

Procédures de rectification

303 Peut-il être abusif de ne pas dissoudre une société ?

Le tribunal administratif de Paris juge que :

1 – Comité de l'abus de droit. – *a)* Des contribuables ne peuvent utilement se prévaloir de la position adoptée par le Comité de l'abus de droit lors d'affaires passées concernant d'autres contribuables ni sur le fondement de l'article L. 80 A du LPF, dès lors que la position du Comité, dont les avis ne lient pas l'Administration fiscale, ne peut être regardée comme une prise de position formelle de cette dernière, ni sur le fondement de l'article L. 80 B pour le même motif et dès lors au surplus qu'ils ne se trouvent pas dans la situation de fait sur laquelle a été portée une appréciation par le Comité (*1^{re} esp., pt 15*).

b) Le principe du contradictoire sur les motifs retenus par le Comité de l'abus de droit fiscal pour confirmer la position de l'Administration n'a pas été méconnu, dès lors qu'il résulte des termes mêmes de cet avis que le Comité a retenu les mêmes motifs que ceux avancés par l'Administration, nonobstant la circonstance qu'il a également mentionné des motifs de droit et de fait qui n'étaient pas susceptibles de s'appliquer à la situation des contribuables en cause mais à celle d'autres contribuables faisant l'objet d'une même procédure pour des faits similaires (*1^{re} esp., pt 6*).

2 – Abus de droit. – *a)* Dans les circonstances de l'espèce, le bénéfice du sursis d'imposition (*CGI, art. 150-0 B*) de la plus-value constatée par l'apport de titres d'une société à une société civile suivi de leur cession par cette dernière, qui a permis aux requérants de disposer du produit de cette cession tout en restant détenteur des titres de la société civile, qui n'a pas réinvesti les liquidités résultant de la cession dans une activité économique, est constitutif d'un abus de droit. L'Administration était dès lors fondée à remettre en cause le sursis d'imposition de cette plus-value (*1^{re} esp., pt 14*).

b) Si, à l'occasion d'une cessation d'entreprise, l'impôt est immédiatement établi à raison des bénéfices réalisés et non encore taxés, l'Administration n'est en droit d'imposer un boni de liquidation entre les mains des associés qu'en cas de dissolution de la société correspondante.

En l'espèce, faisant application de la procédure de répression des abus de droit, l'Administration a regardé les décisions prises par l'assemblée générale des associés d'une société comme correspondant, en réalité, à une dissolution anticipée de cette société. La dissimulation de cette liquidation sous l'apparence de la poursuite de la personnalité juridique de la société a permis au contribuable, par l'application littérale du 2 de l'article 221 du CGI à l'encontre de leur objet et dans un but exclusivement fiscal, d'échapper à l'imposition du boni de liquida-

tion résultant de la liquidation de la société à laquelle il aurait dû procéder (*2^e esp., pt 8*).

3 – Imposition des sommes requalifiées en traitements et salaires. – La circonstance que l'Administration ait eu recours à la procédure de l'abus de droit fiscal pour écarter le bénéfice du sursis d'imposition et établir ainsi l'existence d'un revenu imposable au titre de l'année au cours de laquelle il a été effectivement appréhendé ne fait pas obstacle à ce qu'elle impose ensuite tout ou partie de ce revenu dans la catégorie des traitements et salaires, cette qualification constituant une question distincte de celle de l'existence d'un revenu imposable (*1^{re} esp., pt 17*).

4 – Imposition des sommes requalifiées en revenus de capitaux mobiliers. – Dans l'affaire en cause, l'Administration n'a pas remis en cause, par la procédure de l'abus de droit fiscal, le rachat par une société de ses propres actions, réalisé conformément à l'article L. 225-207 du Code de commerce, mais l'interposition par les contribuables d'une société civile soumise à l'IS, à laquelle les titres ont été apportés avant leur cession. Si cet acte a pu légalement être écarté par l'Administration comme ne lui étant pas opposable, il n'en résulte pas que le rachat de ses propres actions par la société a été effectué selon une procédure qui ne serait pas autorisée par la loi au sens de la décision n° 2014-404 QPC du Conseil constitutionnel. Il résulte des termes de cette décision, qui prévoit son application aux instances en cours, que le juge de l'impôt doit, après un débat sur ce point entre les parties, imposer la plus-value correspondante selon le régime des plus-values de cessions de titres (*1^{re} esp., pt 36*).

TA Paris, 1^{re} sect., 1^{re} ch., 5 janv. 2016, n° 1309874, M. et M^{me} A (1^{re} esp), concl. A. Segretain, note J. Turot : *JurisData* n° 2016-000721

1. Considérant qu'à la suite de vérifications de comptabilité de sociétés du groupe C., dans lequel M. A. exerce des fonctions de direction, en particulier celles de président du conseil d'administration et directeur général de la Société Lorraine de Participations et de président du conseil d'administration et directeur général de la société anonyme C. Investissement, et du contrôle sur pièces du dossier fiscal de M. et M^{me} A., l'Administration, mettant en œuvre la procédure de répression des abus de droit, a remis en cause le bénéfice, par ces derniers, du régime du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du Code général des impôts au titre d'un gain réalisé au cours de l'année 2007 à l'occasion du rachat par la société Compagnie de l'Audon de ses propres titres à la société civile ASEAS, créée et contrôlée par les requérants ; qu'elle a, par suite, assigné à M. et M^{me} A. des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales au titre de 2007, assorties notamment de la majoration de 80 %, dont M. et M^{me} A. sollicitent la décharge ;

Sur la régularité de la procédure d'imposition

2. Considérant que, conformément aux dispositions de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, le sens de l'avis rendu par le Comité de l'abus de droit fiscal, lorsque celui-ci a été régulièrement saisi par l'Administration, ne peut avoir d'incidence que sur la charge de la preuve du bien-fondé des impositions en litige ; que les vices de forme ou de procédure susceptibles d'avoir entaché ce avis demeurent dès lors sans incidence sur la régularité de la procédure d'imposition et ne peuvent, le cas échéant, que faire obstacle à ce que le contribuable supporte la charge de la preuve du mal-fondé des impositions mises à sa charge conformément à un avis irrégulièrement rendu par le Comité ;

3. Considérant que, par avis en date du 19 avril 2012, le Comité de l'abus de droit fiscal a estimé l'Administration fondée à mettre en œuvre la procédure de répression des abus de droit à l'encontre de M. et M^{me} A. pour écarter l'application du régime du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du Code général des impôts et à appliquer la majoration de 80 % prévue par les dispositions du b) de l'article 1729 du Code général des impôts ; qu'en tout état de cause, l'Administration n'a dès lors pas induit les contribuables en erreur en leur indiquant que le Comité avait émis un avis conforme à sa position ; qu'est sans incidence à cet égard la circonstance, alléguée par les requérants, que le Comité de l'abus de droit aurait évoqué dans son raisonnement des éléments d'abus de droit non présentés par l'Administration, éléments qui n'ont d'ailleurs pas été dissimulés à M. et M^{me} A., qui ont pu en prendre connaissance avec l'avis qui leur était communiqué ;

Sur le bien-fondé des impositions en litige

En ce qui concerne l'abus de droit retenu par l'Administration

4. Considérant qu'aux termes de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, dans sa rédaction applicable au présent litige : « *Afin d'en restituer le véritable caractère, l'Administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder 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. En cas de désaccord sur les rectifications notifiées sur le fondement du présent article, le litige est soumis, à la demande du contribuable, à l'avis du Comité de l'abus de droit fiscal. L'Administration peut également soumettre le litige à l'avis du Comité. Si l'Administration ne s'est pas conformée à l'avis du Comité, elle doit apporter la preuve du bien-fondé de la rectification. Les avis rendus font l'objet d'un rapport annuel qui est rendu public* » ; qu'il résulte de ces dispositions que l'Administration est fondée à écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, dès lors que ces actes ont un caractère fictif, ou, que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées, eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ;

S'agissant de la charge de la preuve :

5. Considérant, ainsi qu'il vient d'être dit au point 3, que par son avis en date du 19 avril 2012 le Comité de l'abus de droit fiscal a estimé que l'Administration était fondée à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L.64 du Livre des procédures fiscales pour écarter le régime du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du code précité ; que seul un vice de forme ou de procédure de nature à entacher d'irrégularité l'avis du Comité consultatif peut être utilement invoqué pour contester la validité de cet avis ou pour faire obstacle aux conséquences, quant à la charge de la preuve, que les dispositions législatives précitées attachent à la conformité entre l'avis donné par le Comité sur le véritable caractère de l'opération litigieuse et les impositions établies à raison de cette opération ;

6. Considérant qu'aux termes de l'article 1653 E du Code général des impôts : « *Lorsque le Comité de l'abus de droit fiscal est saisi, le contribuable et l'Administration sont invités par le président à présenter leurs observations* » ; que si M. et M^{me} A. ont été invités à présenter des observations tant écrites qu'orales devant le Comité de l'abus de droit fiscal, ils soutiennent que l'avis rendu par ce Comité a été rendu au terme d'une procédure irrégulière fautive

qu'ils aient été invités à présenter des observations sur les éléments d'abus de droit relevés par le Comité, dès lors que ce dernier aurait évoqué des éléments différents de ceux qui lui était soumis par l'Administration, sans inviter les contribuables à discuter sa position ; qu'il résulte toutefois des termes mêmes de cet avis que le Comité a retenu les mêmes motifs que ceux avancés par l'Administration, nonobstant la circonstance qu'il a également mentionné des motifs de droit et de fait qui n'étaient pas susceptibles de s'appliquer à la situation de M. et M^{me} A. mais à celle d'autres contribuables faisant l'objet d'une même procédure pour des faits similaires ; que le principe du contradictoire sur les motifs retenus par le Comité pour confirmer la position de l'Administration n'a dès lors pas été méconnu ;

7. Considérant que, à supposer que M. et M^{me} A. entendent s'en prévaloir sur le fondement implicite des dispositions de l'article L. 80 A du Livre des procédures fiscales, la doctrine codifiée dans l'instruction du 14 juin 1988 L. 8-88 ne fait, en tout état de cause, pas de la loi une interprétation différente de celle dont il est fait application par le présent jugement ;

8. Considérant qu'il en résulte que les impositions en litige ont été établies conformément à l'avis régulièrement rendu par le Comité de l'abus de droit fiscal, ainsi qu'il a été dit aux points 3, 5 et 6 du présent jugement ; que M. et M^{me} A. supportent dès lors la charge de la preuve du mal-fondé des rectifications en litige ;

S'agissant de l'application de la procédure de répression des abus de droit au régime de sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du Code général des impôts :

9. Considérant qu'il résulte de l'instruction que, par acte du 26 avril 2007, M. et M^{me} A. ont créé la société civile ASEAS Participations, ayant pour objet social la constitution et la gestion de valeurs mobilières, qui a immédiatement opté pour l'impôt sur les sociétés ; que par acte du 3 mai 2007, M. A. a fait apport à cette société civile des titres qu'il détenait depuis 2004 dans la société Compagnie de l'Audon, la plus-value réalisée à l'occasion de cet apport étant placée sous le régime du sursis d'imposition en application des dispositions de l'article 150-0 B du Code général des impôts ; que le même jour, l'assemblée générale des actionnaires de la société Compagnie de l'Audon a décidé d'une réduction de capital non motivée par des pertes, par voie de rachat, par cette société, de ses propres titres ; que le 29 mai suivant, la société civile ASEAS Participations a cédé à la société Compagnie de l'Audon les titres qu'elle détenait, pour un prix identique à la valeur pour laquelle elle en avait reçu l'apport par le requérant, versé pour partie sous forme de SICAV monétaires et pour partie sous forme de titres de la société C. Investissement ; que, faisant application de la procédure de répression des abus de droit, l'Administration a remis en cause le bénéfice du sursis d'imposition, prévu par les dispositions de l'article 150-0 B du Code général des impôts, sous le régime duquel M. A. avait placé la plus-value d'apport réalisée le 3 mai 2007 ;

10. Considérant qu'en vertu de l'article 150-0 B du Code général des impôts, dans sa rédaction applicable aux impositions en cause, les règles d'imposition des gains nets retirés des cessions, à titre onéreux, de valeurs mobilières ne sont pas applicables, au titre de l'année de l'échange des titres, aux plus-values réalisées dans le cadre d'une opération d'offre publique, de fusion, de scission, d'absorption d'un fonds commun de placement par une société d'investissement à capital variable, de conversion, de division, ou de regroupement, réalisée conformément à la réglementation en vigueur ou d'un apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés ; qu'il y est substitué, en vertu de l'article 150-0 D du même code, l'imposition de plein droit des plus-values effectivement réalisées l'année de la cession des titres reçus lors de l'échange ; que ce différé d'imposition a pour objectif d'éviter que le contribuable qui réalise une plus-value à l'occasion d'un apport en société soit immédiatement taxé sur celle-ci alors qu'il n'a pas perçu de liquidités lui permettant d'acquitter l'impôt ;

11. Considérant que lorsque l'Administration entend remettre en cause les conséquences fiscales d'une opération qui s'est traduite, sur le fondement de ces dispositions, par un sursis d'imposition au motif que les actes passés par le contribuable ne lui sont pas opposables, elle est fondée à se prévaloir des dispositions précitées de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, dès lors qu'une telle opération, dont l'intérêt fiscal est de ne pas soumettre à

l'impôt la plus-value réalisée au titre de l'année de l'échange des titres, a nécessairement pour effet de minorer l'assiette de l'année au titre de laquelle l'impôt est normalement dû à raison de la situation et des activités réelles du contribuable ; que le bénéfice du sursis d'imposition d'une plus-value réalisée par un contribuable lors de l'apport de titres à une société qu'il contrôle et qui a été suivi de leur cession par cette société est constitutif d'un abus de droit s'il s'agit d'un montage ayant pour seule finalité de permettre au contribuable, en interposant une société, de disposer effectivement des liquidités obtenues lors de la cession de ces titres tout en restant détenteur des titres de la société reçus en échange lors de l'apport ; qu'il n'a en revanche pas ce caractère s'il ressort de l'ensemble de l'opération que cette société a, conformément à son objet, effectivement réinvesti le produit de ces cessions dans une activité économique ;

12. Considérant, d'une part, que M. et M^{me} A. contestent tant l'existence d'un désinvestissement que l'appréhension du produit de la cession correspondante et soutiennent avoir, avant comme après l'apport de leur participation dans la société Compagnie de l'Audon à la société civile ASEAS Participations et le rachat des titres correspondants par la société Compagnie de l'Audon, détenteur des titres de la société C. Participations, seule les modalités de détention de ces titres ayant été modifiées ; qu'il résulte cependant de l'instruction que, alors que M. A. n'était qu'associé minoritaire dans la société Compagnie de l'Audon, les requérants contrôlent la société civile ASEAS Participations et, y disposant seuls du pouvoir décisionnaire, peuvent dès lors décider la cession des titres C. Participations détenus par l'intermédiaire de celle-ci ; que la disposition s'entendant de la faculté d'appréhension sans nécessiter l'appréhension effective, il en résulte qu'ils se sont désengagés de leur investissement dans la société Compagnie de l'Audon et ont appréhendé le produit de la cession correspondante par l'intermédiaire de la société civile ASEAS Participations, sous forme de SICAV monétaires et de titres liquides, dont ils n'établissent pas qu'ils se seraient engagés à les conserver ; que sont sans incidence à cet égard les circonstances, d'une part, que la majeure partie de ce produit ait été constitué de titres de la société C. Participations auparavant détenus par la société Compagnie de l'Audon, l'appréhension d'une partie de l'actif social ne pouvant être assimilée à un simple échange de titres et, d'autre part, que les titres ainsi appréhendés aient dans leur quasi-intégralité été conservés par la société ASEAS Participations, la faculté d'appréhension des revenus correspondants n'étant pas contestée par les requérants ; qu'ainsi, les requérants ont disposé du produit de la cession des titres Compagnie de l'Audon réalisée le 29 mai 2007, égal à la plus-value constatée lors de l'apport de ces titres à la société civile ASEAS Participations le 3 mai 2007 et placée en report d'imposition, en contrariété avec l'objectif du législateur de ne pas faire peser l'imposition sur une plus-value dont le contribuable n'aurait pas disposé ;

13. Considérant, d'autre part, que M. et M^{me} A. soutiennent que l'apport à la société civile ASEAS Participations des titres qu'ils détenaient dans la société Compagnie de l'Audon n'avait pas pour but exclusif d'éviter les charges fiscales résultant de l'imposition du produit de la cession de ces titres ; qu'il résulte cependant de l'instruction que la société civile ASEAS Participations a été créée une semaine avant cet apport, réalisé le jour même où l'assemblée générale des actionnaires de la société Compagnie de l'Audon décidait le rachat par la société de ses propres titres ; qu'il n'est pas contesté que la société civile ASEAS Participations a exercé une activité de gestion patrimoniale, laquelle ne revêt pas le caractère d'une activité économique, et détenu, outre des titres de la société C. Investissement, d'autres valeurs mobilières dans une perspective d'atténuation du risque par diversification des actifs ; que si les requérants soutiennent que la simple détention de titres de la société C. Investissement revêt le caractère d'une activité économique en raison des fonctions exercées par M. A. dans le groupe C., ils n'établissent pas cette circonstance en relevant que ces titres ont été comptabilisés comme des titres de participation et que M. A. était soumis à des obligations déclaratives en application de la réglementation des marchés financiers, alors qu'il est constant qu'ils pouvaient céder cette participation très minoritaire qui n'était pas nécessaire à l'exercice par l'intéressé de son activité professionnelle ; qu'est sans incidence à cet égard la circonstance que ces titres puissent être, par ailleurs, qualifiés de bien professionnel au sens de l'article 885 O bis du

Code général des impôts pour la détermination de l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune, circonstance qui au demeurant ne saurait justifier de l'exercice d'une activité économique par la société civile ASEAS Participations elle-même ; qu'il en résulte que la société civile ASEAS Participations n'a pas réinvesti le produit de la cession des titres Compagnie de l'Audon réalisée le 29 mai 2007 dans une activité économique ;

14. Considérant que, par suite, le bénéfice du sursis d'imposition de la plus-value de 79 379 682 euros constatée le 3 mai 2007 par l'apport de titres de la société Compagnie de l'Audon à la société civile ASEAS Participations suivi de leur cession par cette dernière le 27 mai 2007, qui a permis aux requérants de disposer du produit de cette cession tout en restant détenteur des titres de la société civile ASEAS Participations, qui n'a pas réinvesti les liquidités résultant de la cession dans une activité économique, est constitutif d'un abus de droit ; que l'Administration était dès lors fondée, sur le terrain de la loi, à remettre en cause le sursis d'imposition dont ont bénéficié les requérants au titre de cette plus-value sur le fondement de l'article 150-0 B du Code général des impôts ;

