix-sept semaines après la dernière cession ;

- le retrait n'a été accepté que par arrêté du 4 octobre 2012 ;
- cet arrêté était publié le 16 octobre 2012 au Journal officiel de la République française.

L'administration s'est fondée sur le fait que la radiation d'un notaire, emportant cessation de toute ses fonctions, est soumise à l'agrément du ministre de la justice. En effet, l'article 1^{er} du décret n°88-814 du 12 juillet 1988 prévoit que « *Le garde des sceaux, ministre de la justice, nomme par arrêté les officiers publics ou ministériels. Il accepte leur démission ou leur retrait d'une société titulaire d'un office en la même forme.* ». L'article 2 du même décret précise par ailleurs que « *L'arrêté par lequel le garde des sceaux, ministre de la justice, accepte le retrait d'un officier public ou ministériel, membre d'une société titulaire d'un office, prend effet à la date de sa publication au Journal officiel.* »

La Cour de Nantes a retenu cette conception formaliste considérant qu'il ne pouvait y avoir de cessation de fait, effective, avant la prise d'effet de l'arrêté ministériel, ni même avant la date dudit arrêté. C'est ainsi conditionner le bénéfice du régime de faveur à une condition de forme induite de la réglementation propre à certaines professions. C'est aussi une marque de recul du prétendu réalisme du droit fiscal puisqu'on en vient à renier une situation factuelle. Dans cette affaire, n'était *a priori* nullement discuté le fait que le cédant n'exerçait plus concrètement aucune activité professionnelle ou encore qu'il ne percevait plus aucune rémunération à ce titre. Ce qui a prévalu c'est la date de l'arrêté autorisant le retrait ou plus exactement sa date d'effet par une publication au JO.

S'il a fallu au bureau des officiers ministériels près de 3 mois pour traiter le dossier alors que le délai prévisionnel d'instruction indiqué était alors de huit semaines, le juge prend soin de relever que le cédant avait saisi le bureau compétent tardivement après la première cession et qu'il n'a en outre pas cherché à informer de ses propres contraintes de délai et de la date butoir au 16 septembre, à tout le moins, cela ne ressortirait pas de l'instruction du dossier. Faut-il comprendre que la solution aurait pu être différente si cette preuve avait été apportée ?

La solution de la Cour n'a pas vocation à se limiter aux seuls notaires mais devrait s'appliquer à tous ceux qui relèvent du décret précité et donc également aux huissiers, aux avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ou encore aux greffiers. On attendra avec intérêt de savoir si cette solution sévère est définitive ou si, au contraire, le Conseil d'État se trouve opportunément saisi.

C. DELEU ■

46. Cession d'un fonds de commerce donné en location-gérance - Exonération de la plus-value (CGI, art. 238 quindecies) - La CAA de Douai juge, pour l'application de l'exonération de l'article 238 quindecies du CGI, que la condition, prévue au VII de cet article en cas de cession d'un fonds donné en location-gérance, que la transmission soit réalisée au profit du locataire n'est requise que si le contrat

de location-gérance a cours à la date de la cession. En l'espèce, le contrat de résiliation et le contrat de cession à un tiers avaient été conclus le même jour, mais ce dernier prévoyait que la prise de possession réelle et effective du fonds par le cessionnaire prenait effet le lendemain. Dans ces conditions, la cour estime que le fonds de commerce n'était plus exploité en location-gérance à la date de la transmission et valide l'application de l'exonération de droit commun prévue aux I et II de l'article 238 quindecies.

CAA Douai, 4^e ch., 21 nov. 2019, n° 17DA01771, Ghailane, concl. J.-P. Arruebo-Mannier (V. annexe 6)

47. En cas de transmission d'un fonds donné en location-gérance, plusieurs dispositifs fiscaux de faveur sont écartés : l'exonération des petites entreprises de l'article 151 septies ou encore le régime de faveur de transmission de l'article 41 du CGI. À l'inverse, d'autres dispositifs l'intègrent expressément dans leur champ, notamment, en matière de plus-value professionnelle : l'exonération en fonction de la valeur des éléments cédés de l'article 238 quindecies ou encore l'exonération pour départ à la retraite de l'article 151 septies A du CGI. Dans ces deux cas toutefois, l'exonération est subordonnée non seulement aux conditions générales des dispositifs en cause mais également à des conditions spécifiques propres à la location-gérance. Mais qu'en est-il si, avant cession, il est purement et simplement procédé à la résiliation du contrat de location-gérance : la cession se retrouve-t-elle éligible aux dispositifs de faveur précédemment exclus ou limités ?

◆ Rappel des conditions particulières d'une cession de fonds donné en location-gérance

48. L'exonération de l'article 238 quindecies est subordonnée à des conditions générales tenant à :

- la durée d'exercice de l'activité transmise (5 ans),
- la situation juridique de la personne qui transmet (entrepreneur individuel, associé d'une société fiscalement transparente, structure IS remplissant les critères de la PME communautaire),
- l'absence de liens entre cédant et cessionnaire,
- l'objet de la cession (branche complète d'activité).