15. Considérant, enfin, que M. et M^{me} A. ne peuvent utilement se prévaloir de la position adoptée par le Comité de l'abus de droit lors d'affaires passées concernant d'autres contribuables ni sur le fondement des dispositions de l'article L. 80 A du Livre des procédures fiscales, dès lors que la position du Comité de l'abus de droit, dont les avis ne lient pas l'Administration fiscale, ne peut être regardée comme une prise de position formelle de cette dernière pour l'application de ces dispositions, ni sur le fondement des dispositions de l'article L. 80 B du même livre pour le même motif et dès lors au surplus qu'ils ne se trouvent pas dans la situation de fait sur laquelle a été portée une appréciation par le Comité de l'abus de droit ; qu'à la supposer établie, la circonstance que l'Administration fiscale aurait abandonné des procédures de rectification concernant des contribuables distincts des requérants à la suite de ces avis ne saurait constituer une prise de position formelle au sens des dispositions de ces articles et ne saurait dès lors être utilement invoquée sur leur fondement par M. et M^{me} A. ;

En ce qui concerne l'imposition dans la catégorie des traitements et salaires

16. Considérant qu'aux termes de l'article 79 du Code général des impôts : « Les traitements, indemnités, émoluments, salaires, pensions et rentes viagères concourent à la formation du revenu global servant de base à l'impôt sur le revenu » ; qu'aux termes de l'article 82 du même code : « Pour la détermination des bases d'imposition, il est tenu compte du montant net des traitements, indemnités, émoluments, salaires, pensions et rentes viagères, ainsi que de tous les avantages en argent ou en nature accordés aux intéressés en sus des traitements, indemnités, émoluments, salaires, pensions et rentes viagères proprement dits (...) » ; que sont imposables sur le fondement de ces dispositions l'ensemble des revenus trouvant leur origine dans le contrat de travail liant le contribuable à son employeur ;

17. Considérant que l'Administration a eu recours à la procédure de l'abus de droit fiscal pour écarter le bénéfice du sursis d'imposition prévu par les dispositions de l'article 150-0 B du Code général des impôts et établir ainsi l'existence d'un revenu imposable au titre de l'année au cours de laquelle il a été effectivement appréhendé ; que cette circonstance ne fait pas obstacle à ce qu'elle impose ensuite tout ou partie de ce revenu dans la catégorie des traitements et salaires, cette qualification constituant une question distincte de celle de l'existence d'un revenu imposable au titre de l'année 2007 ; que ce faisant, l'Administration n'a dès lors commis ni vice de procédure, ni erreur de droit ;

18. Considérant que le 25 octobre 2004, la société Solfur a vendu à la société Compagnie de l'Audon une option d'achat de sa participation dans C. Participations, correspondant à 569 333 titres pour un prix de 4 000 000 d'euros ; que l'Administration a retenu que la valeur vénale de l'option était de 11 304 000 euros, soit une libéralité de 7 millions d'euros correspondant à 65 % de sa valeur réelle ; qu'au motif que l'objectif de l'opération avait été, pour le groupe C., de rémunérer ses dirigeants pour leur contribution à la réussite de ce dernier, comme indiqué lors de la réunion du conseil d'administration de la Société Lorraine de Participations le 24 avril 2007, l'Administration a regardé la plus-value réalisée par les requérants lors du rachat de ses propres actions par la société Compagnie de l'Audon, à hauteur de 65 % de

son montant soit 51 596 793 euros, comme constituant un complément de salaire imposable sur le fondement des dispositions précitées des articles 79 et 82 du Code général des impôts ;

19. Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'Administration a notifié les redressements en litige au titre de 2007, année au cours de laquelle les requérants ont réalisé un gain à l'occasion du rachat par la société Compagnie de l'Audon de ses propres titres, conformément aux dispositions des articles 13 et 82 du Code général des impôts ; que M. et M^{me} A., qui n'ont appréhendé un revenu qu'en 2007, ne sont ainsi pas fondés à soutenir que l'année d'imposition ne peut être que 2004, année au cours de laquelle un avantage tenant à la minoration du prix de cession aurait été consenti ; que la doctrine administrative 5 F 1154 n° 149 ne fait, en tout état de cause, pas de la loi une interprétation différente du présent jugement ; que le moyen tiré de la prescription de l'imposition en litige doit donc également être écarté ;

20. Considérant, enfin, que M. et M^{me} A. ne peuvent utilement invoquer, pour contester la qualification en traitements et salaires d'une partie des revenus en litige, des motifs, qui ne lient pas le juge de l'impôt quant à la qualification fiscale des revenus d'un contribuable, par lesquels le tribunal de commerce de Nanterre, par jugement du 17 décembre 2013, a regardé une action comme recevable ;

S'agissant de l'existence d'une libéralité :

21. Considérant que M. et M^{me} A. soutiennent qu'aucun avantage n'a été consenti à la société Compagnie de l'Audon, par rapport aux prix du marché, lors de la détermination du prix d'exercice de l'option ni du prix de cession de celle-ci, ainsi qu'il résulterait notamment de la valorisation effectuée par la banque ABN AMRO le 9 décembre 2004, soit postérieurement à l'acquisition de l'option le 25 octobre 2004, évaluation confirmée par des experts et des assistants spécialisés du Parquet étant intervenus dans le cadre d'une procédure pénale ;

22. Considérant que l'autorité de la chose jugée en matière pénale ne s'attache qu'aux décisions juridictionnelles qui statuent sur le fond de l'action publique ; que tel n'est pas le cas des décisions de non lieu que rendent les juges d'instruction, quelles que soient les constatations sur lesquelles elles sont fondées ; que M. et M^{me} A. ne peuvent dès lors se prévaloir utilement d'une ordonnance de non-lieu prise par un juge d'instruction au tribunal de grande instance de Paris le 4 avril 2011, d'un arrêt de la cour d'appel de Paris du 5 avril 2012 confirmant cette ordonnance et d'un arrêt de la cour de cassation rejetant le pourvoi dirigé contre cet arrêt, qui ne lient pas le juge de l'impôt ; qu'à la supposer avérée, la circonstance que la commission nationale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires aurait, par avis du 9 mars 2012, rendu un avis confirmant la valorisation retenue par la société anonyme C., contribuable distinct, ne lie pas davantage le juge de l'impôt et ne saurait être regardée comme une prise de position formelle de l'Administration au sens de l'article L. 80 B du Livre des procédures fiscales ;

23. Considérant que, pour établir l'existence d'une libéralité tenant à l'insuffisante valorisation de l'option d'achat de titres de la société C. Participations cédée par la société Solfur à la société Compagnie de l'Audon, ainsi qu'il a été dit au point 18 du présent jugement, l'Administration, sans remettre en cause la méthode de valorisation de « Black and Scholes » retenue par la banque ABN AMRO et d'ailleurs validée par l'expert mandaté par l'autorité judiciaire, qui ne s'est pas prononcé sur la valeur des paramètres retenus, a modifié la valeur de certains de ces paramètres ;

24. Considérant en premier lieu qu'il n'est ainsi pas contesté que la banque ABN AMRO a retenu que la société Solfur détenait, par transparence, 2 475 000 titres de la société C. Investissement alors qu'elle en détenait en réalité 2 554 000 ;

25. Considérant, en deuxième lieu, que si, pour déterminer la valeur initiale du titre faisant l'objet de l'option à valoriser, la banque a retenu la moyenne de la valeur de ce titre sur les six derniers mois, période considérée comme nécessaire à l'acquisition de l'ensemble des titres concernés sans influencer sur le cours du marché, l'Administration fait valoir sans être utilement contredite qu'une telle période est excessive dès lors que la société Solfur détenait déjà ces titres, et y a substitué la moyenne de leur valeur sur les trente derniers jours ; que les requérants ne sont en effet pas fondés à se référer aux contraintes qui pèseraient sur un cédant ne disposant pas des titres sur

lesquels il consentirait une option d'achat, dès lors que tel n'est pas le cas en l'espèce dans la transaction réalisée entre les sociétés Solfur et Compagnie de l'Audon ;

26. Considérant, en troisième lieu, que, pour déterminer la valeur de la décote d'illiquidité appliquée, la banque a retenu la décote d'illiquidité moyenne constatée sur les titres de la Société Lorraine de Participations pendant les six dernières années avant la cession alors que, au cours des quatre premières années de cette période, il existait deux structures intermédiaires entre la Société Lorraine de Participations et la société du groupe C. ayant les actions les plus liquides et non pas une comme à la date de la souscription de l'option ; que l'Administration y a dès lors substitué la décote d'illiquidité moyenne constatée au cours des deux dernières années avant la cession, inférieure de six points à celle retenue par la banque ; que si M. et M^{me} A. soutiennent d'une part qu'il y a lieu de prendre en compte la période de référence la plus longue possible et demandent d'autre part à ce que soit prise en compte la moyenne constatée sur les douze derniers mois, ils ne contestent pas dans son principe la prise en compte du changement dans la structure du groupe C. ni, par suite, le fait que l'Administration a pris en compte la plus longue période de référence possible compte-tenu de ce changement ;

27. Considérant, en quatrième et dernier lieu, que l'Administration relève sans être sérieusement contestée que cette décote d'illiquidité doit en outre être minorée dès lors que la banque n'a pas pris en compte les différences existant entre les titres de la Société Lorraine de Participations servant de référence et les titres de la société C. Participations sur lesquels portaient l'option à évaluer, dès lors que l'illiquidité des titres de la Société Lorraine de Participations est renforcée par la double circonstance que ces titres ne peuvent être cédés qu'à un nombre restreint de personnes, descendantes de M. C., et qu'il existe une structure intermédiaire entre la Société Lorraine de Participations et la société du groupe C. dont les titres sont les plus liquides, ce qui n'est pas le cas de la société C. Participations ; que les requérants n'établissent aucunement que les titres de la Société Lorraine de Participations se seraient en pratique révélés plus liquides que ceux de la société C. Participations au cours des années en litige ; qu'au surplus, l'Administration relève sans être contredite qu'aucune décote d'illiquidité des titres de la société C. Participations n'a été prévue lors de la constitution du montage, ainsi qu'en attestent notamment la définition de l'avantage pour les cadres dirigeants présentés dans le rapport annuel 2004 de la société C. Investissement et l'indemnité contractuellement prévue en cas de résiliation anticipée de l'option ;

28. Considérant qu'au regard de l'ensemble de ces éléments, l'Administration fiscale doit être regardée comme établissant la minoration, à hauteur de 7,3 millions d'euros, de la valeur de l'option d'achat de titres de la société C. Participations vendue par la société Solfur à la société Compagnie de l'Audon le 25 octobre 2004 ;

S'agissant du montant du revenu imposable dans la catégorie des traitements et salaires :

29. Considérant que les requérants ne contestent pas que l'opération consistant en la création de la société Compagnie de l'Audon et l'acquisition par celle-ci d'une option d'achat sur des titres de la société C. Investissement a été conçue en vue d'intéresser les dirigeants du groupe C. à sa réussite, ainsi qu'il résulte notamment des publications financières du groupe ; que contrairement à ce que soutiennent M. et M^{me} A., il ne résulte pas de l'instruction, particulièrement de ce qui a été dit *supra*, qu'en acquérant des parts de la société Compagnie de l'Audon, M. A. aurait pris un risque tel qu'il s'opposerait à toute qualification d'une partie du gain réalisé en traitements et salaires, dès lors d'une part que le prix d'acquisition de l'option constituant l'unique actif de la société et déterminant dès lors la valeur de ses titres avait été minoré, ainsi qu'il a été dit au point 28 du présent jugement, et que d'autre part cette option pouvait être exercée à tout moment pendant une période de six ans ; que si les requérants ont investi des sommes importantes, la majeure partie de cet investissement a été réalisé en février 2007, dans un contexte boursier favorable et alors que le débouclage de l'opération en mai 2007 était déjà prévu ; que le risque supporté par les requérants, ainsi fortement atténué, a été pris en compte par l'Administration qui n'a requalifié le gain réalisé lors de la cession qu'à hauteur de 65 %, soit en proportion de la libéralité consentie par la société Solfur lors de la cession de l'option d'achat en 2004 ;

30. Considérant que, pour le même motif, M. et M^{me} A., qui n'ont appréhendé aucun revenu lors de la libéralité accordée sous forme de titres ayant une valeur de 7,3 millions d'euros consentie par la société Solfur à la société Compagnie de l'Audon en 2004, ne sont pas fondés à soutenir que l'Administration aurait dû limiter à ce montant les revenus salariaux imposables qu'ils ont perçus en 2007, la valeur de ces titres s'étant accrue au cours de cette période ;

31. Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que l'Administration justifie, ainsi qu'il lui incombe, de l'imposition dans la catégorie des traitements et salaires de revenus d'un montant de 51 596 793 euros au titre de l'année 2007 ;

En ce qui concerne l'imposition dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers

32. Considérant que lorsqu'un rachat d'actions ou de parts sociales est effectué en vue d'une réduction du capital non motivée par des pertes conformément à l'article L. 225-207 du code de commerce, les sommes ou valeurs reçues à ce titre par l'actionnaire ou l'associé personne physique cédant sont en principe soumises au régime fiscal prévu par les dispositions combinées du 2° du 1 de l'article 109, du 8 ter de l'article 150-0 D et du second alinéa de l'article 161 du Code général des impôts, à savoir, d'une part, l'imposition de la plus-value à l'impôt sur le revenu selon le régime des plus-values de cession pour la différence entre la valeur de l'apport et le prix d'acquisition et, d'autre part, l'imposition d'un revenu distribué dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers pour la différence entre le prix de rachat des titres et leur prix ou valeur d'acquisition ou de souscription, s'il est supérieur, le montant des apports compris dans la valeur nominale des titres rachetés ; que l'Administration a imposé dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, sur le fondement de ces dispositions, la fraction de la plus-value réalisée le 29 mai 2007, d'un montant de 27 782 889 euros, qu'elle n'avait pas requalifiée en traitements et salaires ;

33. Considérant en revanche que, par dérogation à ces dispositions, le 6° de l'article 112 du Code général des impôts alors en vigueur prévoyait que lorsque ce rachat est effectué dans les conditions prévues aux articles L. 225-208 ou L. 225-209 à L. 225-212 du code de commerce, les sommes ou valeurs attribuées aux actionnaires au titre du rachat de leurs actions par la société émettrice sont soumises, pour leur ensemble, à un régime de plus-values de cession des valeurs mobilières ;

34. Considérant qu'aux termes de l'article 62 de la Constitution : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. / Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles » ;

35. Considérant que, par décision n° 2014-404 QPC du 20 juin 2014, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions du 6° de l'article 112 du Code général des impôts alors en vigueur au motif qu'elles instituaient, en méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, un régime dérogatoire d'imposition des plus-values réalisées par les actionnaires ou associés personnes physiques lors du rachat par la société émettrice de ses actions ou parts sociales, qui n'était justifié ni par une différence de situation entre les procédures de rachat faisant l'objet de ces différents régimes d'imposition, ni par un motif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi ; qu'afin de préserver l'effet utile de sa décision, il a jugé, au point 14 de sa décision, que : « les sommes ou valeurs reçues avant le 1^{er} janvier 2014 par les actionnaires ou associés personnes physiques au titre du rachat de leurs actions ou parts sociales par la société émettrice, lorsque ce rachat avait été effectué selon une procédure autorisée par la loi, ne devaient pas être considérées comme des revenus distribués et devaient être imposées selon le régime des plus-values de cession prévu, selon les cas, aux articles 39 duodecimes, 150-0 A ou 150 UB du Code général des impôts » ;

36. Considérant que l'Administration n'a pas remis en cause, par la procédure de l'abus de droit fiscal, le rachat par la société Compagnie de l'Audon de ses propres actions, dont il est constant qu'il a été réalisé conformément aux

dispositions de l'article L. 225-207 du code de commerce, mais l'interposition par les requérants d'une société civile soumise à l'impôt sur les sociétés, à laquelle les titres ont été apportés avant leur cession ; que si cet acte a pu légalement être écarté par l'Administration comme ne lui étant pas opposable en application des dispositions de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, il n'en résulte pas que le rachat de ses propres actions par la société Compagnie de l'Audon auprès de M. A. a été effectué selon une procédure qui ne serait pas autorisée par la loi au sens de la décision n° 2014-404 QPC du Conseil constitutionnel ;

37. Considérant qu'il résulte des termes de cette décision, qui prévoit son application aux instances en cours, que le juge de l'impôt doit, après un débat sur ce point entre les parties, imposer la plus-value correspondante selon le régime des plus-values de cessions de titres prévu par les dispositions de l'article 150-0 A du Code général des impôts ; que M. et M^{me} A. sont dès lors fondés à obtenir la décharge de la fraction des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales auxquelles ils ont été assujettis au titre de l'année 2007 correspondant à la différence entre l'imposition retenue par l'Administration dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers d'une somme de 27 782 889 euros, résultant de la plus-value réalisée lors de la cession des titres le 29 mai 2007, et l'imposition de la même somme selon le régime des plus-values de cession, sur le fondement des dispositions de l'article 150-0 A du Code général des impôts ;

Sur les pénalités

38. Considérant qu'aux termes de l'article 1729 du Code général des impôts : « Les inexactitudes ou les omissions relevées dans une déclaration ou un acte comportant l'indication d'éléments à retenir pour l'assiette ou la liquidation de l'impôt ainsi que la restitution d'une créance de nature fiscale dont le versement a été indûment obtenu de l'État entraînent l'application d'une majoration de : (...) b. 80 % en cas d'abus de droit au sens de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales ; elle est ramenée à 40 % lorsqu'il n'est pas établi que le contribuable a eu l'initiative principale du ou des actes constitutifs de l'abus de droit ou en a été le principal bénéficiaire (...) » ;

39. Considérant que compte tenu de ce qui a été dit *supra*, l'Administration doit être regardée comme établissant, ainsi qu'il lui incombe en application de l'article L. 195 A du Livre des procédures fiscales, l'abus de droit reproché à M. A. à raison duquel elle a fait application de la majoration de 80 % prévue par les dispositions précitées ;

40. Considérant que, ainsi qu'il a été dit au point 17 du présent jugement, le recours par l'Administration à la procédure de l'abus de droit fiscal pour écarter le sursis d'imposition dont s'étaient prévalus les requérants et constater l'existence d'un revenu immédiatement imposable est sans incidence sur la possibilité pour l'Administration de déterminer la catégorie d'imposition de ce revenu ; que la requalification d'une partie des gains ayant fait l'objet d'un abus de droit en traitements et salaires ne fait dès lors pas obstacle à l'application de la majoration de 80 % prévue par les dispositions précitées à l'ensemble des impositions en ayant résulté, y compris celles imposées dans la catégorie des traitements et salaires ; que l'Administration, qui a fondé sa position en constatant l'abus de droit commis, n'était pas tenue de rechercher une éventuelle dissimulation de l'avantage salarial correspondant ;

41. Considérant que le principe selon lequel la loi pénale nouvelle doit, lorsqu'elle prononce des peines moins sévères que la loi ancienne, s'appliquer aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée, s'étend à toute sanction soumise au principe de nécessité des peines ; que les requérants soutiennent que depuis l'entrée en vigueur du V de l'article 18 de la loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2010 portant notamment création de l'article 150-0 B ter du Code général des impôts, les pénalités prévues au b) de l'article 1729 du Code général des impôts ne peuvent plus être appliquées à une opération d'apport-cession ; que les nouvelles dispositions dont ils se prévalent, qui ont pour objet de prévenir la commission d'abus de droit tels que celui en litige, ne sont cependant pas relatives à de telles pénalités ; qu'il n'en résulte pas, contrairement à ce que soutiennent les requérants, que le législateur ait, en adoptant ces dispositions, entendu sanctionner moins sévèrement de tels agissements ; que par suite, le moyen tiré de la rétroactivité de la loi pénale plus douce ne peut qu'être écarté ;

42. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que M. et M^{me} A. sont seulement fondés à obtenir la décharge, en droits et pénalités, de la fraction des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales auxquelles ils ont été assujettis au titre de l'année 2007 correspondant à la différence entre l'imposition dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers d'une somme de 27 782 889 euros, résultant de la plus-value réalisée lors de la cession des titres le 29 mai 2007, et l'imposition de la même somme selon le régime des plus-values de cession, sur le fondement des dispositions de l'article 150-0 A du Code général des impôts ; (...)

TA Paris, 1^{er} sect., 1^{er} ch., 5 janv. 2016, n° 1310298, M. et M^{me} B (2^e esp.), concl. A. Segretain, note J. Turot : JurisData n° 2016-000720

1. Considérant qu'à la suite de vérifications de comptabilités de sociétés du groupe C., dans lequel M. B. a exercé des fonctions de direction, en particulier, en 2004, la fonction de directeur général de la société C. Investissements, et en 2007, celle de président du directoire, et d'un contrôle sur pièces du dossier fiscal de M. et M^{me} B., l'Administration, mettant en œuvre la procédure de répression des abus de droit, a imposé les requérants, sur le fondement du 2. de l'article 221 du Code général des impôts, au titre du gain correspondant à la quote-part de boni de liquidation de M. B. dans la société Compagnie de l'Audon, réalisé au cours de l'année 2007 ; qu'elle a, par suite, assigné à M. et M^{me} B. des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales au titre de 2007, assorties notamment de la majoration de 80% ; que par la présente requête, M. et M^{me} B. sollicitent la décharge de ces impositions ;

Sur la régularité de la procédure d'imposition

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 57 du Livre des procédures fiscales : « L'Administration adresse au contribuable une proposition de rectification qui doit être motivée de manière à lui permettre de formuler ses observations ou de faire connaître son acceptation » ; que la proposition de rectification en date du 22 décembre 2010 qui a été adressée à M. et M^{me} B. expose les motifs de droit et de fait sur lesquels elle se fonde ; qu'elle indique notamment quels sont les actes regardés par l'Administration comme constitutifs d'un abus de droit et les motifs d'une telle qualification ; qu'elle est ainsi suffisamment motivée au regard des dispositions précitées de l'article L. 57 du Livre des procédures fiscales ; que si M. et M^{me} B. soutiennent que l'Administration aurait commis une erreur de droit en fondant l'abus de droit sur deux motifs incompatibles tirés de la fictivité et de la fraude à la loi et insuffisamment caractérisés les faits en recourant à la méthode du faisceau d'indices, ces critiques portent sur le bien-fondé des rectifications en litige et demeurent sans incidence sur la régularité de la motivation de la proposition de rectification qui leur a été adressée ;

Sur le bien-fondé de l'imposition

En ce qui concerne l'abus de droit retenu par l'Administration

3. Considérant que l'Administration a considéré que, sous l'apparence d'une cessation d'entreprise sans disparition de la société Compagnie de l'Audon, les requérants avaient dissimulé une dissolution de cette société, réalisée après liquidation par partage de son actif entre ses associés au cours du mois de mai 2007 ; que mettant en œuvre la procédure de répression des abus de droit, elle a dès lors imposé entre les mains de M. et M^{me} B. le boni de liquidation appréhendé à cette occasion ;

4. Considérant qu'aux termes de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, dans sa rédaction applicable au présent litige : « Afin d'en restituer le véritable caractère, l'Administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles. En cas de désaccord sur les rectifications notifiées sur le fondement du présent article, le litige est soumis, à la demande du contribuable, à l'avis du Comité de l'abus de droit fiscal. L'Administration peut également soumettre le litige à l'avis du Comité. Si l'Administration ne s'est pas conformée à l'avis du

Comité, elle doit apporter la preuve du bien-fondé de la rectification. Les avis rendus font l'objet d'un rapport annuel qui est rendu public » ; qu'il résulte de ces dispositions que l'Administration est fondée à écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, dès lors que ces actes ont un caractère fictif, ou, que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées, eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ;

5. Considérant que le Comité de l'abus de droit fiscal a rendu le 19 avril 2012 un avis favorable à la mise en œuvre par l'Administration de la procédure de l'abus de droit dans la présente affaire ; qu'en application des dispositions précitées, il appartient dès lors à M. et M^{me} B. d'établir le mal-fondé des rectifications en litige ;

6. Considérant qu'aux termes de l'article 221 du Code général des impôts, dans sa rédaction en vigueur au cours de l'année en litige : « 2. En cas de dissolution (...) l'impôt sur les sociétés est établi dans les conditions prévues aux 1 et 3 de l'article 201. / (...) 5. a) Le changement de l'objet social ou de l'activité réelle d'une société emporte cessation d'entreprise. Il en est de même en cas de disparition des moyens de production nécessaires à la poursuite de l'exploitation pendant une durée de plus de douze mois, sauf en cas de force majeure, ou lorsque cette disparition est suivie d'une cession de la majorité des droits sociaux / Toutefois, dans les situations mentionnées au premier alinéa du présent a, l'article 221 bis est applicable, sauf en ce qui concerne les provisions dont la déduction est prévue par des dispositions légales particulières » ; qu'aux termes de l'article 221 bis du même code : « En l'absence de création d'une personne morale nouvelle, lorsqu'une société ou un autre organisme cesse totalement ou partiellement d'être soumis à l'impôt sur les sociétés au taux normal, les bénéfices en sursis d'imposition, les plus-values latentes incluses dans l'actif social et les profits non encore imposés sur les stocks ne font pas l'objet d'une imposition immédiate, à la double condition qu'aucune modification ne soit apportée aux écritures comptables et que l'imposition desdits bénéfices, plus-values et profits demeure possible sous le nouveau régime fiscal applicable à la société ou à l'organisme concerné » ; qu'il résulte de ces dispositions que si, à l'occasion d'une cessation d'entreprise, l'impôt est immédiatement établi à raison des bénéfices réalisés et non encore taxés, l'Administration n'est en droit d'imposer un boni de liquidation entre les mains des associés qu'en cas de dissolution de la société correspondante ;

7. Considérant qu'il résulte de l'instruction et qu'il n'est d'ailleurs pas contesté que la société Compagnie de l'Audon a été créée afin de constituer le vecteur de l'investissement de cadres dirigeants du groupe C. consistant en l'acquisition de titres de la société C. Participations, au moyen de l'acquisition d'une option d'achat sur les titres de cette société détenue par la société anonyme Solfur ; que le 3 avril 2007, la société Compagnie de l'Audon a absorbé la société Solfur et ainsi acquis les titres de la société C. Participations qu'elle détenait ; que le 3 mai 2007, l'assemblée générale des actionnaires de la société Compagnie de l'Audon a décidé d'une réduction de capital non motivée par des pertes, par voie de rachat de ses propres titres à tous ses actionnaires, excepté M. B., au moyen de SICAV monétaires d'une part et des titres de la société C. Participation constituant son actif d'autre part ; que ces cessions sont intervenues le 29 mai suivant, date à laquelle l'assemblée générale des actionnaires a décidé la clôture de l'exercice 2007 au 31 mai ; que M. B. est ainsi demeuré le seul associé de la société Compagnie de l'Audon, dont l'objet est devenu la gestion des actifs financiers de celui-ci et de ceux de son épouse, entrée au capital de la société le 5 juin 2007 ;

8. Considérant que, faisant application de la procédure de répression des abus de droit, l'Administration a regardé les décisions prises en mai 2007 par l'assemblée générale des associés de la Compagnie de l'Audon comme correspondant, en réalité, à une dissolution anticipée de cette société ; que selon elle, la dissimulation de cette liquidation sous l'apparence de la poursuite de la personnalité juridique de la société Compagnie de l'Audon aurait permis à M. B., par l'application littérale des dispositions précitées du 2. de l'article 221 du Code général des impôts à l'encontre de leur objet et dans un

but exclusivement fiscal, d'échapper à l'imposition du boni de liquidation résultant de la liquidation de la société à laquelle il aurait dû procéder ;

9. Considérant, d'une part, que si M. et M^{me} B. reconnaissent que la cause de la création de la société Compagnie de l'Audon avait disparu avec la réalisation de l'investissement qui avait motivé sa création, ils contestent l'extinction de son objet social dès lors que celui-ci, rédigé en termes généraux, aurait encore pu être poursuivi ; que toutefois, il n'est pas contesté que la société Compagnie de l'Audon n'a exercé, après le départ des actionnaires autres que M. B., qu'une activité de gestion du patrimoine mobilier des requérants ; que la circonstance que les statuts de la société ne limitaient pas la durée de son existence à celle de la détention de l'option inscrite à son actif n'est pas de nature à établir que les associés n'auraient pas eu l'intention en mai 2007 de dissoudre la société afin de réaliser leur investissement ; que le désengagement de ceux-ci, réalisé par l'intermédiaire d'une réduction de capital réalisée par distribution des éléments d'actif, témoigne de la disparition de l'*affectio societatis* entre les associés ; qu'ils ne sont pas fondés à soutenir que l'Administration leur reproche un abus de droit par abstention, dès lors que celle-ci a relevé les différents actes passés par l'assemblée générale des actionnaires les 3 et 29 mai 2007 pour en déduire l'existence d'une dissolution dissimulée de cette société ; que M. et M^{me} B. n'apportent dès lors pas la preuve, qui leur incombe, de ce que les opérations réalisées en mai 2007 n'auraient pas eu pour objet véritable la dissolution de la société Compagnie de l'Audon ; que s'ils soutiennent qu'aucune liquidation de la société n'a été réalisée dans les formes et qu'aucune imposition n'est due avant la réalisation de ces opérations de liquidation, cette circonstance, qui résulte de l'absence de respect des règles prévues pour la dissolution des sociétés, n'est pas opposable à l'Administration ;

10. Considérant, d'autre part, qu'en se prévalant de l'existence d'un passif constitué par une dette de 38 millions d'euros, M. et M^{me} B. n'établissent pas que l'opération en cause aurait eu un but autre que fiscal, dès lors que l'actif de la société Compagnie de l'Audon excédait son passif et permettait la liquidation de la société en vue de sa dissolution ;

11. Considérant qu'il en résulte que l'Administration était fondée à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit et à imposer entre les mains des requérants, sur le fondement des dispositions précitées du 2. de l'article 221 du Code général des impôts, leur quote-part du boni de liquidation de la société Compagnie de l'Audon ;

En ce qui concerne l'imposition dans la catégorie des traitements et salaires

12. Considérant qu'aux termes de l'article 79 du Code général des impôts : « Les traitements, indemnités, émoluments, salaires, pensions et rentes viagères concourent à la formation du revenu global servant de base à l'impôt sur le revenu » ; qu'aux termes de l'article 82 du même code : « Pour la détermination des bases d'imposition, il est tenu compte du montant net des traitements, indemnités, émoluments, salaires, pensions et rentes viagères, ainsi que de tous les avantages en argent ou en nature accordés aux intéressés en sus des traitements, indemnités, émoluments, salaires, pensions et rentes viagères proprement dits (...) » ; que sont imposables sur le fondement de ces dispositions l'ensemble des revenus trouvant leur origine dans le contrat de travail liant le contribuable à son employeur ;

13. Considérant que l'Administration a eu recours à la procédure de l'abus de droit fiscal pour écarter l'apparence de continuité de la personnalité juridique de la société Compagnie de l'Audon et établir ainsi l'existence d'un boni de liquidation imposable au titre de l'année 2007 ; que cette circonstance ne fait pas obstacle à ce qu'elle impose ensuite tout ou partie de ce revenu dans la catégorie des traitements et salaires, cette qualification constituant une question distincte de celle de l'existence d'un revenu imposable au titre de l'année 2007 ; que ce faisant, l'Administration n'a dès lors commis ni vice de procédure, ni erreur de droit ;

14. Considérant que le 25 octobre 2004, la société Solfur a vendu à la société Compagnie de l'Audon une option d'achat de sa participation dans C. Participation, correspondant à 569 333 titres pour un prix de 4 000 000 d'euros ; que l'Administration a retenu que la valeur vénale de l'option était de 11 304 000 euros, soit une libéralité de 7,3 millions d'euros correspondant à 65 % de sa valeur réelle ; qu'au motif que l'objectif de l'opération avait été, pour le groupe C., de rémunérer ses dirigeants pour leur contribution à la

réussite de ce dernier, comme indiqué lors de la réunion du conseil d'administration de la Société Lorraine de Participations le 24 avril 2007, l'Administration a regardé la plus-value réalisée par les requérants lors du rachat de ses propres actions par la société Compagnie de l'Audon, à hauteur de 65 % de son montant soit 75 600 550 euros, comme constituant un complément de salaire imposable sur le fondement des dispositions précitées des articles 79 et 82 du Code général des impôts ;

15. Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'Administration a notifié les redressements en litige au titre de 2007, année au cours de laquelle les requérants ont disposé des titres objet de leur investissement, auparavant détenus par la société Compagnie de l'Audon dans laquelle ils ne disposaient pas seuls d'un pouvoir décisionnaire, conformément aux dispositions des articles 13 et 82 du Code général des impôts ; que M. et M^{me} B., qui n'ont appréhendé un revenu qu'en 2007, ne sont ainsi pas fondés à soutenir que l'année d'imposition ne peut être que 2004, année au cours de laquelle un avantage tenant à la minoration du prix de cession aurait été consenti ;

16. Considérant que M. et M^{me} B. ne peuvent utilement invoquer, pour contester la qualification en traitements et salaires d'une partie des revenus en litige, des motifs, qui ne lient pas le juge de l'impôt quant à la qualification fiscale des revenus d'un contribuable, par lesquels le tribunal de commerce de Nanterre, par jugement du 17 décembre 2013, a regardé une action comme recevable ; **S'agissant de l'existence d'une libéralité :**

17. Considérant que M. et M^{me} B. soutiennent qu'aucun avantage n'a été consenti à la société Compagnie de l'Audon, par rapport aux prix du marché, lors de la détermination du prix d'exercice de l'option ni du prix de cession de celle-ci, ainsi qu'il résulterait notamment de la valorisation effectuée par la banque ABN AMRO le 9 décembre 2004, soit postérieurement à l'acquisition de l'option le 25 octobre 2004, évaluation confirmée par des experts et des assistants spécialisés du Parquet étant intervenus dans le cadre d'une procédure pénale ;

18. Considérant que l'autorité de la chose jugée en matière pénale ne s'attache qu'aux décisions juridictionnelles qui statuent sur le fond de l'action publique ; que tel n'est pas le cas des décisions de non lieu que rendent les juges d'instruction, quelles que soient les constatations sur lesquelles elles sont fondées ; que M. et M^{me} B. ne peuvent dès lors se prévaloir utilement d'une ordonnance de non-lieu prise par un juge d'instruction au tribunal de grande instance de Paris le 4 avril 2011, d'un arrêt de la cour d'appel de Paris du 5 avril 2012 confirmant cette ordonnance et d'un arrêt de la cour de cassation rejetant le pourvoi dirigé contre cet arrêt, qui ne lient pas le juge de l'impôt ;

19. Considérant que, pour établir l'existence d'une libéralité tenant à l'insuffisante valorisation de l'option d'achat de titres de la société C. Participations cédée par la société Solfur à la société Compagnie de l'Audon, ainsi qu'il a été dit au point 14 du présent jugement, l'Administration, sans remettre en cause la méthode de valorisation dite de « Black and Scholes » retenue par la banque ABN AMRO et d'ailleurs validée par l'expert mandaté par l'autorité judiciaire, qui ne s'est pas prononcé sur la valeur des paramètres retenus, a modifié la valeur de certains de ces paramètres ;

20. Considérant en premier lieu qu'il n'est ainsi pas contesté que la banque ABN AMRO a retenu que la société Solfur détenait, par transparence, 2 475 000 titres de la société C. Investissement alors qu'elle en détenait en réalité 2 554 000 ;

21. Considérant, en deuxième lieu, que si, pour déterminer la valeur initiale du titre faisant l'objet de l'option à valoriser, la banque a retenu la moyenne de la valeur de ce titre sur les six derniers mois, période considérée comme nécessaire à l'acquisition de l'ensemble des titres concernés sans influencer sur le cours du marché, l'Administration fait valoir sans être utilement contredite qu'une telle période est excessive dès lors que la société Solfur détenait déjà ces titres, et y a substitué la moyenne de leur valeur sur les trente derniers jours ; que les requérants ne sont en effet pas fondés à se référer aux contraintes qui pèseraient sur un cédant ne disposant pas des titres sur lesquels il consentirait une option d'achat, dès lors que tel n'est pas le cas en l'espèce dans la transaction réalisée entre les sociétés Solfur et Compagnie de l'Audon ;

22. Considérant, en troisième lieu, que, pour déterminer la valeur de la décote d'illiquidité appliquée, la banque a retenu la décote d'illiquidité moyenne

constatée sur les titres de la Société Lorraine de Participations pendant les six dernières années avant la cession alors que, au cours des quatre premières années de cette période, il existait deux structures intermédiaires entre la Société Lorraine de Participations et la société du groupe C. ayant les actions les plus liquides et non pas une comme à la date de la souscription de l'option ; que l'Administration y a dès lors substitué la décote d'illiquidité moyenne constatée au cours des deux dernières années avant la cession, inférieure de six points à celle retenue par la banque ; que M. et M^{me} B. ne contestent pas dans son principe la prise en compte du changement dans la structure du groupe C. ni, par suite, le fait que l'Administration a pris en compte la plus longue période de référence possible compte-tenu de ce changement ;