Le VII de l'article 238 quindecies vise ensuite spécifiquement le cas du fonds donné en location-gérance, en apportant une précision sur le délai de 5 ans (avant la location-gérance) et en ajoutant que la cession doit être réalisée au profit du locataire. La question s'est posée de savoir si ce VII devait se lire de manière autonome par rapport au reste de l'article ou si ce VII ne devait pas se dissocier du reste du texte si bien que toutes les autres conditions devaient également être remplies. C'est cette dernière conception qui a été retenue par le Conseil d'État¹¹⁸.

Cette condition d'identité du cessionnaire se retrouve également pour l'exonération en cas de départ à la retraite de l'article 151 septies A dans des termes similaires.

118 CE, 16 oct. 2013, n° 346063, Min. c/ Mainguy.

Cession du fonds donné en location-gérance	CGI, art. 238 quindecies	CGI, art. 151 septies A
Valeur du fonds	< 300 000 € pour une exonération totale < 500 000 € pour une exonération partielle	/
Départ à la retraite du loueur de fonds	/	Oui, dans les 2 ans précédant ou suivant la cession
Cessation de toute fonction dans l'entreprise individuelle cédée		
Durée de 5 ans	L'activité est exercée depuis au moins 5 ans au moment de la mise en location	
Régime fiscal du cédant	IR ou IS	IR
Identité du cessionnaire	Exclusivement le locataire Tolérance administrative : en cas de cession simultanée à son successeur du fonds et l'intégralité de ses droits dans la société locataire répondant à la définition des PME (BIC-PVMV-40-20-50, 25 mars 2014, § 90 pour art. 238 quindecies. - BOI-BIC-PVMV-40-20-20-20, 20 mars 2019, § 320 pour art. 151 septies A)	
Absence de lien entre cédant et cessionnaire	Le cédant n'exerce pas, en droit ou en fait, la direction effective de l'entreprise cessionnaire ou ne détient pas directement ou indirectement, plus de 50 % des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de cette entreprise	Le cédant ne doit pas détenir, directement ou indirectement, plus de 50 % des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de l'entreprise cessionnaire
Effet	Exonération IR et prélèvements sociaux	Exonération IR uniquement
Sur option	Oui	Oui
Cumul	Cumul possible avec l'article 151 septies A	Cumul possible avec l'article 238 quindecies

◆ Comment apprécier les conditions d'une cession de fonds libéré de toute location-gérance, juste avant cession ?

49. Puisque l'existence du contrat de location-gérance au jour de la cession induit une condition particulière supplémentaire, celle de devoir vendre au locataire-gérant, la question devait immanquablement arriver de savoir comment traiter la cession du fonds qui aurait été libéré de tout contrat de location-gérance juste avant la cession.

Avant même que la question ne soit soumise au juge de l'impôt, Monsieur le rapporteur public Edouard Crépey s'était déjà posé la question dans le cadre de ses conclusions sous l'arrêt de 2013 précité. En effet, s'interrogeant sur la pertinence des deux conceptions possibles de lecture de l'article 238 quindecies, soit une vision autonomiste de la location-gérance, soit une vision globalisante du texte soumettant la location-gérance à toutes les conditions tant générales que spécifiques, il avait recherché les effets pervers de l'une ou de l'autre lecture. Dans la conception globalisante du texte à laquelle il adhérait et que le Conseil d'Etat a suivie, il indiquait : « *le risque que, dans la solution que nous vous proposons, les loueurs de fonds qui par hypothèse rempliraient les conditions de droit commun, contournent les conditions spécifiques que leur imposent les 1^{er} et 2^e (durée d'activité et identité du cessionnaire) en reprenant, même pour une brève période, l'exploitation en direct avant de procéder à la transmission nous paraît à la fois moins crédible et moins redoutable.* »¹¹⁹.

50. Les jurisprudences administratives ne tardèrent pas à rencontrer le cas, avec notamment le cas d'une résiliation quelques semaines avant la cession, jugé par la CAA de Versailles en 2014¹²⁰ : un entrepreneur individuel avait donné en location-gérance son fonds de commerce de maçonnerie à une SARL dont il était gérant et associé ; après résiliation de cette convention le 15 décembre 2008, il avait ensuite cédé son fonds de commerce le 20 janvier 2009, à une autre société puis avait été admis à faire valoir ses droits à la retraite, en mai 2009. La cession avait été placée sous le bénéfice de l'exonération totale d'impôt sur le revenu et de contributions sociales prévue à l'article 238 quindecies. L'administration, estimant que cette cession avait été réalisée dans le cadre d'un départ à la retraite, considérait qu'elle relevait de l'exonération prévue pour l'impôt sur le revenu uniquement par l'article 151 septies A du même code, qui ne s'applique qu'à l'IR ; elle a consécutivement soumis la plus-value aux prélèvements sociaux. Le juge de l'impôt constatait dans cette affaire que le fonds cédé n'était plus exploité en location-gérance à la date de la cession si bien que la condition contestée par le service (identité du cessionnaire) n'avait plus lieu d'être examinée et devenait sans objet. Ainsi, la résiliation avérée, il était indéniable que l'entrepreneur cédait un fonds non grevé de location-gérance et qu'il pouvait céder ce fonds à toute personne (sous réserve de la condition du contrôle) tout en bénéficiant de l'exonération de l'article 238 quindecies.