23. Considérant, en quatrième et dernier lieu, que l'Administration relève sans être sérieusement contestée que cette décote d'illiquidité doit en outre être minorée dès lors que la banque n'a pas pris en compte les différences existant entre les titres de la Société Lorraine de Participations servant de référence et les titres de la société C. Participations sur lesquels portaient l'option à évaluer, dès lors que l'illiquidité des titres de la Société Lorraine de Participations est renforcée par la double circonstance que ces titres ne peuvent être cédés qu'à un nombre restreint de personnes, descendantes de M. C., et qu'il existe une structure intermédiaire entre la Société Lorraine de Participations et la société du groupe C. dont les titres sont les plus liquides, ce qui n'est pas le cas de la société C. Participations ; qu'au surplus, l'Administration relève sans être contredite qu'aucune décote d'illiquidité des titres de la société C. Participations n'a été prévue lors de la constitution du montage, ainsi qu'en attestent notamment la définition de l'avantage pour les cadres dirigeants présentés dans le rapport annuel 2004 de la société C. Investissement et l'indemnité contractuellement prévue en cas de résiliation anticipée de l'option ;

24. Considérant qu'au regard de l'ensemble de ces éléments, l'Administration fiscale doit être regardée comme établissant la minoration, à hauteur de 7,3 millions d'euros, de la valeur de l'option d'achat de titres de la société C. Participations vendue par la société Solfur à la société Compagnie de l'Audon le 25 octobre 2004 ;

S'agissant du montant du revenu imposable dans la catégorie des traitements et salaires :

25. Considérant que les requérants ne contestent pas que l'opération consistant en la création de la société Compagnie de l'Audon et l'acquisition par celle-ci d'une option d'achat sur des titres de la société C. Investissement a été conçue en vue d'intéresser les dirigeants du groupe C. à sa réussite, ainsi qu'il résulte notamment des publications financières du groupe ; que contrairement à ce que soutiennent M. et M^{me} B., il ne résulte pas de l'instruction, particulièrement de ce qui a été dit *supra*, qu'en acquérant des parts de la société Compagnie de l'Audon, M. B. aurait pris un risque tel qu'il s'opposerait à toute qualification d'une partie du gain réalisé en traitements et salaires, dès lors d'une part que le prix d'acquisition de l'option constituant l'unique actif de la société et déterminant dès lors la valeur de ses titres avait été minoré, ainsi qu'il a été dit au point 24 du présent jugement, et que d'autre part cette option pouvait être exercée à tout moment pendant une période de six ans ; que si les requérants ont investi des sommes importantes, la majeure partie de cet investissement a été réalisé en février 2007, dans un contexte boursier favorable et alors que le débouclage de l'opération en mai 2007 était déjà prévu ; que le risque supporté par les requérants, ainsi fortement atténué, a été pris en compte par l'Administration qui n'a requalifié le gain réalisé lors de la cession qu'à hauteur de 65 %, soit à hauteur de la libéralité consentie par la société Solfur lors de la cession de l'option d'achat en 2004 ;

26. Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que l'Administration justifie, ainsi qu'il lui incombe, de l'imposition dans la catégorie des traitements et salaires de revenus d'un montant de 75 600 550 euros au titre de l'année 2007 ;

En ce qui concerne l'imposition dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers

27. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'Administration était fondée à imposer dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers le surplus du boni de liquidation constatée le 29 mai 2007 sur le fondement des dispositions de l'article 161 du Code général des impôts, aux termes duquel :

« Le boni attribué lors de la liquidation d'une société aux titulaires de droits sociaux en sus de leur apport n'est compris, le cas échéant, dans les bases de l'impôt sur le revenu que jusqu'à concurrence de l'excédent du remboursement des droits sociaux annulés sur le prix d'acquisition de ces droits dans le cas où ce dernier est supérieur au montant de l'apport » ;

Sur les pénalités

28. Considérant qu'aux termes de l'article 1729 du Code général des impôts : « Les inexactitudes ou les omissions relevées dans une déclaration ou un acte comportant l'indication d'éléments à retenir pour l'assiette ou la liquidation de l'impôt ainsi que la restitution d'une créance de nature fiscale dont le versement a été indûment obtenu de l'État entraînent l'application d'une majoration de : / (...) b. 80 % en cas d'abus de droit au sens de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales ; elle est ramenée à 40 % lorsqu'il n'est pas établi que le contribuable a eu l'initiative principale du ou des actes constitutifs de l'abus de droit ou en a été le principal bénéficiaire » ; que, pour les motifs exposés *supra*, l'Administration doit être regardée comme établissant, ainsi qu'il lui incombe en application de l'article L. 195 A du Livre des procédures fiscales, l'abus de droit reproché à M. B. en raison duquel elle a fait application de la majoration de 80 % prévue par les dispositions précitées ;

29. Considérant que, ainsi qu'il a été dit au point 13 du présent jugement, le recours par l'Administration à la procédure de l'abus de droit fiscal pour constater l'existence d'un revenu immédiatement imposable est sans incidence sur la possibilité pour l'Administration de déterminer la catégorie d'imposition de ce revenu ; que la requalification d'une partie des gains ayant fait l'objet d'un abus de droit en traitements et salaires ne fait dès lors pas obstacle à l'application de la majoration de 80 % prévue par les dispositions précitées ; que l'Administration, qui a fondé sa position en constatant l'abus de droit commis, n'était pas tenue de rechercher une éventuelle dissimulation de l'avantage salarial correspondant ; (...)

CONCLUSIONS

1 – Vous êtes saisis de litiges portés par des membres, anciens et pour certains encore actuels, du groupe C., qui ont été assujettis à des cotisations supplémentaires d'IR au titre de 2007, au terme d'une procédure de répression des abus de droit.

1. Faits et procédure

2 – **Faits.** – Jusqu'en 2004, la SA C. Investissement, par l'intermédiaire d'une filiale à 100 %, la SA Solfur, détenait 13,5 % des parts de la SNC C. Participations, détenue pour le reste par la Société Lorraine de Participations Sidérurgiques (SLPS) dont le capital était détenu à 100 % par la famille C., C. Participations détenant elle-même à son tour 34,5 % du capital de C. Investissement.

Un tel montage est usuellement décrit comme une boucle d'auto-contrôle, permettant à une société, en l'occurrence C. Investissement, de détenir une partie de son propre capital (via Solfur et C. Participations). L'une des utilités d'un tel système est notamment de lui permettre de reverser ses actions à ses actionnaires ou salariés. C'est ce qu'a décidé le groupe C. en 2004, pour permettre à ses dirigeants d'accéder à son capital en évitant la dilution de la part familiale qu'aurait occasionnée l'attribution de stock-options.

Le 22 octobre 2004, la SAS Compagnie de Solfur, devenue en 2006 la SAS Compagnie de l'Audon (CDA) – et qu'on appellera désormais ainsi pour éviter de la confondre avec la SA Solfur – a été constituée par apports en numéraire entre les trois principaux dirigeants du groupe afin d'acquérir, auprès de la SA Solfur, les 13,5 % qu'elle détenait dans C. Participations. La société CDA a acquis trois jours après, le 25 octobre, une option d'achat de la participation de 13,5 % détenue par Solfur dans C. Participations, moyennant une prime de 4

Ms €. Le capital de CDA était de 40 000 € pour 40 000 actions, à 1 € l'action.

La CDA verra de nouveaux dirigeants du groupe C. la rejoindre :
– dès le 27 décembre 2004, 12 membres du Comité opérationnel de C. Investissement souscrivent à son capital, qui est porté à 600 000 €, pour 600 000 actions toujours à 1 €.

– le 25 novembre 2005, 2 nouveaux actionnaires entrent dans CDA, le capital est porté à 645 000 €, pour 645 000 actions toujours à 1 €.

– le 21 juin 2006, certains des actionnaires souscrivent à une nouvelle augmentation du capital : le capital est porté à 1 006 875 €, pour autant d'actions toujours à 1 €.

Le 26 février 2007, une opération en deux temps affecte la structure du capital, tant pour le nombre de titres que pour leur valeur nominale et la valeur du capital :

– d'abord une réduction du nominal par action : de 1 € à 0,07575 €, le nombre d'actions passant de 1 006 875 à 13 290 750, et la valeur du capital restant inchangée ;

– ensuite une augmentation du capital de CDA, après la fusion absorption de la Compagnie de l'Aurette (CDLA), augmentation souscrite par certains actionnaires, impliquant une augmentation du nominal : le capital passe de 1 006 875 € à 1 714 411,80 €, le nominal de l'action passe à 0,10 € et le nombre de titres est porté à 17 144 118.

La réalisation finale de ce projet est légèrement différente de ce qui avait été programmé : le 3 avril 2007, la CDA ne souscrit pas l'option d'achat des titres C. Participations auprès de la SA Solfur mais acquiert directement la SA Solfur auprès de C. Investissement pour 78,7 Ms €.

La CDA procède le même jour à la dissolution de la SA Solfur avec transmission universelle de son patrimoine. Le résultat est donc le même que ce qui était initialement projeté, car au terme de cette opération, la CDA détient directement la participation de 13,5% du capital de C. Participations qui figurait à l'actif de la SA Solfur. L'objectif invoqué, en supprimant la société Solfur (puis à terme C. Participations), était de bénéficier de l'abattement d'ISF dit « pacte Dutreil ISF » porté de 50 % à 75 % par la loi de finances pour 2006 du 30 décembre 2005, et n'autorisant que deux niveaux d'interposition entre les personnes concernées et la société opérationnelle (vs SLPS, Solfur, C. Participations, C. Investissement).

À l'exception de M. B., la totalité des associés de la CDA créent au cours de cette période des sociétés civiles dont ils détiennent chacun la totalité des parts, directement avec leur conjoint et parfois également indirectement via une autre société civile qu'ils contrôlent totalement. Ils optent simultanément pour un assujettissement à l'IS de ces sociétés civiles.

Le 3 mai 2007, chacun des associés concernés de la CDA transfère ses titres à sa société civile, en vertu d'un agrément de l'AG de la CDA. Les titres qui valent 0,10 € au nominal (avant et après rachat de Solfur et titres C. Participations, qui n'a pas affecté le capital) sont apportés aux sociétés civiles, entraînant une augmentation de capital de celles-ci valorisant les titres CDA à 19,17 €, produisant alors pour les requérants (sauf M. B.) une plus-value qui est automatiquement placée sous le régime du sursis d'imposition prévu par l'article 150-0 B du CGI.

Enfin, dernière étape, le 29 mai 2007, en trois temps :

– la CDA cède à C. Participations les 13,5 % de son capital qu'elle détient depuis l'acquisition de la SA Solfur, pour 324 418 563 € payés par remise d'actions de C. Investissement pour 4,66 % de son capital, à 127,89 € l'action ;

– la CDA rachète ses propres actions à tous ses actionnaires, c'est-à-dire aux sociétés civiles, sauf à M. B., soit 10 513 264 actions rachetées, au même prix de 19,17 € (donc sans plus-value de cession pour

les vendeurs), contre des titres C. Investissement et/ou des parts de la SICAV monétaire JPM Liquidity Fund ;

– la CDA décide de procéder à la réduction de son capital social sans perte en annulant tous ses titres rachetés, M. B. devenant le président de la CDA dont il détient désormais seul les titres.

On peut observer que toutes les sociétés civiles qui ont revendu à CDA ses propres titres ont elles-mêmes cédé le 29 mai 2007 de leurs actions à une société de droit luxembourgeois, Phylahe, dont l'Administration n'explique pas le rôle, mais qui disposait ainsi d'un pouvoir de blocage (l'unanimité étant requise dans ces sociétés civiles), vraisemblablement pour que la personne morale contrôlant Phylahe puisse s'assurer que les choix de ces sociétés civiles – notamment relatifs aux titres C. Investissement – ne contreviennent pas à ses propres priorités.

Le 3 juin 2007, la SLPS fusionne avec C. Participations, dont elle détenait 86,5 % du capital directement, et 13,5 % indirectement via C. Investissement elle-même (C. Participations avait racheté à Solfur ses propres titres contre attribution de la quote-part en transparence des actifs de C. Participations, c'est-à-dire la part de capital de C. Investissement, puis a annulé ces titres). C. Investissement devient le groupe C. actuel.

3 – Procédure. – La Société Lorraine de Participations Sidérurgiques (SLPS) SA, C. Investissement et la Compagnie de l'Audon (CDA) ont fait l'objet de vérifications de comptabilité en 2008 et 2009.

Chacun des requérants a fait l'objet d'un contrôle sur pièces en décembre 2010.

Ils ont alors chacun été assujettis à des cotisations supplémentaires d'IR, dans la catégorie des traitements et salaires et des revenus de capitaux mobiliers, au titre de 2007, ainsi qu'à des pénalités correspondantes.

L'Administration a mis en œuvre la procédure de répression de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du LPF pour écarter l'application du régime de sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du CGI dont ont bénéficié les requérants (sauf M. B.) du fait de l'interposition de leur société civile. L'Administration a également mis en œuvre cette procédure d'abus de droit à l'encontre de M. B. mais a considéré qu'il aurait dû, quant à lui, constater la liquidation de la société CDA parce qu'elle avait réalisé son objet social, et que par conséquent il aurait dû déclarer un boni de liquidation, qualifié également, pour partie, d'intéressement.

Comme vous le savez, en vertu de l'article L. 64 précité, « l'Administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, et notamment parce que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ».

En désaccord avec ces rectifications, chacun des requérants a saisi le Comité de l'abus de droit fiscal, qui a statué sur leurs demandes lors de séances tenues les 15 et 16 mars 2012, et a émis un avis favorable à l'Administration.

En conséquence de cet avis favorable, la charge de la preuve incombe aux contribuables, en application de l'article L. 64 du LPF (CE, 3^e et 8^e ss-sect., 12 mai 2003, n° 234811, *Arnaudo* : *JurisData* n° 2003-080365 ; *Dr. fisc.* 2003, *comm.* 686, *concl.* S. *Austry* ; *RJF* 8-9/2003, n° 969).

2. Discussion

4 – Nous vous proposons d'examiner plus tard les moyens ayant trait à la procédure d'imposition, afin de rendre plus saillants les principaux points touchant au fond.

A. - Sur l'irrégularité de l'avis du Comité de l'abus de droit

5 – Nous vous **invitons cependant dès maintenant à écarter le moyen** tiré de l'irrégularité de l'avis du Comité de l'abus de droit, qui aurait eu, si vous l'aviez accueilli, une **conséquence directe sur la charge de la preuve, et donc sur l'examen du bien-fondé de l'imposition.**

Comme il est jugé constamment, seul un vice de forme ou de procédure de nature à entacher d'irrégularité l'avis du Comité consultatif peut être utilement invoqué pour contester la validité de cet avis ou pour faire obstacle aux conséquences, quant à la charge de la preuve, que la loi – c'est-à-dire l'article L. 64 du LPF – attache à la conformité entre l'avis donné par le Comité sur le véritable caractère de l'opération litigieuse et les impositions établies à raison de cette opération (*CE, 7^e et 9^e ss-sect., 21 mars 1983, n° 29742 : JurisData n° 1983-607432 ; Dr. fisc. 1984, n° 21, comm. 1056, concl. Ph. Bissara ; RJF 5/1983, n° 700*).

En l'espèce il n'est pas contesté que le Comité s'est prononcé au vu d'un dossier régulièrement constitué, comprenant tous les documents ou éléments d'information qui y avaient été versés tant par le contribuable que par le service à l'appui de leurs prétentions respectives.

Des requérants, dont M. A., soutiennent que le principe du respect du contradictoire devant le Comité aurait été méconnu, en violation de l'article 1653 E du CGI, dès lors qu'il aurait fondé son avis sur un point qui n'avait pas été soulevé par l'Administration et sur lequel les requérants n'auraient dès lors pas pu se prononcer dans leur rapport au Comité.

Ils visent ainsi les considérations du Comité selon lequel les décisions prises par l'AG des associés de la CDA en mai 2007 avaient emporté des effets comparables à ceux d'une dissolution anticipée de cette société, ce qui démontrerait que l'ensemble de ces décisions procédaient d'un montage artificiel ayant eu pour seule finalité de répartir l'actif de cette société en dissimulant sa dissolution et sa liquidation anticipée. Certains précisent que ce motif n'aurait été opposé par le service qu'à l'un des associés de CDA et que le Comité l'aurait étendu aux autres.

Or il résulte précisément de cet élément de l'avis qu'il s'agit d'une considération propre au Comité, afin de synthétiser sa compréhension générale des faits qui lui ont été présentés et d'évoquer le cas de M. B., et non un élément qu'aurait retenu l'Administration sans en informer les contribuables autres que M. B., et dont il n'aurait pas été discuté avec eux devant le Comité. Les requérants peuvent contester cette présentation des faits – ils peuvent le faire devant vous – mais on ne peut en déduire que le principe du contradictoire ou les droits de la défense devant ce Comité auraient été méconnus.

Cet avis est également critiqué parce que n'aurait pas été soumise au Comité la question de l'imposition des revenus en cause sous la forme de traitements et salaires pour partie, par requalification.

Toutefois le Comité n'est appelé à se prononcer que sur la seule question de la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit prévue à l'article L. 64 du LPF permettant d'écarter un acte, qui est bien distincte de la manière dont, ensuite, l'Administration va décider d'imposer les sommes en cause si elle estime nécessaire de requalifier les gains.

L'instruction ne vous permet pas, d'une manière générale, de considérer que l'Administration aurait fait devant le Comité de l'abus de droit une présentation du litige qui en aurait dénaturé la réalité.

6 – Certains requérants contestent également la circonstance que l'Administration, en notifiant l'avis du Comité, ait indiqué aux contribuables qu'il avait suivi la position de l'Administration, soutenant qu'ils auraient ainsi été induits en erreur. Toutefois, si les considérations du Comité de l'abus de droit ne reprennent pas mot pour mot les développements de l'Administration dans ses propositions de rectification – et présente une analyse propre de la situation –, il résulte bien de l'ensemble des avis dans chacune des affaires qu'en conclusion, le Comité donnait raison à l'Administration sur l'abus de droit en cause.

Il en résulte que l'avis du Comité de l'abus de droit rendu dans chacune de ces affaires n'est entaché d'aucune irrégularité et que, par conséquent, la charge de la preuve incombe en la matière aux requérants.

B. - Sur le bien-fondé de l'abus de droit

7 – Nous examinerons en premier lieu l'abus de droit reproché à la majorité des requérants, puis celui qui concerne seulement M. B.

1° Abus de droit par interposition de société civile (hors M. B.)

8 – Il convient de rappeler qu'en vertu de l'article 150-0 B du CGI, dans sa rédaction applicable aux impositions en cause, les règles d'imposition des gains nets retirés des cessions, à titre onéreux, de valeurs mobilières ne sont pas applicables, au titre de l'année de l'échange des titres, aux plus-values réalisées notamment dans le cadre d'un apport de titres à une société soumise à l'IS. Il y est alors substitué, selon l'article 150-0 D du même code, l'imposition de plein droit des plus-values effectivement réalisées l'année de la cession des titres reçus lors de l'échange.