119 V. Dr. fisc. 2014, n° 6, comm. 152.

120 CAA Versailles, 23 oct. 2014, n° 12VE00905.

51. Une question n'a toutefois pas été débattue à cette occasion : bien que le texte ne l'exige pas expressément, l'administration entend *a priori* réserver le bénéfice de l'exonération aux activités « exercées à titre professionnel ». Or, au regard du bref délai séparant résiliation et cession, l'administration aurait pu tenter de discuter de cette condition. En effet, le BOFIP commentant le dispositif de l'article 238 quinquies¹²¹ renvoie aux commentaires du dispositif de l'article 151 septies A¹²² lequel précise : « L'application de l'article 151 septies A du CGI nécessite que l'activité déployée dans l'entreprise individuelle soit exercée à titre professionnel. L'exercice à titre professionnel implique la participation personnelle, directe et continue à l'accomplissement des actes nécessaires à l'activité. En revanche, le volume de l'activité déployée est sans incidence sur son exercice à titre professionnel, sans préjudice, notamment, de la condition tenant à une participation continue à cette activité (I-A-2-b § 70). Le respect de cette condition relève de l'appréciation de chaque situation de fait. Elle nécessite une étude approfondie des actes et diligences accomplis par le contribuable dans la poursuite de l'activité, compte tenu de la nature et de la taille de l'entreprise. Cette analyse pourra être appuyée des éléments du contexte propres à chaque affaire tels que les autres activités exercées par les personnes concernées, leur qualification à participer à l'activité en cause, etc. ». On rappellera que cette condition ne ressort pas de la lettre de l'article 238 quinquies.

52. Dans une seconde toute récente affaire jugée par la CAA de Douai, des époux avaient donné leur fonds de café-brasserie en location-gérance à une SARL dont ils étaient associés. La convention de location-gérance avait été résiliée le 30 juin 2009 et le même jour, le fonds cédé à une autre SARL, avec toutefois une prise d'effet fixée au lendemain. Il ressort des conclusions du rapporteur public (reproduites en annexe) qu'une attention particulière a été portée à la vérification et pertinence de chronologie des opérations. On y relève d'une part que la résiliation résulte d'une convention sous-seing privé mais reçue le 30 juin par un notaire qui y a apposé son paraphe, lui conférant ainsi date certaine, d'autre part que le contrat de cession également daté du 30 juin prévoit un transfert de propriété à la date de signature mais une jouissance par prise de possession réelle et effective à compter du lendemain. Le rapporteur public prend soin alors de préciser que si la vente est certes parfaite par accord sur la chose et sur le prix, « une propriété sans prise de possession apparaît insuffisante au regard de la lettre même du VII de l'article 238 quinquies », ce texte visant une transmission « d'activité ». Dès lors, si la transmission n'a été effective que le 1^{er} juillet, la cour en tire les conséquences en constatant que la transmission de l'activité était ainsi intervenue alors que le contrat de location gérance avait cessé. L'administration n'était dès lors pas en droit de remettre en cause le bénéfice de l'article 238 quinquies au seul motif du non-respect de la condition d'identité du cessionnaire. La solution se situe donc dans la droite ligne de la précédente affaire jugée en 2014, alors même que le délai séparant la résiliation et la cession était ici extrêmement bref.

La chronologie a prévalu : il y avait bien succession dans le temps de la fin de la location-gérance puis de la cession du fonds. La différence est la stricte concomitance des actes (le même jour) et la nécessité dès lors de dissocier propriété et jouissance : c'est la prévalence de la jouissance, retenue par le juge pour apprécier la date de « transmission d'une activité » qui permet d'obtenir la même solution que celle déjà admise en 2014 par la Cour de Versailles. La jurisprudence ne semble pas avoir eu à se prononcer pour le dispositif de l'article 151 septies A, mais la solution paraît fort logiquement transposable.

Si la chronologie est correctement respectée, et que le fonds cédé est un fonds libéré de tout contrat de location-gérance, il paraît difficile en effet de faire fi de la réalité des faits ; on ne peut que constater qu'au jour de la cession, le contrat n'existant plus, les conditions particulières de l'exonération applicable aux fonds donnés en location-gérance ne sont plus applicables, alors que l'administration n'invoquait pas l'abus de droit. On aurait pu en tout état de cause douter de ce terrain dans la mesure où céder un fonds libre de tout contrat ou céder un fonds grevé d'un contrat de location-gérance n'est pas comparable, ces deux situations présentant des effets non fiscaux particulièrement différents. La chronologie à elle seule peut-elle être alors source d'abus de droit, en ce sens que le contribuable aurait également pu céder son fonds puis laisser à son cessionnaire le soin de résilier, cette chronologie ne permettant plus alors de bénéficier de l'article 238 quinquies ? On repensera alors à la donation-cession, par définition plus avantageuse que la cession-donation, dont on sait que - jusqu'à ce jour - la chronologie retenue n'est pas critiquable dès lors qu'elle est scrupuleusement respectée. En tout état de cause, devant le juge de l'impôt, le débat ne s'est placé ni sur le terrain de l'abus de droit, ni sur celui de la condition d'activité « exercée à titre professionnel » dont on rappelle qu'elle ressort de la doctrine administrative, et non du texte. Reste enfin que la résiliation du contrat de location-gérance doit intervenir dans des conditions normales, sans léser le locataire-gérant, au risque cette fois d'encourir une éventuelle critique sur le terrain de l'acte anormal de gestion.