L'Administration se réfère à la jurisprudence selon laquelle le régime du sursis d'imposition peut faire l'objet d'un abus de droit (*CE, 10^e et 9^e ss-sect., 27 juill. 2012, n° 327295, M. et M^{me} Berjot : JurisData n° 2012-019015 ; Dr. fisc. 2012, n° 46, comm. 522, concl. É. Crépey, note D. Barsus et J. Béguier ; Dr. sociétés 2012, comm. 193, note J.-L. Pierre ; JCP E 2012, 1544, note J.-L. Medus ; RJF 11/2012, n° 1042. – V. O. Fouquet, Apport-cession de titres et abus de droit : la continuité : Dr. fisc. 2012, n° 20, act. 216*). Cet arrêt s'inscrit dans la prolongation de décisions par lesquelles le Conseil d'État avait jugé que le régime voisin du report d'imposition prévu alors aux articles 160, I ter et 92 B, II du CGI pouvait être remis en cause dans le cadre d'une procédure de répression des abus de droit (*CE, 8^e et 3^e ss-sect., 8 oct. 2010, n° 301934, M. Bazire : Dr. fisc. 2010, n° 45, comm. 553, concl. L. Olléon, note R. Poirier ; RJF 12/2010, n° 1204. – CE, 8^e et 3^e ss-sect., 8 oct. 2010, n° 313139, min. c/ M. et M^{me} Bauchart : JurisData n° 2010-018687 ; Dr. fisc. 2010, n° 45, comm. 553, concl. L. Olléon, note R. Poirier ; Dr. sociétés 2011, comm. 20, note J.-L. Pierre ; RFN 2010, comm. 100, note J.-J. Lubin ; RFN 2011, comm. 16, note H. Hovasse ; RJF 12/2010, n° 1205 ; RJF 1/2011, chron. V. Daumas, p. 5 ; BGFE 2011, n° 1, p. 12 et s., obs. J. Turot ; FR 44/2010, inf. 18, p. 21, obs. O. Fouquet. – CE, 8^e et 3^e ss-sect., 8 oct. 2010, n° 321361, min. c/ Cts Four : JurisData n° 2010-018692 ; Dr. fisc. 2010, n° 45, comm. 553, concl. L. Olléon, note R. Poirier ; RJF 12/2010, n° 1206 ; RJF 1/2011, chron. V. Daumas, p. 5 ; BDCF 12/2010, n° 132, concl. L. Olléon ; RFN 2011, comm. 16, note H. Hovasse ; LPA 24 juin 2011, p. 11, note E. Tauzin*).

Voici quels sont les points principaux de cette jurisprudence *Berjot*.

Lorsque l'Administration entend remettre en cause les conséquences fiscales d'une opération qui s'est traduite, sur le fondement

de ces dispositions, par un sursis d'imposition au motif que les actes passés par le contribuable ne lui sont pas opposables, elle est fondée à se prévaloir des dispositions de l'article L. 64 du LPF. Si le régime de sursis d'imposition n'offre pas au contribuable le choix entre la taxation immédiate de la plus-value et son imposition ultérieure, contrairement au régime du report d'imposition auquel il s'est substitué, cette seule circonstance ne fait pas obstacle à l'application de la procédure de répression des abus de droit, dès lors que l'opération d'apport de titres à une société soumise à l'IS, dont l'intérêt fiscal est de différer l'imposition de la plus-value, a nécessairement pour effet de minorer l'assiette de l'année au titre de laquelle l'impôt est normalement dû à raison de la situation et des activités réelles du contribuable.

Il a donc été jugé que le bénéfice du sursis d'imposition d'une plus-value réalisée par un contribuable lors de l'apport de titres à une société qu'il contrôle et qui a été suivi de leur cession par cette société est constitutif d'un abus de droit s'il s'agit d'un montage ayant pour seule finalité de permettre au contribuable, en interposant une société, de **disposer effectivement des liquidités** obtenues lors de la cession de ces titres tout en restant détenteur des titres de la société reçus en échange lors de l'apport.

Il n'a en revanche pas ce caractère s'il ressort de l'ensemble de l'opération que cette société a, conformément à son objet, effectivement **réinvesti le produit de ces cessions dans une activité économique**.

L'Administration considère que les requérants concernés entraient dans le champ de cette jurisprudence *Berjot*.

Elle a ainsi relevé que chacun des requérants en cause avait constitué une société civile ayant opté pour l'IS, dont il avait le contrôle, et avait apporté à cette société les titres CDA à leur valeur nominale, apport rémunéré par une augmentation du capital de ces sociétés civiles très supérieure au montant nominal de l'apport, avant que la CDA rachète ses propres titres à chacune de ces sociétés civiles au prix où ces titres avaient été valorisés lors de l'apport. Le gain réalisé lors de l'apport des actions CDA aux sociétés civiles a alors été placé automatiquement en sursis d'imposition en application des articles 150-0 B et 150-0 D, 9° du CGI, la plus-value n'étant imposée ultérieurement que si les titres des sociétés civiles reçus en contrepartie de cet apport étaient revendus.

Le service a estimé que ces faits constituaient un montage n'ayant eu d'autre motif que de permettre aux contribuables de rechercher abusivement, par l'interposition de cette société civile, le bénéfice du sursis d'imposition sur la plus-value réalisée.

Via ces sociétés civiles, ils ont ainsi pu appréhender en franchise d'imposition, selon les requérants des SICAV monétaires et/ou de titres de la société C. Investissement lors de la cession de ces titres à la CDA. La finalité des dispositifs de différé d'imposition est d'éviter que le contribuable qui réalise une plus-value à l'occasion d'un apport en société soit immédiatement taxé sur celle-ci alors qu'il n'a pas perçu de liquidités lui permettant d'acquitter l'impôt.

9 – On peut au préalable écarter le moyen soulevé par certains des requérants, tiré de ce que le Comité de l'abus de droit aurait adopté par le passé une position excluant que le bénéfice d'un sursis d'imposition puisse être constitutif d'un abus de droit, position formelle selon eux invocable sur le fondement de l'article L. 80 A ou L. 80 B du LPF.

Ces requérants invoquent notamment le rapport annuel pour 2005 du Comité consultatif pour la répression des abus de droit (selon lequel le bénéfice du dispositif de sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du CGI n'était pas constitutif d'un abus de droit), et un commentaire du président de ce Comité dans la *Revue de droit fiscal* en 2007 (*Dr. fisc.* 2007, n° 47, 979, selon lequel le Comité déconseillait le redressement pour le sursis d'imposition, contrairement au report).

Or les avis du Comité de l'abus de droit, qui ne sont que consultatifs, ne peuvent constituer une doctrine de l'Administration invocable sur le fondement de l'article L. 80 A du LPF.

Et seuls peuvent se prévaloir des dispositions de l'article L. 80 B du même livre les contribuables qui se trouvent dans la situation de fait sur laquelle l'appréciation invoquée a été portée, ainsi que les contribuables qui ont participé à l'acte ou à l'opération qui a donné naissance à cette situation.

L'Administration fait au demeurant valoir sans être contredite qu'au moment des faits qui leur sont reprochés, la doctrine s'interrogeait sur ce que serait la jurisprudence du CE, qui ne s'était pas encore prononcé sur la question, et que les contribuables s'étaient au contraire placés consciemment dans une situation susceptible de relever de la procédure d'abus de droit si le CE en jugeait ainsi.

Le moyen doit donc être écarté, de même que le moyen similaire mais plus général tiré d'une violation, pour ce même motif, des principes de sécurité juridique et en tout état de cause de confiance légitime.

10 – Il convient maintenant d'examiner l'ensemble des **critiques portées par les différents requérants à cette rectification qu'a validée le Comité de l'abus de droit**.

11 – Selon les requérants, l'opération litigieuse ne constitue pas un apport-cession de titres, **en l'absence de désinvestissement**, et dès lors qu'ils conservaient le même sous-jacent des titres CDA qu'étaient les titres C. Investissement.

Toutefois, quand bien même les titres C. Investissement étaient le sous-jacent de CDA, on constate bien au sein de chacune des sociétés civiles un premier désinvestissement des titres CDA matérialisant le gain résultant de la cession de ces titres.

12 – Le service a également estimé, par référence au dernier critère évoqué dans la jurisprudence *Berjot*, qu'il n'y avait *pas eu de réinvestissement* par les sociétés civiles des sommes reçues *dans une activité économique*, faute pour elles de disposer de moyens d'exploitation, et qu'elles se sont contentées d'exercer une activité patrimoniale (en ne réalisant pas de produit d'exploitation, mais uniquement des produits financiers).

La finalité exclusivement fiscale du montage est établie lorsque l'emploi des sommes obtenues lors d'un apport-cession revêt un caractère purement patrimonial (*CE, 8^e et 3^e ss-sect., 3 févr. 2011, n° 329839, min. c/ M. et M^{me} Conseil : JurisData n° 2011-009238 ; Dr. fisc. 2011, n° 27, comm. 417, concl. L. Olléon, note J.-L. Pierre ; JCP E 2011, 1363, note H. Hovasse ; RJF 4/2011, n° 471*).

Or en l'occurrence les requérants ne démontrent pas comme ils en ont la charge que ces sommes auraient été investies dans une activité économique.

La seule détention de titres C. Investissement ne peut être regardée comme une activité économique, alors en outre que la participation détenue par chacun des requérants est très minoritaire.

M. A. fait valoir qu'il s'agit pour lui bien d'une activité économique, compte tenu du nombre de titres qu'il détient, de sa qualité de président du conseil de surveillance de C., et de ce que les titres C., au sein de sa société civile, ont été classés comme titres de participations, traduisant son intention de les conserver durablement et la réalité de son influence sur C.

Toutefois, la participation de M. A. dans C. Investissement restait, à elle seule, très minoritaire, sans qu'il paraisse justifié de prendre en compte avec elle celle de SLPS comme il semble le revendiquer. M. et M^{me} A. pouvaient en outre la céder à tout instant. Enfin, cette participation n'était pas nécessaire à l'exercice par M. A. de ses fonctions.

13 – L'Administration a également fait valoir que le montage consistant dans la création et l'interposition de sociétés civiles soumises à l'IS n'avait pas de motif autre que fiscal.

L'ensemble des requérants soutiennent quant à eux que cette création répondait à des contraintes d'ordre économique, juridique et financier. La société civile permettait ainsi de sécuriser la garantie de passif consentie à CDA et la garantie financière réclamée par la banque prêteuse ; son assujettissement à l'IS aurait permis d'assurer la continuité de la détention du bloc de titres C. Investissement.

Mais les requérants, qui ont la charge de la preuve, n'apportent aucun élément démontrant que l'absence d'interposition de la société civile aurait fait obstacle à la prise de garanties équivalentes.

Les requérants invoquent la jurisprudence *Persicot et Bourdon*, aux termes de laquelle l'Administration n'est pas regardée comme apportant la preuve d'un abus de droit dès lors que la société civile avait été constituée quatre années avant l'opération de cession et qu'il entraînait dans son objet statutaire comme dans ses activités réelles de détenir et de gérer des valeurs mobilières et des biens ou droits immobiliers tels que ceux qui lui ont été attribués en contrepartie de l'annulation de ses propres actions rachetées (CE, 9^e et 10^e ss-sect., 28 févr. 2007, n° 284566, min. c/ Croset et n° 284565, min. c/ Persicot : *JurisData* n° 2007-081088 ; *Rec. CE* 2007, p. 107 ; *Dr. fisc.* 2007, n° 14, comm. 386, concl. L. Vallée, note O. Fouquet ; *RJF* 5/2007, n° 599).

Les requérants se distinguent cependant d'un tel cas de figure par plusieurs aspects. D'une part les sociétés civiles n'ont pas été constituées 4 années avant l'opération, mais pour la plupart seulement quelques jours avant. D'autre part, et en lien avec cela, si les sociétés avaient pour objet statutaire de détenir et gérer des valeurs mobilières, aucune d'entre elles n'avait eu d'activité réelle jusque-là. Enfin, et au surplus, les requérants supportent la charge de la preuve, et non l'inverse comme dans la jurisprudence invoquée. Par conséquent, ils ne démontrent pas l'absence de caractère artificiel de l'interposition de ces sociétés civiles soumises à l'IS, n'ayant d'autre but que permettre le bénéfice du dispositif de sursis d'imposition automatique.

14 – Les requérants soutiennent également qu'ils n'ont **pas appréhendé de liquidités** lors de la cession des titres CDA, ce qui constitue pourtant le cœur de la jurisprudence Berjot, dans le champ de laquelle ils n'entreraient aucunement.

On peut rappeler que les titres CDA ont été échangés soit contre des parts de SICAV soit contre des titres C. Investissement – cela dépend des requérants, sans qu'on sache d'ailleurs ce qui a déterminé les solutions retenues. Des détenteurs de parts de SICAV les ont utilisées pour nantir un prêt au moyen duquel ils ont également acquis des titres C. Investissement.

La notion de liquidités retenue par le Conseil d'État pour l'application de la procédure d'abus de droit aux cas d'apport-cession est large, comme en témoigne la jurisprudence *Moreau* (CE, 10^e et 9^e ss-sect., 24 août 2011, n° 314579, M. Moreau, M^{me} Girault : *JurisData* n° 2011-018001 ; *Dr. fisc.* 2011, n° 42-43, comm. 566, concl. J. Boucher, note R. Poirier ; *RJF* 11/2011, n° 1186). Le simple fait que le contribuable puisse à tout moment décider d'une distribution à son profit du produit de la cession aux mains de la société qu'il contrôle caractérise une appréhension potentielle de ce produit, qui suffit à déterminer l'abus de droit. Il s'agit donc, comme souvent en droit fiscal, non nécessairement d'appréhender réellement la liquidité mais d'en *disposer*.

Les requérants font quant à eux valoir que les titres C. Investissement ne pouvaient être regardés comme liquides dès lors qu'ils ne pouvaient être cédés à tout moment, en raison d'une obligation, résultant d'un contrat moral avec le groupe C., comme en témoignerait son rapport d'activité 2007, et en outre matérialisée selon certains par le pouvoir de blocage obtenu par la société luxembourgeoise Phylahé disposant d'une part dans chacune des sociétés civiles (et derrière laquelle se trouverait la banque JPM).

S'agissant des titres C. Investissement acquis au moyen d'un prêt de JPM avec nantissement des parts de SICAV détenues par les socié-

tés civiles, on peut objecter d'une part que les requérants n'étaient pas tenus, ou du moins ne le démontrent pas, d'acquérir les titres C. Investissement, et d'autre part que cette acquisition a été faite à titre personnel, et non par la société civile qui conservait ses parts de SICAV.

D'une manière générale, les requérants n'établissent pas une obligation de conserver les titres C. Investissement, en l'absence de tout engagement formel de leur part en ce sens, ou de tout mécanisme objectif les soumettant à une telle contrainte.

15 – Des requérants soutiennent enfin qu'il existait une voie alternative aboutissant à un coût fiscal identique : C. Investissement aurait absorbé C. Participations et CDA ; les contribuables associés de CDA auraient alors bénéficié du sursis d'imposition au titre de la plus-value d'échange des titres CDA contre des titres C. Investissement sans que l'interposition d'une société civile ne soit nécessaire. Ils se prévalent de la jurisprudence du CE selon laquelle un acte ayant pour but d'atténuer les charges fiscales d'un contribuable ne peut constituer un abus de droit lorsque la charge fiscale ne se trouve en réalité pas modifiée par cet acte (CE, 8^e et 3^e ss-sect., 5 mars 2007, n° 284457, SELARL Pharmacie des Chalonges : *JurisData* n° 2007-081090 ; *Dr. fisc.* 2007, n° 20, comm. 522, note O. Fouquet ; *Procédures* 2007, comm. 153, note J.-L. Pierre ; *RJF* 5/2007, n° 600, concl. P. Collin, p. 426 ; *RTD com. avr.-juin* 2007, p. 472 et s., note P. Collin ; *BGFE* 2007, n° 7, p. 9 et s., obs. Y. de Givré).

L'Administration fait cependant valoir que cette voie alternative est purement théorique et que les contribuables ne disposaient pas du pouvoir de la mettre en œuvre. Il lui est rétorqué avec bon sens qu'ils n'avaient chacun, par eux-mêmes, pas nécessairement le pouvoir de constituer l'ensemble de ce que le service a appelé un « montage ».

En revanche, on peut retenir contre la vraisemblance de cette voie alternative, et donc contre l'existence d'une charge fiscale constante selon qu'un acte ou un autre ait été pris, que cette opération de fusion aurait entraîné la perte pour la famille C., au travers de la SLPS, de ses droits de vote doubles dans C. Investissement, alors que le maintien de ces droits de vote doubles était présenté comme une condition nécessaire de l'opération alors envisagée. Dès lors que cette solution alternative ne pouvait, par conséquent, être adoptée, il n'existait pas – du moins les requérants ne le démontrent pas – de charge fiscale constante, et la jurisprudence Pharmacie de Chalonges ne trouve pas à s'appliquer.

Par conséquent, nous vous invitons à valider la procédure d'abus de droit mise en œuvre par l'Administration pour les requérants concernés, et ainsi à écarter le sursis d'imposition automatique appliqué à la plus-value résultant de la valeur d'apport des titres CDA dans chacune des sociétés civiles les ayant ensuite revendus au même prix à CDA. Cela signifie donc qu'en l'absence de l'interposition de la société civile suscitant ce sursis d'imposition, ces gains auraient dû être imposés en 2007 au moment de leur rachat, direct par conséquent, par CDA. L'abus de droit – et c'est important – a ainsi eu pour conséquence d'une part de distinguer la plus-value d'apport en sursis d'imposition (3 mai 2007) et d'autre part la cession sans plus-value (29 mai 2007) ; il est remplacé par une seule vente des associés de CDA, par fusion de ces deux éléments de la même opération.

2° Sur l'abus de droit reproché à M. B.

16 – Après la cession par les autres dirigeants du groupe de leurs parts de CDA à leurs sociétés civiles, puis le rachat par CDA de ses propres titres à ces sociétés civiles, M. B. s'est retrouvé seul dans la société CDA. L'Administration a estimé que par plusieurs décisions prises au cours du mois de mai 2007, la société devait être regardée comme ayant en réalité organisé sa liquidation, qu'elle aurait dû constater, et que celle-ci a été masquée par le prolongement de l'exis-

tence de CDA par M. B. à des fins purement patrimoniales et personnelles.

Le service a considéré que trois actes avaient concouru à la réalisation d'une liquidation. En premier lieu, par la décision de l'AG de CDA le 3 mai 2007, la société a racheté ses titres. En outre, le 29 mai suivant, d'une part le président a décidé de financer cette opération de rachat par attribution d'actifs sociaux, et d'autre part l'AG de CDA a décidé de réduire le capital par annulation des titres propres rachetés, a pris acte de la démission du président et lui a donné le quitus pour sa gestion. Enfin, la clôture de l'exercice, fin mai 2007, a également été décidée.

Le service a considéré que le plan visant à rendre actionnaires de C. les cadres et dirigeants du groupe, associés de CDA, plan qui avait commencé lors de la création de CDA, avait pris fin lors du rachat par CDA de ses propres titres contre des titres C. le 29 mai 2007, entraînant une réduction de son capital de 90 %.

L'Administration a également relevé qu'après cette date, CDA n'a plus effectué d'opérations au profit des dirigeants du groupe C., que M. B. était désormais l'actionnaire unique avec sa femme entrée au capital en juin 2007. CDA s'est alors engagée dans une activité de gestion patrimoniale pour le compte de M. B.

Dans sa proposition de rectification – M. B. ne manque pas de le relever –, l'Administration fait valoir que les actes sociaux de mai 2007 ne lui sont pas opposables à la fois parce qu'ils sont fictifs et parce qu'ils révèlent une fraude à la loi. Le Comité consultatif de l'abus de droit n'a pas dissipé cette confusion, que prolonge l'Administration dans ses écritures devant vous.

Il est constant qu'une procédure d'abus de droit ne peut reposer sur ces deux fondements qui s'excluent logiquement (le second est choisi à défaut du premier). Vous ne pourrez cependant pas considérer que l'imposition fondée sur l'abus de droit ne peut pas être maintenue parce que l'Administration a défendu, par défaut de choix, les deux terrains. Vous devrez en effet estimer qu'elle retient deux motifs, qui ne peuvent qu'être alternatifs, et que par conséquent si l'un ne peut être retenu, ce constat ne disqualifie pas l'autre, retenu par défaut.

Il nous semble que c'est sur le terrain de la fraude à la loi qu'il faut nous placer.

Il paraît en effet difficile de dire que chacun des actes des 3 et 29 mai 2007 concernant la société était fictif au regard de l'ensemble de leurs conséquences ; ce que l'Administration reproche est plutôt qu'un autre acte, concluant logiquement la série relevée, n'ait *pas* été pris alors que la réalité l'exigeait : la liquidation de la société CDA, ou plutôt que l'ensemble des associés aient agi comme si la société était liquidée alors qu'elle ne l'était pas dans les faits.

L'ambiguïté entre ces deux fondements de l'abus de droit, du point de vue de l'Administration, tient sans doute à ce qu'elle cherche à mettre en parallèle la situation de M. B. et celle des autres dirigeants du groupe C. A l'issue de ces opérations, ils se sont tous, en effet, retrouvés dans la même situation : chacun des dirigeants se trouvait à la tête d'une société disposant des titres C. dont ils visaient l'acquisition depuis 2004. La comparaison s'arrête là cependant, et c'est pour rendre justice à la spécificité du cas de M. B. qu'on ne peut raisonner comme si les actes étaient fictifs. Le rachat des titres CDA n'a pas été présenté comme un acte fictif dans l'abus de droit reproché aux autres dirigeants, pas plus qu'il ne peut l'être dans le cas de M. B. Pour les uns, c'est la recherche, à travers l'interposition de la société civile, d'un but exclusivement fiscal qui a fondé l'abus de droit ; pour M. B., c'est le fait de rester dans la société CDA et d'en faire le véhicule de ses investissements personnels qui s'inscrirait dans la recherche d'un but exclusivement fiscal.

M. B. conteste cette appréciation pour plusieurs raisons.

Il fait valoir que la CDA a été conçue dans une perspective de continuité, avec l'intention chez ses associés de le rester après l'exercice de l'option en 2010. L'objet de la société, dans ses statuts, volontairement large, en témoignerait. La durée de la société, qui n'a pas été statutairement limitée à l'exercice de l'option, en témoignerait également. Il invoque aussi le rapport de gestion de CDA relatif à son premier exercice clos fin 2005, mentionnant l'objectif de participer au développement de C., et un PV du président de CDA, évoquant selon lui une réflexion sur l'avenir de CDA au-delà de 2010 (interprétation qu'on ne peut confirmer en y trouvant seulement l'évocation de l'échéance de 2010).

Il fait également valoir que l'investissement mis en place en 2004 à travers CDA a été restructuré à cause de la modification législative évoquée, impliquant à terme la suppression de C. Participations. Il affirme en outre qu'une liquidation n'était pas envisageable en 2004, parce que les associés savaient qu'ils devaient rester ensemble pour pouvoir emprunter la somme (90 Ms € estimés à l'époque) qu'ils devraient déboursier pour leur investissement à l'échéance de l'option. Ces deux points sont cependant sans incidence, dès lors qu'il n'est pas soutenu par l'Administration que la liquidation au moment de l'exercice de l'option a été projetée dès 2004 indépendamment des capacités de remboursement de l'exercice de cette option.

M. B. fait enfin valoir que l'activité de CDA s'inscrit depuis 2007 dans la continuité d'une holding d'investissement détenant son actif professionnel. Celui-ci a consisté, jusqu'à son départ de C. en avril 2009, exclusivement en titres C. Investissement, puis en quatre investissements.

M. B. se prévaut par ailleurs d'une consultation réalisée par un professeur des universités, en date du 5 septembre 2012.

Vous pourrez constater que cette consultation cherche d'abord à contester chacun des éléments relevés comme ne permettant pas à lui seul de faire regarder l'existence d'une liquidation (« fiscale ») sans les considérer comme un faisceau qui est la seule approche retenue par l'Administration : celle-ci n'a jamais affirmé qu'un seul des éléments retenus suffisait à caractériser ici un abus de droit.

La consultation tente aussi de contester la méthode du faisceau en montrant qu'elle n'avait pas été validée par le juge, ou plutôt qu'elle serait systématiquement censurée.

D'après une première et ancienne décision citée, il a été considéré « qu'en dépit de la cession, dans un délai de trois ans, de la totalité des actions de M. X à de nouveaux actionnaires, la société « Etablissements Radiophon » n'a pas été dissoute, a conservé sa forme juridique comme son objet social et a poursuivi les mêmes activités professionnelles, sous réserve de l'abandon d'une branche secondaire desdites activités ; que, si elle a changé de nom, pour prendre celui de la société devenue majoritaire et a également changé de siège social, ces circonstances, eu égard à la poursuite de l'activité principale après la cession d'actions, ne permettent pas de constater qu'il y a eu en l'espèce création d'un être moral nouveau impliquant la dissolution de la société » (CE, 7^e et 9^e ss-sect., 6 janv. 1986, n° 41611, min. c/ Fabricant : *JurisData* n° 1986-605567 ; *Dr. fisc.* 1986, n° 11, comm. 529 ; *RJF* 1986, n° 309).

Dans une seconde décision, plus récente, il a été jugé que la création d'une nouvelle société, pour reprendre les moyens de production industrielle d'une ancienne société du même nom, puis la cession des actions de la première société, ayant conservé des actifs financiers, ne procédaient pas d'un montage mis en place en vue de dissimuler la liquidation de l'ancienne SA Aluplastic, dès lors que le transfert du capital de l'ancienne société à une tierce société ne peut être regardé, même s'il a été suivi d'une modification de la dénomination, du siège et de l'objet social de la société, comme ayant donné lieu à la création d'un être moral nouveau et que, si le 5° de l'article 221 du Code général des impôts prévoit que « le changement d'objet social ou de l'acti-

vité réelle d'une société emporte cessation d'entreprise », le changement d'activité et d'objet social qu'a connu l'ancienne SA Alu-plastic, s'il justifiait l'imposition immédiate des bénéficiaires, n'entraînait pas la dissolution avec liquidation de la société (*CE, 10^e et 9^e ss-sect., 7 juill. 2010, n° 309009, M. et M^{me} Sobrie : JurisData n° 2010-011948 ; Dr. fisc. 2010, n° 37, comm. 482, concl. J. Burguburu, note Ch. de la Mardière ; RJF 11/2010, n° 1069*).

On voit bien cependant qu'**aucun de ces deux cas ne correspond à celui de la société CDA, qui comporte plus d'éléments permettant de justifier l'existence d'un abus de droit.**

Dans le premier cas, la cession des actes s'est déroulée sur 3 ans et la société a poursuivi les mêmes activités professionnelles, en abandonnant seulement une branche secondaire : le changement de nom et de siège social ne pouvait suffire dans ces conditions à démontrer un abus de droit. Dans le second cas, une part de l'activité initiale était elle aussi poursuivie malgré un changement de nom, de siège et d'objet social. Enfin, dans les deux cas, les actions étaient cédées à de nouveaux actionnaires.

Vous pourrez considérer qu'il en va différemment ici pour trois raisons.

La première est la **réalisation de l'objet social**. Si l'on considère seulement à ce stade que CDA était un véhicule d'investissement collectif des managers de C. (et pas encore un véhicule d'intéressement, notion qui concerne seulement la requalification en salaires), CDA a clairement été conçue au moment de l'achat de l'option, pour cet achat, et dans l'objectif de l'exercer et de rendre les managers actionnaires, sans aucun autre objectif reliant les associés de CDA. Vous ne vous arrêterez évidemment pas à la formulation des statuts, pour leur objet comme pour la durée, tant il est commun que les sociétés choisissent un objet large et une durée étendue pour se laisser les marges de manœuvre les plus grandes. Avec l'acquisition des titres C. Participations, et donc des titres C. Investissement, l'objet initial de la société, que vous pouvez interpréter par-delà son expression littérale, est bien réalisé ou éteint au sens du 2° de l'article 1844-7 du code civil.

La deuxième raison, liée à la précédente, est la **disparition de l'affectio societatis**, qui apparaît clairement dans le fait que tous les associés de CDA, sauf M. B., cèdent leurs parts. En outre, c'est CDA qui les rachète, sans qu'aucun tiers n'entre en jeu. Ils le font non sur une période de plusieurs années, mais au même moment précis, par l'effet des mêmes décisions. Ils perçoivent en échange des SICAV et titres C. Investissement, comme dans une répartition de l'actif social de CDA.

La troisième raison est le **changement d'activité**. Il n'y a en effet rien de commun entre la constitution d'un véhicule d'investissement partagé entre managers de C. visant à permettre leur appréhension de titres du groupe et la gestion du patrimoine et des investissements du seul M. B., sinon le large objet social.

Il apparaît dans tout cela qu'il y a non seulement une cessation mais une dissolution entraînant liquidation de l'entreprise, et la recherche d'un but exclusivement fiscal.

M. B. objecte qu'une liquidation n'était pas envisageable en 2007 en raison du passif de 38 Ms € correspondant à l'emprunt bancaire contracté par CDA essentiellement pour l'acquisition des titres Sol-fur, mais il est constant que l'actif était supérieur à ce passif et qu'un boni existait donc ; les conditions réelles d'un remboursement dans le temps ne peuvent être invoquées dès lors justement que la liquidation n'a pas eu lieu.

On doit rappeler, au-delà des nombreux constats objectifs qui ont été faits, que la charge de la preuve incombe au requérant (contrairement par exemple au cas de l'arrêt Sobrie de 2010). Or s'il soulève les divers arguments qu'on a rappelés, aucun ne peut suffire à vous convaincre de ce qu'il n'était pas recherché, à travers les actes de mai

2007, un but exclusivement fiscal dans le maintien de la société CDA sous une forme laissant croire à sa continuation.

Par conséquent, vous pourrez considérer, si vous nous suivez, que **l'Administration était fondée à imposer le boni de liquidation** correspondant au gain de M. B. en 2007 selon le régime applicable, notwithstanding la circonstance qu'aucune liquidation n'ait été réalisée dans les formes.

C. - Sur les modalités d'imposition retenues par l'Administration

17 – L'abus de droit étant selon nous établi, l'Administration était fondée, pour les requérants hors M. B., à remettre en cause le sursis d'imposition automatique dont ils ont bénéficié en application de l'article 150-0 B du CGI ; les gains réalisés dans le cadre de l'apport de titres des contribuables à leurs sociétés civiles soumises à l'IS étaient donc de plein droit imposables en vertu de l'article 150-0 A, qu'écartait l'article 150-0 B, et **normalement comme une plus-value**. C'est ce qui pouvait être observé en conséquence de l'affaire *Berjot* servant de matrice à ce type d'abus de droit, ou dans une autre affaire l'année suivante (*CE, 3^e ss-sect., 17 juill. 2013, n° 351484, M. Vicidomini : Dr. fisc. 2015, n° 18, comm. 299*).

Le service ne s'est cependant pas arrêté là, et a procédé à une double requalification de ce gain, considéré selon lui à tort comme une plus-value d'apport, en l'imposant pour partie en traitements et salaires, et pour partie en revenus de capitaux mobiliers. On peut préciser que, contrairement à ce que font valoir des requérants, l'Administration est libre de requalifier un gain à partir de la situation rétablie une fois l'acte constitutif d'un abus de droit écarté (sur un cas similaire, avec abus de droit apport-cession puis requalification d'une plus-value en RCM : *CE, 9^e et 10^e ss-sect., 29 déc. 2000, n° 179647, M. Roesch : JurisData n° 2000-061425 ; Rec. CE 2000, p. 663 ; Dr. fisc. 2001, n° 15, comm. 337, concl. J. Courtial ; RJF 3/2001, n° 310*). Bien que l'imposition dans la catégorie des traitements et salaires ait sans doute suscité la discussion la plus nourrie, du moins dans un premier temps, il convient d'abord d'examiner le bien-fondé de l'imposition de ce gain dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, pour répondre à une question qui s'impose à vous. En ce qui concerne M. B., dont le gain a également été doublement qualifié en RCM et en traitements et salaires, seul ce second point sera discuté, et en commun, cette fois, avec les autres requérants.

Il convient de rappeler que l'Administration supporte la charge de prouver le bien-fondé de ces requalifications.

1° Sur l'imposition en revenus de capitaux mobiliers

18 – Pour requalifier une partie du gain en revenu de capitaux mobiliers, comme il a la possibilité de le faire à tout moment, le service considère que, si l'on écarte l'interposition de la société civile recevant puis cédant les titres CDA, chacun des contribuables requérants, associés de CDA, a pu être regardé comme ayant revendu à celle-ci ses propres titres, et que ce rachat par CDA a été effectué en vue d'une réduction de capital non motivée par des pertes, en ayant pour effet de redistribuer des revenus aux associés vendeurs.

En vertu de l'article 161 du CGI, le montant du revenu distribué soumis à l'IR au titre des RCM est égal à l'excédent du prix de rachat des titres annulés sur le montant des apports compris dans la valeur nominale des titres rachetés – dès lors que les titres appartiennent à une personne physique résidente. À cette somme a été appliqué un abattement de 40 % en application du 2° du 3 de l'article 158 du CGI.

19 – **Applicabilité de la décision QPC Machillot.** – Or vous le savez, au cours de l'instruction de ces dossiers, en juin 2014, est intervenue une décision QPC du Conseil constitutionnel, que presque tous les requérants ont alors invoquée, et qui est susceptible selon eux

d'influer sur les modalités d'imposition de la partie du gain regardée comme constitutive de revenus de capitaux mobiliers (*Cons. const., déc. 20 juin 2014, n° 2014-404 QPC, M. et M^{me} Machillot : Dr. fisc. 2014, n° 30, comm. 467, note A. de Bissy et M. Ferré ; RJF 10/14, n° 927*).

Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé que l'existence de voies alternatives d'imposition, dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers – sur le fondement du 2° du I de l'article 109 du CGI – ou en tant que plus-values de cession – sur le fondement du 6° de l'article 112 du CGI –, du rachat par une société de part sociales de ses actionnaires, selon que ce rachat est effectué dans les conditions prévues aux articles L. 225-208 ou L. 225-209 à L. 225-212 du Code de commerce relatifs à la participations des salariés, ou dans d'autres conditions, comme une réduction du capital non motivée par des pertes, prévue par l'article L. 225-07 du Code de commerce, crée une différence de traitement qui ne repose ni sur une différence de situation entre les procédures de rachat ni sur un motif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi.

Ce ne sont pas les dispositions appliquées aux requérants concernés, pour l'imposition de leur gain dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, qui ont été censurées par le juge constitutionnel dans le cadre de la QPC, mais les dispositions de l'article 112, 6° du CGI.

Toutefois, le Conseil constitutionnel a jugé, dans le 14^e considérant de sa décision, « qu'afin de préserver l'effet utile de la présente décision, notamment à la solution des instances en cours, les sommes ou valeurs reçues avant le 1^{er} janvier 2014 par les actionnaires ou associés personnes physiques au titre du rachat de leurs actions ou parts sociales par la société émettrice, **lorsque ce rachat a été effectué selon une procédure autorisée par la loi**, ne sont pas considérées comme des revenus distribués et sont imposées selon le régime des plus-values de cession prévu, selon les cas, aux articles 39 duodecimes, 150-0 A ou 150 UB du Code général des impôts ».

L'application éventuelle de cette décision QPC aux affaires que nous examinons pose une question que nous pourrions résumer ainsi : le rachat par la CDA de ses titres que détenaient les sociétés civiles de chacun des requérants doit-il être regardé comme ayant été effectué « selon une procédure autorisée par la loi », alors même que l'interposition de ces sociétés civiles et leur apport/cession des titres constitue, si vous nous suivez, un abus de droit ?

Le Code de commerce autorise les sociétés à racheter leurs propres actions ou droits sociaux selon trois procédures principales : le rachat réalisé en vue d'une réduction de capital non motivée par des pertes (art. L. 225-207), auquel se rattache le rachat de titres dont la cession à un tiers est soumise à une condition d'agrément (art. L. 228-24) ; le rachat réalisé en vue d'une redistribution aux salariés (art. L. 225-208), dans le cadre de la participation aux résultats de l'entreprise, de l'octroi d'options d'achat d'actions ou d'attribution gratuite d'actions ; le rachat réalisé dans le cadre d'un plan de rachat d'actions par les sociétés cotées (art. L. 225-209) et les sociétés non cotées (art. L. 225-209-2). Ce régime d'autorisation sous conditions a succédé à un régime d'interdiction avec dérogations, comme l'évoque notamment Emmanuel Glaser qui en rappelle l'histoire (concl. sous *CE, 3^e et 8^e ss-sect., 31 juill. 2009, n° 296052, Sté Fiteco : JurisData n° 2009-081519 ; Dr. fisc. 2009, n° 43, comm. 509, concl. E. Glaser, note A. de Bissy ; RJF 11/2009, n° 939*).