◆ La tolérance de la cession concomitante du fonds et de la société d'exploitation

53. Dans une certaine hypothèse enfin, il est inutile de résilier le contrat pour faire bénéficier la cession du dispositif de l'article 238 quinquies. En effet, la condition de cession au profit du locataire n'est pas exigée lorsque l'exploitant, qui a donné son fonds à une société qu'il contrôle ou qu'il dirige, cède simultanément à son successeur le fonds et l'intégralité de ses droits dans la société locataire répondant à la définition des PME. Cette exception n'est pas prévue par la loi mais par la doctrine administrative tant pour le bénéfice de l'article 238 quinquies¹²³ que pour l'article 151 septies A¹²⁴, en des termes identiques.

C. DELEU ■

121 BOI-BIC-PVMV-40-20-50, 25 mars 2014, § 90.

122 BOI-BIC-PVMV-40-20-20-10, 18 nov. 2013, § 20.

123 BOI-BIC-PVMV-40-20-50, 25 mars 2014, § 90.

124 BOI-BIC-PVMV-40-20-20-20, 20 mars 2019, § 320.

54. À NOTER

> Opérations d'échange de titres - Soulte - Abus de droit

Le CADF s'est à nouveau prononcé sur des opérations d'échange de titres avec soulte lors des séances du 19 septembre, du 10 octobre et des 15 et 28 novembre 2019. Sans surprise encore, ces avis confirment la position de l'administration fiscale tout en rappelant, à l'instar des récentes décisions du Tribunal administratif de Montreuil, que l'attribution d'une soulte peut être justifiée économiquement dès lors qu'elle est nécessaire à la réalisation de l'opération.

CADF, avis n° 2019-01, n° 2019-20, n° 2019-21, n° 2019-22, n° 2019-23, n° 2019-32, n° 2019-30, n° 2019-31, n° 2019-33, n° 2019-35, n° 2019-36, n° 2019-37, n° 2019-38, n° 2019-39, n° 2019-40, n° 2019-41, n° 2019-60, n° 2019-61, n° 2019-62 et n° 2019-64 (V. annexe 7)

Comme nous le relevions dans ces colonnes¹²⁵, le rythme auquel s'enchaînent les affaires portées à la connaissance du Comité de l'abus de droit fiscal (CADF) en matière d'échange de titres avec soulte s'est accéléré sans pour autant faire dévier le CADF de sa position historique. Dans les vingt nouveaux avis de la fin de l'année 2019, portant sur une douzaine d'affaires, le CADF reprend strictement son raisonnement en matière d'opérations d'échange avec soulte que nous avons déjà eu l'occasion de commenter dans ces colonnes.

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

Or, selon le CADF, le but poursuivi par le législateur n'est pas respecté dès lors que l'octroi d'une soulte à un apporteur n'est pas justifié par la réalisation d'une opération de restructuration mais dissimule en réalité sa volonté de percevoir des liquidités en franchise d'impôt. Le CADF réaffirme aussi que la rémunération partielle d'un apport par le versement d'une soulte entraîne nécessairement un désinvestissement pour la société bénéficiaire de l'apport puisqu'elle renonce à des ressources prises en compte lors de la détermination de la valeur des titres apportés.

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

Est sans incidence pour le CADF, la circonstance que le montant de la soulte :

- devait garantir la valeur des apports selon le contrat d'apport¹²⁶ ;
- aurait permis de maintenir la garantie préexistante donnée à une banque en contrepartie d'un contrat de prêt souscrit antérieurement à l'apport¹²⁷ ;

125 IP 1-2019, n° 6, § 42, à propos des avis CADF n° 2018-10, 2018-11, 2018-15, 2018-21 et 2018-22. – IP 2-2019, n° 6, § 29, à propos de l'avis CADF n° 2018-25. – IP 1-2020, n° 6, § 77, à propos des avis CADF n° 2019-10, 2019-13 et 2019-17.

126 Affaire ayant donné lieu aux avis CADF n° 2019-20 et 2019-21.

127 Affaire ayant donné lieu à l'avis CADF n° 2019-01.

- serait justifié par le fait que les droits des associés dans la société bénéficiaire ne seraient pas les mêmes à l'issue de l'opération d'apport du fait du changement de forme sociale de la société bénéficiaire quelques jours auparavant¹²⁸ ; ou

- était destiné à être donné aux enfants de l'apporteur¹²⁹.