Cette expression de « procédure autorisée par la loi » figurant dans la décision QPC semble donc, dans une lecture que revendiquent les requérants, signifier que le juge constitutionnel réserve le bénéfice du dispositif transitoire à ces différents cas de figure prévus par le Code de commerce et exclut par conséquent certains types de rachat d'actions. Des auteurs citent ainsi, par exemple, comme étant exclus les rachats faisant suite à un retrait d'associé, notamment dans le cadre d'arbitrages optimisants lorsque l'associé se fait rembourser ses titres

de préférence à une distribution de bénéfices (*A. de Bissy et M. Ferré, note sous Cons. const., déc. 20 juin 2014, n° 2014-404 QPC, M. et M^{me} Machillot, préc.*). On peut également envisager les rachats d'actions non suivis d'une annulation des titres, cas non prévus (donc non autorisés formellement) par le Code de commerce mais seulement rattachés aux rachats suivis d'annulation par la jurisprudence *Sté Fiteco* de 2009 précitée ; c'est ce que l'on pourrait déduire des conclusions de Marie-Astrid Nicolazo de Barmon sur la décision de transmettre au Conseil constitutionnel la QPC en cause (*CE, 3^e et 8^e ss-sect., 11 avr. 2014, n° 371921, M. et M^{me} Machillot : Dr. fisc. 2014, n° 21, comm. 344, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon*). On pourrait également citer l'interdiction faite par l'article L. 223-34 du Code de commerce du rachat de ses propres parts par une SARL.

L'Administration fait cependant valoir que le rachat de titres ne peut être regardé comme ayant été réalisé selon une procédure autorisée par la loi dès lors qu'il est partie d'un montage effectué en fraude à la loi.

Ceci délimite donc la question à laquelle vous devez répondre : la fraude à la loi touche-t-elle le rachat par la CDA de ses propres titres ? Si oui, vous pourriez considérer que le dispositif prévu par le Conseil constitutionnel ne pourrait trouver à s'appliquer en cas d'abus de droit, les requérants n'entrant pas dans son champ. Si inversement le rachat opéré par CDA ne peut être regardé comme effectué en fraude à la loi, il ne peut qu'être considéré comme ayant été réalisé selon une procédure autorisée par la loi (dès lors qu'il paraît constant que ce rachat a été conforme aux dispositions de l'article L. 225-207 du Code de commerce). Il s'agit donc ici, en revenant à la question précédente, de définir les frontières de l'abus de droit pour les requérants autres que M. B.

Si habituellement les cas d'apport-cession en sursis d'imposition se dénouent par une cession à une tierce société, celle-ci est, dans le cas en cause, celle-là même dont les titres ont été apportés. La cession à CDA de ses propres titres n'est donc pas seulement le moyen, pour le bénéficiaire de l'abus de droit, de recevoir les liquidités qui ne sont pas réinvesties dans une activité économique ; elle est aussi pour les associés la fin de tout un processus commencé en 2004 avec la création de CDA et qui s'achève en 2007.

Pour autant, si la cession des titres CDA est un élément nécessaire dans la déconstruction de l'abus de droit, le fait que cette cession soit justement au profit de la CDA ne l'est pas du point de vue des requérants. Cette dernière circonstance n'est selon nous nécessairement retenue par l'Administration que pour qualifier les sommes impossibles après la remise en cause du sursis d'imposition.

Car si l'on réexamine le traitement, par l'Administration, de l'existence de CDA dans les rectifications en cause, on doit observer que, si elle affirme que cette société a toujours été conçue comme un véhicule d'investissement pour les managers de C. Investissement – ce qui paraît difficilement contestable –, elle n'a pas cherché à écarter son existence comme un acte fictif ni comme une fraude à la loi. On le voit d'ailleurs bien quand elle ne fait pas sien, pour les requérants autres que M. B., le motif retenu par le Comité qui concerne seulement M. B., selon lequel la CDA, en rachetant les titres de tous ses associés sauf un, aurait procédé à une forme de dissolution anticipée. Mais surtout, l'Administration centre toujours l'abus de droit sur l'interposition des sociétés civiles soumises à l'IS, qui permet le sursis d'imposition remis en cause dans cette procédure ; l'abus de droit consiste à écarter un acte, et l'Administration n'écarter pas ce rachat de titres par CDA. Son rôle doit être réduit à ce qu'il est du point de vue de l'abus de droit : un achat des titres apportés dans les sociétés civiles, qui matérialise la plus-value réalisée lors de l'apport. En d'autres termes, l'achat des titres CDA aux sociétés civiles est touché par l'abus de droit mais le rachat par CDA de ses titres ne l'est pas ; le rachat fait

partie de l'opération (d'intéressement), mais pas nécessairement du montage, seul en fraude à la loi.

On ne peut bien sûr ignorer que la revente à CDA de ses propres titres est au cœur du dessein du groupe C. et de ses associés, de même que la possibilité pour ceux-ci de disposer de titres C. Investissement : mais ce dessein est celui de l'intéressement des managers, de la redistribution de revenus, qui n'est pas en soi illégal. Rien n'interdisait au groupe C. de créer une société visant à permettre à ses managers d'acquérir des parts de C. Investissement, dès lors que les avantages résultant des conditions d'acquisition et de cession de ces titres étaient imposés selon le régime applicable. Or c'est précisément ce point que l'Administration vise, après avoir démontré l'abus de droit né de l'interposition des sociétés civiles, en requalifiant les gains en revenus de capitaux mobiliers et en traitements et salaires. Inversement, si les requérants avaient cédé leurs titres CDA à une autre personne, morale ou physique, que CDA elle-même, l'abus de droit aurait bien été constitué. Certes, le rachat prévu par CDA permettait la cession rapide des titres apportés aux sociétés civiles, garantissait un prix connu et était déterminant dans la distribution de revenus ; il n'était en revanche par lui-même d'aucune utilité au bénéfice du sursis d'imposition appliqué à la différence entre la valeur d'acquisition (et nominale) des titres CDA et la valeur de leur apport aux sociétés civiles, car peu importait en soi la personne à qui ces titres seraient cédés, du moment qu'ils l'étaient. La seule circonstance qu'il ait été prévu dès le début des opérations que la cession des titres soit un rachat par CDA – et donc que ce rachat conclue le montage – n'entache pas pour nous le rachat de titres d'une fraude à la loi, pas plus que n'est ainsi entachée la constitution de la CDA, la vente d'une option par Solfur, ou les souscriptions des différents actionnaires, qui ne participent, avec ce rachat, qu'à confirmer l'intention du montage.

Pour finir sur cette question, si le rachat par CDA de ses propres titres se situe selon nous à l'extérieur des bornes de l'abus de droit des requérants concernés, il se trouve en revanche au fondement de la qualification en revenus de capitaux mobiliers. Il constituait donc bien un motif de redressement comme le faisait valoir l'Administration – du moins jusqu'à l'intervention de la décision QPC – car un rachat de titres en vue d'une réduction de capital non motivé par des pertes conforme à l'article L. 225-207 du code de commerce était imposé plus sévèrement qu'une simple plus-value de cession. Mais parce qu'il n'était pas entaché de la fraude à la loi caractérisant le recours au sursis d'imposition, ce rachat de titre doit selon nous être regardé comme ayant été réalisé selon une procédure autorisée par la loi.

19 – Conséquences du point de vue des RCM. – Au terme de cet examen, il nous semble donc que le dispositif de la décision QPC 2014-404 trouve à s'appliquer aux requérants, et que les gains en cause, pour la fraction de 35 % retenue par l'Administration, ne peuvent, en vertu de cette décision, être considérés comme des revenus de capitaux mobiliers.

Vous devez à ce stade relever que l'Administration n'a pas demandé de substitution de base légale pour préserver l'hypothèse où vous jugeriez que ce dispositif transitoire s'applique bien aux requérants, comme elle aurait pu le faire même à titre subsidiaire (*CE*, 3 oct. 1994, n° 115459 : *Dr. fisc.* 1994, n° 48, *comm.* 2067, *Sandrini* : *RJF* 11/94, n° 1247). Par conséquent, si vous considérez qu'il appartenait à l'Administration de demander une telle substitution et que vous ne pouvez y procéder par vous-même comme l'impose habituellement la jurisprudence (*CE*, sect. 21 mars 1975, n° 85496 : *Rec. CE* 1975, p. 217 ; *Dr. fisc.* 1975, n° 23, *comm.* 775, *concl. D. Fabre* ; *RJF* 5/1975, n° 226, *chron. B. Martin Laprade*, p. 166 ; plus récemment, *CE*, sect., 27 sept. 2006, n° 260050, *Sté Janfin* : *JurisData* n° 2006-081020 ; *Rec. CE* 2006, p. 401 ; *Dr. fisc.* 2006, n° 47, *comm.* 744, *concl. L. Olléon* ; *Procédures* 2006, *comm.* 284, *note J.-L. Pierre* ; *RJF* 12/2006, n° 1583,

chron. Y. Benard, p. 1083 *et s.* ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 104, § 12, *note S. Reeb-Blanluet* ; *BGFE* 2006, n° 12, p. 30 *et s.*, *obs. N. Chahid-Nourai*. – V. O. Fouquet, *Fraude à la loi et abus de droit* : *Dr. fisc.* 2006, n° 47, 6), l'impossibilité d'imposer le gain comme un revenu distribué dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers ne pourrait être compensée, ainsi que le juge constitutionnel l'entendait, par le régime, certes plus favorable, de l'imposition du gain selon le régime des plus-values de cession.

La situation dans laquelle vous vous trouvez diffère cependant des cas usuellement rencontrés, dans lesquels, que vous constatiez par vous-même l'illégalité d'un fondement légal appliqué aux circonstances en cause, ou qu'une décision du Conseil constitutionnel le censure, les conséquences pour l'affaire examinée sont un vide juridique entraînant la décharge sauf si l'Administration vous demande une substitution de base légale. Il en va ici différemment dès lors que le Conseil constitutionnel, dans son dispositif transitoire, impose non seulement d'écarter la taxation des gains comme revenus distribués mais également de la remplacer par une taxation comme plus-value de cession.

Dans ces circonstances particulières, il ne paraît pas nécessaire que l'Administration demande une substitution de base légale puisqu'un nouveau mode d'imposition découle directement de la décision du Conseil constitutionnel. Il ne s'agit d'ailleurs pas à proprement parler d'une substitution de base légale, qui serait opérée par le Conseil constitutionnel. Les mêmes articles relatifs aux cas de rachats autorisés, dans le code de commerce, n'entraînent temporairement plus une imposition en RCM mais une imposition comme plus-value de cession. **Ce n'est pas tant la base légale qui est modifiée que le lien entre une situation et une base légale.**

Il n'y a dès lors pas lieu de vous interroger sur les garanties qui aurait dû être attachées à une substitution de base légale demandée par l'Administration. Elles seraient en tout état de cause préservées dès lors qu'en discutant du moyen, soulevé d'office ou par les requérants, tiré de l'application de la décision QPC, les parties ont d'une part la capacité de faire objection à son application – et donc à l'imposition des sommes en cause comme plus-value de cession – et d'autre part ne soutiennent pas avoir été privées d'une garantie propre à ce type d'imposition.

Il nous paraît donc que, dès lors que, dans sa décision QPC en cause, le Conseil constitutionnel énonce que les sommes résultant d'un rachat de titres selon une procédure autorisée par la loi « ne sont pas considérées comme des revenus distribués et sont imposées selon le régime des plus-values de cession » – dispositif transitoire prenant effet en vertu de l'article 2 de cette décision –, il entre dans votre office, en vertu de l'article 62 de la Constitution en application duquel les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent « à toutes les autorités administratives et juridictionnelles », que vous tiriez pleinement la conséquence du changement de régime d'imposition décidé par lui pour les sommes reçues avant le 1^{er} janvier 2014.

On peut d'ailleurs remarquer que le seul exemple actuel à notre connaissance, dans la jurisprudence, d'une application de la décision 2014-404 QPC dans le cadre d'une instance témoigne de ce que, pour les sommes perçues dans ces conditions, l'imposition comme plus-value de cession remplace la taxation comme revenus distribués sans qu'il soit fait mention d'une demande par l'Administration d'une substitution (*CAA Paris*, 2^e ch., 26 mai 2015, n° 13PA00186, *M. et M^{me} Nedjar*).

La part des gains imposée dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers doit donc être imposée comme une plus-value de cession en application de cette décision constitutionnelle, et les requérants concernés doivent être déchargés de la différence d'imposition résultant de cette substitution de régime d'imposition.

2° Sur l'imposition en tant que traitements et salaires

20 – Les requérants contestent également la **requalification du revenu en cause en tant que traitements et salaires**, à concurrence de 65 % du gain réalisé.

Aux termes des articles 79 et 82 du CGI sont imposables sur le revenu notamment tous les avantages en argent accordés aux salariés, dans la catégorie des traitements et salaires. L'Administration cherche donc d'abord à démontrer le principe de l'imposition du gain en traitements et salaires, en raison d'un avantage accordé du fait de la qualité de salarié, et ensuite à quantifier la part du gain qu'elle estime imposable dans cette catégorie. Les requérants contestent naturellement chacun de ces deux points.

21 – Le principe de l'imposition en traitements et salaires. – Pour procéder à cette requalification partielle du gain réalisé en traitement et salaires, l'Administration se fonde sur la jurisprudence encadrant cette pratique, selon laquelle l'avantage en cause doit trouver sa source dans le contrat de travail, quand bien même il est perçu quand le contrat a pris fin (*CE, 10^e et 9^e ss-sect., 23 juill. 2010, n° 313445, M. Legendre : JurisData n° 2010-012378 ; Dr. fisc. 2010, n° 46, comm. 560, concl. D. Hedary ; RJF 11/2010 n° 1016*). Une telle requalification ne nécessite donc aucunement la mise en œuvre d'une procédure d'abus de droit comme le font valoir certains requérants.

Le service a souligné que CDA avait toujours été conçue comme un véhicule d'intéressement pour les managers de C. Investissement, relevant que cet objectif était clairement affiché dans le préambule de l'acte d'option d'achat des titres C. Participations en octobre 2004, dans le communiqué public de C. Investissement en date du 3 décembre 2004, lors du conseil d'administration de SLPS le 24 avril 2007, et lors du Comité de gouvernance du conseil de surveillance de C. Investissement toujours en 2007. Il établit de cette manière que l'opération est conçue au profit des managers et trouve donc sa source dans le contrat de travail.

Le service a également relevé l'ensemble des éléments ayant contribué à la constitution d'un avantage pour les managers en leur permettant de souscrire ces titres CDA et les conserver jusqu'au terme de l'opération, ayant duré seulement deux ans et demi environ. Il a ainsi considéré que le groupe a fait en sorte de garantir un gain maximal pour un faible investissement, de sorte que ce gain ne puisse être considéré comme un gain en capital de la même nature que ceux qu'un particulier est susceptible de réaliser dans le cadre de la gestion d'un portefeuille de titres classique. Il cite ainsi la minoration de l'option d'achat auprès de la SA Solfur de ces titres C. Participations le 25 octobre 2004 – minoration contestée par tous les requérants comme on va le voir –, mais aussi la possibilité offerte aux managers de souscrire au capital de CDA au moindre coût, c'est-à-dire pour la valeur nominale des titres, à 1 €, qui n'a pas varié entre la constitution de la société le 22 octobre 2004 jusqu'au début 2007, alors que la détention du sous-jacent en titres C. Investissement – via l'option sur les titres C. Participations – puis l'évolution de leurs cours justifiaient largement que la valeur des titres CDA s'accroisse. Le service relève enfin les conditions de paiement avantageuses offertes à CDA, et donc aux managers, pour acquérir finalement Solfur pour 78,7 Ms €, en laissant en outre dans Solfur une trésorerie de plus de 12 Ms €. Les managers pouvaient ainsi *in fine* appréhender 4,66% de C. Investissement, soit 324 Ms € à un prix de revient d'environ 83 Ms €.

Au-delà de la contestation de la minoration de l'option, les requérants, s'ils ne peuvent guère nier que la valeur des titres proposés à leur souscription était très avantageuse, soutiennent néanmoins que l'investissement réalisé était risqué, ne garantissant donc pas un gain maximal, et en outre pas pour un faible investissement. La plupart des requérants font ainsi valoir qu'outre le montant de leurs souscrip-

tions des actions, non nul, ils ont été mis à contribution, au prorata de leur quote-part dans le capital de CDA, pour acquérir l'option de 4 Ms en octobre 2004, pour un montant important par rapport à leur rémunération de 2004. Ils invoquent également l'important apport à CDA qu'ils ont réalisé via la fusion-absorption d'une autre société dont ils étaient associés, la Compagnie de l'Aurette, qui avait un important actif constitué par des titres Legrand pour 31 Ms €.

Toutefois, ainsi que le fait valoir l'Administration, les apports à CDA en compte courant d'associé qui ont été faits pour acquérir l'option sur les titres C. Participations ont été remboursés par CDA en juillet 2006. En outre, en apportant le 26 février 2007 les titres Legrand via la fusion de la Compagnie de l'Aurette, les associés de celle-ci ne prenaient guère de risque alors qu'ils savaient à cette date que C. Participations allait à très court terme racheter ses titres détenus par Solfur puis CDA et les échanger contre des titres C. Investissement dans un contexte boursier alors très favorable – ce qui arriva quelques semaines plus tard.

Quant au risque, si son existence ne peut être contestée, d'une part il était largement amorti par les conditions très favorables qu'on a exposées, par lesquelles les requérants étaient mis en position de gagner une somme très importante pour un investissement très réduit, et d'autre part il a été pris en compte par l'imposition à 35 % de cette somme en revenus de capitaux mobiliers (et désormais en plus-value de cession).

L'existence d'un avantage en argent trouvant sa source dans le contrat de travail des managers nous paraît donc tout à fait établie, et justifiait la requalification, au titre de 2007, d'une partie du gain réalisé cette année-là en traitements et salaires sur le fondement des articles 79 et 82 du CGI. En conséquence, ce n'est pas, comme le soutiennent certains requérants, en 2004, année prescrite, que l'imposition aurait dû être établie, puisque le gain n'était matérialisé qu'en 2007.

22 – La quantification de l'imposition en traitements et salaires. – Restait à déterminer dans quelle proportion ce gain réalisé en mai 2007 et couvert initialement par le sursis d'imposition devait être imposé dans la catégorie des traitements et salaires, c'est-à-dire dans quelle mesure ce gain pouvait être regardé comme un avantage en argent. L'Administration l'a, on l'a dit, quantifié à 65 %, en considérant que le prix de l'option d'achat des titres C. Participations acquise auprès de la SA Solfur était minoré dans une telle proportion et que cette option, étant le point d'entrée dans le montage, déterminait la part de risque et le part d'avantage conditionnant le bénéficiaire, par les managers, de ce gain réalisé en 2007.