Ce faisant, le CADF estime que l'inscription d'une soulte au crédit d'un compte-courant d'associé caractérise, en elle-même, une appréhension de liquidités par l'apporteur, sans considération de l'appréhension effective de liquidités par l'apporteur au cours de la période vérifiée. Pour ces raisons, le CADF considère l'administration fiscale fondée à recourir à la procédure de l'abus de droit dans l'ensemble de ces affaires, impliquant des soultes pour la plupart supérieures à 9%.

Enfin, trois affaires illustrent à nouveau l'ambivalence de la position de l'administration fiscale lorsqu'elle détermine la catégorie de revenus à laquelle se rattache une soulte¹³⁰. L'administration fiscale impose ces soultes tantôt en tant que revenus de capitaux mobiliers, tantôt en tant que plus-values sur valeurs mobilières. Mais comme l'a jugé le Conseil d'État le 12 février 2020, le CADF, qui est seulement saisi pour avis sur l'existence d'un abus de droit, n'a pas à se prononcer sur la catégorie d'imposition des sommes en litige¹³¹.

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner¹³², la position historique du CADF n'est pas exempte de toute critique, et nous espérons que la jurisprudence viendra donner une autre tonalité à ces affaires.

O. JANORAY et A. GRAJALES ■

> Cession d'un fonds de commerce acquis à titre gratuit - Plus-value professionnelle - Valeur d'acquisition - Exonération de la plus-value (CGI, art. 238 quindecies) -

La CAA de Douai de prononce dans un litige ayant pour origine la cession en 2008 d'un fonds de commerce détenu en indivision par deux sœurs qui en avaient hérité à la suite du décès de leur père en 1960, puis de leur mère en 1980. La première question concerne le montant de la plus-value imposable dans la catégorie des BIC et la seconde est relative à la constitutionnalité de l'exclusion du bénéfice de l'exonération d'impôt prévue à l'article 238 quindecies du CGI lorsque la cession n'intervient pas au profit d'un locataire gérant.

CAA Douai, 4^e ch., 21 nov. 2019, n° 17DA01677, Bulwa (V. annexe 8)

La première question sur laquelle la cour se prononce concerne le montant de la plus-value imposable dans la catégorie des BIC. La plus-value de cession correspond à la différence entre le prix de cession de l'actif et la valeur d'origine pour laquelle l'actif doit être inscrit au bilan, en vertu de l'article 38 quinquies de l'annexe III au CGI. À cet égard, un actif acquis à titre gratuit doit être inscrit

128 Affaire ayant donné lieu aux avis CADF n° 2019-36, 2019-37, 2019-38 et 2019-39.

129 Affaire ayant donné lieu à l'avis CADF n° 2019-64

130 IP 2-2019, n° 6, § 29, à propos de l'avis CADF n° 2018-25. – IP 3-2019, n° 6, § 34, à propos de TA Lyon, 30 avr. 2019, n° 1805813, Rebattu et TA Montreuil, 16 juill. 2019, n° 1811897, Roullier, concl. C. Noël.

131 CE, 12 févr. 2020, n° 421444, Gautier, concl. A. Iljic : IP 2-2020, n° 2, § 1.

132 Cf. note de bas de page 125.

au bilan selon sa valeur vénale. En l'espèce, l'administration s'est fondée sur la valeur d'inscription du fonds de commerce litigieux au bilan de l'entreprise individuelle, qui avait d'ailleurs également été retenue par la contribuable pour calculer la plus-value déclarée dans la liasse fiscale qu'elle avait déposée. La requérante faisait valoir que ce montant était erroné en se prévalant de l'évaluation du fonds de commerce retenue pour déterminer les droits de mutation. Toutefois, la cour écarte cette argumentation au motif que l'intéressée n'apporte pas la preuve de ce que la valeur d'origine du fonds de commerce mentionnée en comptabilité et dans la liasse fiscale serait entachée d'une erreur involontaire susceptible d'être corrigée. Ce faisant, la cour invoque au soutien de sa solution tant le régime de la preuve, qui incombe au contribuable lorsqu'il conteste une imposition établie conformément à ses propres déclarations¹³³, que la théorie des erreurs comptables délibérées qui ne sont pas susceptibles d'être corrigées¹³⁴. Elle admet également que la valeur d'origine d'une immobilisation acquise à titre gratuit s'écarte de la valeur retenue pour l'assiette des droits d'enregistrement.

La question du caractère imposable de la plus-value de cession est le second point intéressant de l'arrêt. La requérante, qui avait déclaré la plus-value de cession réalisée, entendait bénéficier de l'exonération d'impôt prévue à l'article 238 quindecies du CGI. Toutefois, les opérations ne remplissaient pas la condition, prévue au VII de cet article pour l'exonération des cessions de fonds de commerce donnés en location-gérance, que la cession soit réalisée au profit du locataire. Saisie par la requérante d'une question relative à la conformité de cette dernière disposition au principe d'égalité devant la loi et devant les charges publiques prévus par les articles 6 et 13 de la déclaration de 1789, la cour décide qu'il n'y a pas lieu de renvoyer cette question au Conseil d'État, compte tenu de la différence de situation entre le locataire gérant du fonds de commerce cédé et un autre repreneur potentiel de ce fonds au regard de l'objet de la législation en cause.

> Cession de parts sociales de sociétés civiles agricoles - Enregistrement au droit fixe - La loi de finances prévoit qu'à compter du 1^{er} janvier 2020, les cessions de gré à gré de parts de sociétés civiles à objet principalement agricole sont enregistrées au droit fixe de 125 € uniquement si la société est constituée depuis au moins 3 ans avant la cession (CGI, art. 730 bis modifié). Les cessions de parts des sociétés de moins de 3 ans sont donc soumises au droit proportionnel.

L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019 de finances pour 2020, art. 20 : JO 29 déc. 2019, texte n° 1

133 Cf. LPF, art. R. 194-1.

134 CE, 12 mai 1997, n° 160777, Min. c/ SARL Intraco.

Transmission de l'entreprise

55. Droits de mutation à titre gratuit - Pacte Dutreil-transmission (CGI, art. 757 B) - Sociétés d'activité mixte - Appréciation de la prépondérance de l'activité opérationnelle - Le Conseil d'État juge que sont susceptibles de bénéficier du pacte Dutreil prévu à l'article 757 B du CGI les parts ou actions d'une société qui, ayant également une activité civile autre qu'agricole ou libérale, exerce principalement une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, cette prépondérance s'appréciant en considération d'un faisceau d'indices déterminés d'après la nature de l'activité et les conditions de son exercice. Par suite, et alors de surcroît que la faiblesse du taux d'immobilisation de l'actif brut n'est pas davantage l'indice d'une activité civile autre qu'agricole ou libérale, que son importance celui d'une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, ces dispositions ne subordonnent pas l'avantage qu'elles instituent, s'agissant des parts et actions d'une société d'activité mixte, à la condition que le montant de l'actif brut immobilisé représente au moins 50 % du montant total de l'actif brut.

CE, 8^e et 3^e ch., 23 janv. 2020, n° 435562, Bardin et Mehrdad, concl. R. Victor (V. annexe 9)

56. Dans cet arrêt, le Conseil d'État vient nous préciser qu'une société exerçant une activité mixte est susceptible de bénéficier du dispositif du pacte Dutreil, à condition que son activité éligible soit prépondérante, ce qui ne peut être apprécié qu'au regard d'un ensemble d'éléments, d'un faisceau d'indices suivant la nature de l'activité de la société et les conditions de son exercice.

Il en profite pour annuler les critères incontestablement inadaptés qui figuraient dans les commentaires administratifs.

57. Quelques propos préliminaires sont essentiels pour bien comprendre la problématique.

Il convient en premier lieu de souligner la genèse de ce texte qui fête en ce moment ses 20 ans d'existence. Nous ne saurions dire si 20 ans est le plus bel âge de la vie, mais force est de constater que ce dispositif a connu divers anniversaires, rectifications et précisions.

Le législateur avait pour ambition principale de sécuriser et de préserver la pérennité des entreprises, au regard notamment de la fragilité d'une transmission mal préparée.

Ensuite, le texte voulait se prémunir des effets d'aubaine et souhaitait par là-même réserver les avantages de ce dispositif aux entreprises commerciales, artisanales, industrielles et agricoles en excluant, comme à l'accoutumée, les sociétés à caractère exclusivement patrimonial, par exemple les sociétés

civiles immobilières dont le patrimoine est composé essentiellement pour ne pas dire exclusivement d'immeubles frugifères.

Or, et depuis déjà pas mal de temps, il est fréquent qu'une société exerce simultanément un grand nombre d'activités dont certaines peuvent ne pas être éligibles au sens de ce texte. Or, il aurait été complètement contre-productif, dans l'esprit du législateur, d'interdire totalement l'accès à ce régime de faveur pour les sociétés de ce type. C'est pourquoi, l'administration a tenté, en lieu et place du législateur, de résoudre cette épineuse question¹³⁵ en écrivant que :

> il n'est pas exigé de la société qu'elle exerce son activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale à titre exclusif¹³⁶ ;

> l'exonération ne sera pas refusée à une société développant une activité mixte, sous réserve que l'activité civile ne soit pas prépondérante¹³⁷ ;

> souhaitant quantifier le caractère prépondérant, l'administration dans son commentaire a enfin exigé une double condition :

- la part du chiffre d'affaires procurée par l'activité éligible doit représenter au moins 50 % du chiffre d'affaires total de la société ;

- le montant de l'actif brut immobilisé au bilan de la société doit représenter au moins 50 % de l'actif brut total.

58. C'est cette partie sur la quantification de la prépondérance qui a été soumise à la censure du Conseil d'État, car elle occasionnait un préjudice certain au contribuable qui exerçait une activité de marchand de biens, laquelle est éligible sans contestation possible au régime Dutreil.

Cependant, ainsi que l'exige le plan comptable, les marchands de biens doivent comptabiliser les immeubles destinés à la revente dans les stocks, c'est-à-dire dans l'actif circulant et non pas dans l'actif immobilisé. Cette évidente anomalie suffit à disqualifier le critère du montant de l'actif brut immobilisé.

Ainsi que le relève fort justement le rapporteur public, M. Romain Victor, dans ses conclusions (reproduites en annexe), si dans une autre situation, un contribuable avait inscrit à l'actif de son bilan les titres d'une société civile patrimoniale aboutissant à ce que l'actif immobilisé représente plus de 50 % de l'actif total, il aurait été éligible alors même qu'à l'évidence son activité ne l'est pas.

C'est donc **en toute logique que le Conseil d'État a décidé que les commentaires administratifs méconnaissaient le sens et la portée du premier alinéa de l'article 787 B du CGI**, et que le « régime de faveur pouvait s'appliquer aux parts ou actions d'une société qui, ayant également une activité civile autre qu'agricole ou libérale exerce principalement une activité industrielle, commerciale, artisanale agricole ou libérale, cette prépondérance s'appréciant en considération d'un faisceau d'indices déterminés d'après la nature de l'activité et les conditions de son exercice. »¹³⁸.

135 BOI-ENR-DMTG-10-10-10-10, 12 sept. 2012.

136 Souligné par l'auteur.

137 Il s'agit en fait de la reprise d'une réponse ministérielle (RM Bobe, n° 94047 : JOAN 24 oct. 2006).

138 Souligné par l'auteur.

Examinons d'abord succinctement l'annulation des critères administratifs de la prépondérance, pour évoquer ensuite la problématique ouverte par l'appréciation de cette prépondérance au regard d'un faisceau d'indices.

♦ L'annulation des critères administratifs de la prépondérance

59. Il faut souligner tout d'abord que la lettre de l'article 787 B n'impose pas que la société exerce une activité éligible à titre exclusif, ce que le rapporteur public a rappelé abondamment dans ses conclusions. Il faut reconnaître ensuite que l'administration elle-même, par la rédaction de son instruction précitée n'entendait pas limiter l'application de ce régime aux sociétés exerçant uniquement une activité éligible. C'est donc en toute logique que le Conseil d'État l'a confirmé.

Le deuxième alinéa des commentaires administratifs rappelés ci-dessus exige que l'activité non éligible ne soit pas prépondérante, bien que cela ne figure pas formellement dans la lettre de l'article 787 B du CGI¹³⁹. Dans un arrêt désormais célèbre du 13 juin 2018¹⁴⁰, le Conseil d'État décidait qu'une holding animatrice de son groupe était réputée exercer une activité commerciale sous réserve que l'animation de ses filiales soit son activité principale. La présente décision confirme qu'il résulte de l'article 757 B du CGI que la société doit exercer « principalement une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, cette prépondérance s'appréciant en considération d'un faisceau d'indices déterminés d'après la nature de l'activité et les conditions de son exercice ». D'un point de vue sémantique, on remarquera que pour le Conseil, les termes « principal » et « prépondérant » sont équivalents.

60. Pour terminer ce *requiem* du critère de l'actif brut immobilisé, on ajoutera que **cette notion même d'actif brut immobilisé est un concept totalement dépassé, par rapport notamment à la valeur vénale** composant l'actif d'une société commerciale.

Exemple : Si l'on tente de développer un exemple sur la base du critère de l'actif brut immobilisé imposé par l'administration fiscale, une société ayant acquis un brevet de 50 000 € et disposant d'une trésorerie de 200 000 € ne serait pas éligible car son actif immobilisé de 50 000 € représenterait 20 % de l'actif brut total de 250 000 €, quand bien même la valeur vénale, c'est-à-dire la valeur de marché du brevet représenterait une valeur de 500 000 €.

61. Puisque le bon sens ainsi que le Conseil d'État ont annihilé les exigences inadaptées de l'administration fiscale, essayons de voir comment apprécier le faisceau d'indices évoqué par le Conseil d'État.

139 On peut remarquer que cette rédaction peut prêter à discussion, car si l'on parvenait à démontrer que l'activité civile et l'activité éligible sont à égalité, aucune d'entre elles ne serait prépondérante...

140 CE, plén., 13 juin 2018, n° 395495, 399121, 399122, 399124 : Rec. Lebon, p. 262 ; FR 31/18 n° 1 p. 3 ; RJF 2018 n° 965, concl. Y. Bénard C 965, chron. A. Iljic p. 1340 ; Dr. fisc. 2018, n° 27, comm. 321. Cet arrêt a été rendu dans le cadre d'un litige concernant l'application de l'article 150-0 D bis du CGI.

◇ L'appréciation de la prépondérance au regard d'un faisceau d'indices

62. Aux termes de la décision du Conseil d'État, la prépondérance doit s'apprécier au regard d'un « *faisceau d'indices déterminés d'après la nature de l'activité et les conditions de son exercice* ». Le Conseil d'État n'est pas allé au-delà dans les précisions, car, saisi d'un recours pour excès de pouvoir, il n'entraîne pas dans ses attributions d'énumérer les éléments d'un faisceau d'indices incontestables, ni de trancher au fond l'affaire en cause.

Les critères exigés par l'administration, pour critiquables qu'ils étaient, avaient l'avantage d'être quantifiables et objectifs. Tandis que l'analyse d'un faisceau d'indices laisse une **très large part à la casuistique et à l'interprétation**, ce qui ne va pas faciliter le rôle des conseils. Il n'est en effet pas déraisonnable de penser que si la vision d'un chef d'entreprise peut s'éloigner de celle de l'administration fiscale, ces deux visions peuvent aussi être contrariées par l'interprétation du juge de l'impôt qui interviendra sur un dossier quelques années plus tard¹⁴¹.

Qui plus est, cette incertitude va perdurer sur une très longue période puisqu'à ce jour la prépondérance de l'activité éligible est exigée par l'administration durant l'intégralité des six années d'engagement¹⁴². À cet égard, il nous semble même que la **précaution d'un rescrit peut sembler un rempart relativement faible**, puisque la réponse engagera l'administration sur une situation donnée, susceptible de nombreux changements dans une période aussi longue dans le monde des affaires que les six ans de l'engagement.

141 Les plus anciens auront sans doute en mémoire les nombreux arrêts venus émailler l'application des dispositions instaurant une exonération d'IS en faveur des entreprises industrielles et commerciales nouvelles !

142 BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, 19 mai 2014, confirmé par un arrêt de la Cour d'appel de Rennes (CA Rennes, 8 oct. 2019, n° 17/08339 : IP 1-2020, n° 6, § 95, comm. L. Benoudiz), arrêt qui serait frappé d'un pourvoi en cassation et cité par J.-F. Desbuquois *in* RFP 2020, n° 3, comm. 3.

63. À notre sens, **la décision commentée n'implique pas que le critère de l'actif immobilisé doive être définitivement rejeté**; apprécié à sa valeur vénale, l'actif immobilisé pourra sans doute constituer, dans certains cas, l'un des indices du faisceau.

64. La présence d'un **effectif salarié** important constituera également, nous semble-t-il, un critère déterminant.

65. Par ailleurs, bien que peu évoqué au sein de cette décision, le critère du **chiffre d'affaires** demeurera souvent un indice pertinent, même s'il est préférable d'évoquer le critère du revenu plutôt que celui du chiffre d'affaires au sens strictement comptable et fiscal du terme.

66. Enfin, la présence d'une **trésorerie** importante sera-t-elle un obstacle à l'éligibilité au dispositif de faveur, alors même que c'est un élément de sécurité, de pérennité et de développement indispensable à toute société ? Il nous semble que la formulation du Conseil d'État, empreinte de réalisme, appelle une réponse négative.

67. Pour finir, relevons que l'appréciation ici évoquée sera encore plus délicate pour les **sociétés holdings animatrices**, notamment car le critère du chiffre d'affaires sera très souvent inopérant¹⁴³.

Gageons que les commentaires administratifs attendus depuis un certain temps sur le pacte Dutreil prennent en compte l'ensemble de ces modifications et proposent des modifications susceptibles de remplir les objectifs initiaux du législateur de sécurité juridique et de pérennité des entreprises.

En ces temps de confinement généralisé, il n'est pas utopique d'espérer que l'ensemble des professionnels y soient largement associés.

S. ANOUCHIAN ■

143 V. not. O. Janoray, A. Grajales et J. Demortiere, La société holding animatrice : le nouveau « sac d'embrouilles » : IP 2-2020, n° 6.1. - Note J.-F. Desbuquois, préc.

Annexes (disponibles sur le site internet de la Revue)

Annexe 1 : Cass. com., 15 janv. 2020, n° 18-11.580

Annexe 2 : BOI-CF-IOR-30-20, 31 janv. 2020

Annexe 3 : L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019 de finances pour 2020, art. 106 : JO 29 déc. 2019, texte n° 1 (texte et travaux parlementaires)

Annexe 4 : CE, 8^e et 3^e ch., 19 déc. 2019, n° 423044, Galbert Defforey et n° 423118, Simoncini, concl. K. Ciavaldini

Annexe 5 : CAA Nantes, 1^{re} ch., 30 janv. 2020, n° 18NT00362, Caroff

Annexe 6 : CAA Douai, 4^e ch., 21 nov. 2019, n° 17DA01771, Ghailane, concl. J.-P. Arruebo-Mannier

Annexe 7 : CADF/AC n° 7/2019, 19 sept. 2019, avis n° 2019-32, n° 2019-20 et n° 2019-21. - CADF/AC n° 8/2019, 10 oct. 2019, n° 2019-33, n° 2019-22, n° 2019-23 et n° 2019-01. - CADF/AC n° 9-1/2019, 15 nov. 2019, n° 2019-40 et n° 2019-41. - CADF/AC n° 9-2/2019, 15 nov. 2019, avis n° 2019-30 et n° 2019-31. - CADF/AC n° 10/2019, avis n° 2019-36, n° 2019-37, n° 2019-38, n° 2019-39, n° 2019-60, n° 2019-61, n° 2019-62, n° 2019-64 et n° 2019-35

Annexe 8 : CAA Douai, 4^e ch., 21 nov. 2019, n° 17DA01677, Bulwa

Annexe 9 : CE, 8^e et 3^e ch., 23 janv. 2020, n° 435562, Bardin et Mehrdad, concl. R. Victor