Ce dernier élément est essentiel et doit être discuté, avant même de déterminer si la remise en cause du prix de l'option par le service était effectivement fondée. Les requérants soutiennent en effet qu'indépendamment de la contestation de la minoration du prix de l'option, le service ne pouvait retenir ce pourcentage, qui en tout état de cause ne serait pas le déterminant fondamental du gain réalisé. Devraient selon certains être pris en compte l'ensemble des éléments du coût des titres de Solfur, la minoration éventuelle, de 7,3 Ms €, étant rapportée au coût de 90,3 Ms €, et l'avantage ne s'élevant par conséquent selon eux qu'à 8,1 %. D'autres considèrent que cette éventuelle minoration du prix de l'option doit être rapportée au prix d'exercice de cette option par acquisition des titres C. Participations, de 102 Ms € (179,28 € par titre), non remis en cause par le service, la différence entre ce prix augmenté d'une option à 4 Ms € et ce prix augmenté d'une option à 11,3 Ms € n'étant que de l'ordre de 6 %. Selon d'autres requérants, on pourrait de la même manière retenir l'éventuelle minoration de 7,3 Ms € comme devant, dans la plus-value réalisée lors de l'apport des titres CDA, être en valeur absolue imposée dans la catégorie des traitements et salaires. Il convient donc d'éclaircir la démarche de l'Administration et de s'interroger sur sa pertinence.

Tout d'abord, on l'a rappelé, quantifier la part de gain imposable en traitement et salaire, c'est établir une proportion objective entre l'avantage, imposé dans cette catégorie, et le risque, imposé en revenus de capitaux mobiliers (ou finalement selon le régime des plus-values de cession). C'est pourquoi il ne peut être question de retenir une somme en valeur absolue mais bien une proportion. D'autre part, si l'on retient ainsi un pourcentage, comme certains requérants peuvent essayer d'en calculer de manière alternative, ce ratio n'a en conséquence aucunement vocation à chiffrer une sous-évaluation des titres cédés ; c'est pourquoi il est sans fondement de rapprocher, comme certains le font, les pourcentages recalculés des règles en matière de minoration constitutive d'avantage occulte, en relevant que ces pourcentages seraient inférieurs au critère implicite mais admis de 20 %. La minoration n'est que le moyen de déterminer la proportion et n'est pas la base de l'imposition. Reste à déterminer à quelle séquence de l'opération visant, entre 2004 et 2007, à faire bénéficier aux managers de C. Investissement d'un avantage en argent, il est possible d'objectiver le ratio risque/avantage.

Plusieurs choix pouvaient théoriquement être envisagés : l'achat de l'option, la souscription des actions CDA, le rachat de Solfur et l'apport aux sociétés civiles. La souscription au nominal des actions CDA devait être de prime abord écartée, ayant eu lieu à des moments différents : lors de la constitution de CDA le 22 octobre 2004, la souscription au nominal se justifiant par l'absence d'actif de la société, puis le 27 décembre 2004 et le 21 juin 2006 pour seulement certains d'entre eux, mais la différence d'écart selon ces moments entre la valeur comptable des titres et la valorisation possible de CDA selon les sous-jacents C. Investissement rend l'exercice trop incertain. Le rachat de Solfur et la valorisation des titres CDA lors de leur apport aux sociétés civiles, s'ils amènent à la matérialisation du gain, sont quant à eux très en aval de l'opération, et ne peuvent concerner qu'une partie de l'avantage sur les titres CDA. A l'inverse, on peut retenir avec l'Administration que d'une part l'achat de l'option se situe au début de l'opération, permettant à la fois de capter l'intention pour Solfur – et donc C. Investissement – de concéder l'avantage aux managers, et sa réalisation, et d'autre part, de par la nature de l'option, il a une influence sur l'ensemble de l'évolution de la valeur des titres CDA en constituant un effet de levier. Il nous paraît ainsi représentatif de la distinction entre risque et avantage dans la qualification du gain réévalué.

23 – Reste à déterminer l'existence d'une éventuelle libéralité, lors de l'achat auprès de Solfur de l'option sur 569 333 titres C. Participations, non cotés, ayant pour sous-jacent des titres C. Investissement, cotés, eux, sur un marché liquide (Euronext). On l'a rappelé, l'option a été acquise pour 4 Ms € ; l'Administration l'a quant à elle estimée à 11,3 Ms € ; les requérants contestent tous l'existence d'une minoration.

Le prix de l'option avait été déterminé par la banque ABN Amro (dont le rapport d'évaluation, du 9 décembre 2004, est postérieur à l'acquisition de l'option le 25 octobre). La plupart des requérants invoquent la qualité professionnelle de cette institution, au motif notamment qu'elle est un « expert indépendant » et de « premier rang », pour garantir la rigueur de son évaluation. On écartera évidemment cet argument d'autorité, seul important une discussion objective sur les données retenues. La circonstance qu'une nouvelle évaluation, postérieure (datant du 1^{er} février 2012), réalisée par Orthofinance, aboutisse à une valorisation de l'option entre 3 et 5 M € n'y ajoute pas plus de poids, dès lors qu'elle reprend pour l'essentiel les paramètres contestés par l'Administration en utilisant une autre méthode (binomiale au lieu de Black&Scholes) – à l'exception de l'illiquidité (sur laquelle on reviendra) pour lequel elle crée une fourchette, mais elle prend à l'inverse un taux d'actualisation très élevé.

L'Administration a repris la méthode d'évaluation utilisée par ABN Amro : d'abord l'assimilation de l'option à une option théorique (ou « pro forma ») portant directement sur les titres C. Investissement, par transparence des titres C. Participations ; puis l'application d'une méthode classique de valorisation de l'option, selon la formule « Black-Scholes », appliquée à l'option pro forma. On peut préciser ici que, contrairement à ce que soutiennent des requérants, le service n'était pas légalement tenu de combiner plusieurs méthodes d'évaluation ; en outre, il a repris la méthode de la banque conseil dont le principe n'est pas contesté.

24 – L'Administration a conservé un certain nombre de paramètres retenus par ABN Amro. Elle a cependant contesté trois données retenues pour son application.

- L'Administration a d'abord relevé une erreur dans le prix d'exercice de l'option retenu par ABN Amro : la banque a retenu à tort que Solfur détenait, par transparence, 2 475 000 titres C. Investissement alors qu'elle en détenait 2 554 000 en réalité. Ce point n'est pas contesté dans les écritures, mais il a entraîné une première minoration.

- Le service a également considéré que la valeur initiale retenue par la banque pour le titre C. Investissement n'était pas la bonne. Anticipant un exercice de l'option, la banque a considéré qu'une période de 6 mois aurait été nécessaire pour acquérir sur le marché les 2 554 000 titres C. Investissement sous-jacents à l'option sur les titres C. Participations. Elle a donc retenu une moyenne de la valeur des titres C. Investissement sur les 6 mois précédant le 22 octobre 2004. Or Solfur détenait déjà, via C. Participations, les titres C. Investissement, qui n'étaient donc pas sur le marché. Leur changement de mains au sein de structures du groupe C. ne pouvait donc influencer sur le cours.

Le service a, quant à lui, retenu un cours moyen sur le mois précédant le 22 octobre 2004. Le choix d'ABN Amro contribuait à minorer la valeur de l'option, compte tenu de l'appréciation du titre sur les 6 mois (plus la période retenue était grande, plus la moyenne diminuait).

- Un troisième paramètre retenu par la banque a été contesté par l'Administration, et c'est celui-ci qui a l'influence la plus déterminante sur le résultat de l'évaluation de l'option. Pour prendre en compte la circonstance que l'option portait sur des titres C. Participations non cotés (et non sur les titres cotés de C. Investissement), la banque a appliqué une **décote d'illiquidité** sur la valeur retenue des titres C. Investissement. Elle a fixé cette décote à 51,6%. Elle a retenu ce chiffre en analysant les cessions d'actions SLPS, qui était l'autre actionnaire de C. Participations (à 86,5 %), entre septembre 1998 et août 2004. La comparaison, lors de ces cessions, de la valeur des titres SLPS et de celles des titres C. Investissement, permet d'évaluer une décote moyenne d'illiquidité.

L'Administration ne remet en cause ni le principe d'une décote d'illiquidité, ni la méthode retenue.

Elle conteste cependant que la comparaison soit opérante sur toute la période retenue compte tenu des changements affectant C. Investissement ; le service fait valoir que la société C. Investissement n'est née qu'en juin 2002, après une fusion, annoncée au mois de mai précédent, entre deux sociétés, CGIP et Marine-C.. Il estime que si la comparaison peut être pertinente sur la période allant de mai 2002 à mai 2004, tel n'est pas le cas pour la période entre septembre 1998 et mai 2002, puisque la comparaison a pour effet d'analyser la décote d'illiquidité non par rapport à C. Investissement mais par rapport à deux autres sociétés dont C. Investissement procède. Certes ces deux sociétés étaient cotées, mais l'une seulement, CGIP, offrait une forte liquidité sur son titre, 8 fois plus forte que Marine-C. (d'après les transactions de mars 2001

à février 2002, décrites dans un rapport à la COB du 7 mai 2002). Jusqu'en mai, la comparaison paraît donc d'un point de vue méthodologique assez précaire, puisqu'on compare non des titres C. Participations mais des titres SLPS avec non des titres C. Investissement mais de deux sociétés n'ayant pas une liquidité homogène. En conséquence le service a retenu, conformément à la méthode de la banque, une décote d'illiquidité des titres SLPS par rapport au cours de l'action C. Investissement, mais seulement entre mai 2002 et mai 2004, constatant une décote de 45 % ;

L'Administration conteste également qu'une cession de titres SLPS soit tout à fait représentative d'une cession de titres C. Participations, dès lors que les titres SLPS n'ont pas pour actif sous-jacent les titres C. Investissement, même sur la période 2002-2004, mais les titres C. Participations, qui ont eux-mêmes pour actif sous-jacent les titres C. Investissement. Il y a donc dans le cas de SLPS un échelon de plus qui ne permet pas de faire ressortir exactement la même illiquidité, celle de SLPS étant nécessairement plus forte que celle de C. Participations. Le service a considéré que cette différence pourrait être appréciée en retenant non la moyenne de 45 % mais une décote d'illiquidité de 40 %.

On le voit, ces différents ajustements reposent à chaque fois sur une base objective, discutable, tout en s'appliquant à une méthode (la formule Black-Scholes) dont ni le principe, ni les grands autres paramètres n'ont été contestés.

Seuls MM. A. et B. proposent une réponse de fond à ces critiques. Sur la valeur initiale retenue pour les titres C. Investissement (2^e paramètre exposé ci-dessus), ils font valoir d'une part que la banque pouvait légitimement prendre pour hypothèse que CDA aurait pu acheter cette option auprès d'un tiers, comme une banque, ne détenant pas de titres C., afin d'établir un prix de marché. Ils font valoir d'autre part qu'une moyenne de six mois est pertinente pour apprécier une option longue appliquée à un sous-jacent connaissant d'importantes variations conjoncturelles. On peut cependant d'une part considérer qu'un tel raisonnement pousserait non plus à retenir une valeur initiale mais une moyenne sur la période la plus longue pour lisser, le plus possible, toute variation conjoncturelle. D'autre part, la valeur du sous-jacent lors de l'option n'a pas vocation à être déterminée de manière abstraite quand les conditions de marché ne trouvent pas à s'appliquer, mais dans des conditions proches de la réalité, impliquant ici de considérer que CDA achetait bien cette option auprès de Sulfur et non auprès d'une banque.

Sur le niveau de la décote d'illiquidité (3^e paramètre exposé ci-dessus), ils se bornent d'abord à juger curieux d'écarter une moyenne de 6 ans corroborée par la moyenne entre 2003 et 2004 sans répondre à la distinction entre C. Investissement d'une part et CGIP et Marine-C. d'autre part, ni justifier pourquoi on ne retiendrait que 2003-2004 comme ils le proposent, sinon parce que le résultat leur est plus favorable, bien qu'il soit moins représentatif (1^{er} élément contesté par l'Administration). Sur la comparaison entre SLPS et C. Participations (2^e élément contesté par l'Administration), ils estiment d'une part que les titres SLPS seraient plus liquides que les titres C. Participations en raison d'un « marché gris » au sein de la famille C. actionnaire de SLPS, d'autre part que les titres C. Participations visés par CDA, minoritaires mais acquis au prix d'un important investissement financier, devraient être payés avec une décote, et enfin que, pour apprécier un potentiel avantage salarial octroyé aux associés CDA, il faut comparer les titres CDA aux titres SLPS.

Sur ces deux derniers points, vous relèverez d'une part que la discussion porte sur la valeur de l'option sur les titres C. Participations et ne se réfère à SLPS que par comparaison, parce qu'elle a pour sous-jacent au deuxième degré des titres C. Investissement, ce qui exclut tout raisonnement sur les titres CDA, *a fortiori* puisqu'il s'agit en tout état de cause du moment de sa création. Vous relèverez d'autre part

que l'argument tiré d'une décote sur les titres C. Participations du fait d'une position minoritaire doit également être écarté puisque, en premier lieu, il s'agit d'évaluer l'illiquidité structurelle des titres C. Participations et non l'appréciation conjoncturelle de leur valeur, et en second lieu qu'il n'est pas plus possible d'obtenir une position majoritaire dans le capital de SLPS que celui de C. Participations. S'agissant de la liquidité invoquée des titres SLPS, vous constaterez d'une part que ce marché gris se réduit aux membres de la famille C., et d'autre part, et surtout, qu'un tel argument est contrecarré par le fait que cette « petite » liquidité ne se situe en tout état de cause qu'à un échelon supérieur de « distance » par rapport aux titres C. Investissement par rapport aux titres C. Participations dont l'option est à évaluer.

Au terme de cet examen, ces objections de fond doivent donc selon nous être écartées.

25 – Les requérants invoquent surtout, en souhaitant que cela mette un terme au débat, l'absence de remise en cause de l'évaluation d'ABN Amro par les différents degrés de l'autorité judiciaire : ils se prévalent de l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 8 janvier 2014, confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 avril 2012, confirmant elle-même l'ordonnance de non-lieu rendue le 4 avril 2011 par le juge d'instruction dans le cadre d'une procédure pénale, et selon lesquels l'option de 2004 sur les titres Sulfur n'aurait pas été sous-évaluée.

Ainsi que le fait valoir l'Administration, l'autorité de la chose jugée en matière pénale ne s'attache qu'aux constatations matérielles contenues dans les décisions définitives et qui statuent sur le fond de l'action publique (*CE, sect., 11 mars 1992, n° 76530, Bouaziz : RJF 3/1992, n° 596 ; CAA Paris, 17 juin 2010, n° 08PA06193, M. Bonnet*). Ce que ces décisions pénales énoncent, à propos de l'option de 2004, ne vous lie donc aucunement, même si vous y prêtez attention. La circonstance que les requérants ne pourraient désormais, du fait de ces décisions, faire l'objet de poursuites pénales fondées sur la valorisation de l'option en 2004 est en tout état de cause sans incidence sur le présent litige fiscal devant votre tribunal.

Les requérants n'invoquent pas plus utilement le jugement rendu par le tribunal de commerce de Nanterre le 17 décembre 2013, selon lequel le schéma d'investissement mis en place en 2004 n'aurait aucune nature salariale, car les motifs d'un jugement de tribunal de commerce sont en tout état de cause sans influence sur la qualification fiscale d'un revenu (*CE, 2 mars 1988, n° 25275, n° 25276 et n° 57837, Association « Club de chasse du Vert Galant » : RJF 4/88, n° 497*).

Si vous nous suivez, vous pourrez juger que le bien-fondé de l'imposition des gains en cause dans la catégorie des traitements et salaires, à concurrence de 65 % de ces gains, est établi.

(...)

Par ces motifs nous concluons : Rejet de la requête de M. B. En ce qui concerne les autres requérants (dont M. A.) : à hauteur de 35 % du gain, imposition des sommes selon le régime des plus-values de cession. Décharge partielle, en droits et pénalités, des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales auxquelles ils ont été assujettis au titre de l'année 2007 à concurrence de l'imposition selon le régime des plus-values de cession. Rejet du surplus des conclusions de la requête.

Alexandre SEGRETAIN,
rapporteur public

NOTE

1 – Cette intéressante affaire soulève nombre de questions inédites. Étant bien incapable d'émettre une opinion sur les faits, et encore plus incapable d'opiner sur les chiffres, l'auteur de cette note se

bornera à des coups de projecteur sur quelques questions de pur droit et de portée générale. Les faits sont parfaitement analysés dans les conclusions remarquablement claires et détaillées de M. Segretain.

1. Le Comité de l'abus de droit peut-il retenir des considérations autres que celles qui constituent les motifs du redressement ?

2 – L'affaire présentait à juger une question inédite, relative à la régularité de la procédure devant le Comité de l'abus de droit fiscal : le Comité est-il tenu de s'en tenir aux moyens des parties, ou peut-il retenir des considérations qui n'ont pas été évoquées devant lui ? Plus précisément, peut-il relever l'existence d'un abus de droit par des considérations autres que les motifs du redressement notifié ?

Dans cette affaire, l'un au moins des contribuables soutenait que la considération retenue par le Comité (selon laquelle les décisions prises par l'assemblée générale des associés de la CDA en 2007 avaient emporté des effets comparables à ceux d'une dissolution anticipée de cette société) ne lui avait pas été opposée par le service : ce motif n'aurait été retenu par l'Administration que dans le cas de M. B, et non dans le cas des sept autres dirigeants du groupe. Ce contribuable exposait que le Comité aurait dû l'inviter à présenter des observations sur les éléments d'abus de droit relevés par le Comité lui-même, autres que ceux avancés par l'Administration. Le moyen se référait à l'article 1653 du CGI, aux termes duquel « *Lorsque le comité de l'abus de droit fiscal est saisi, le contribuable et l'administration sont invités par le président à présenter leurs observations* ».

Le tribunal répond (*1^{re} esp., pt 6*) que le principe du contradictoire n'a pas été méconnu, dès lors que le Comité a retenu « les mêmes motifs que ceux avancés par l'Administration » : peu importe qu'il ait retenu en outre d'autres motifs. La réponse est un peu courte car le tribunal ne relève pas que le motif invoqué d'office était surabondant par rapport à ceux qui avaient été soumis au contradictoire. En principe, l'ensemble des motifs d'une décision sont considérés comme déterminants, sauf si la rédaction de ces motifs fait apparaître (par exemple par un « d'ailleurs » ou un « au demeurant ») que l'un d'entre eux est surabondant. De son côté, le rapporteur public proposait une réponse différente, consistant à relever qu'il ne s'agissait pas d'une considération présentée par l'Administration « dans le dos des contribuables » et dont il n'aurait pas été discuté. La question peut être posée différemment : le Comité n'est-il pas tenu par les motifs du redressement ?

Il nous semble à cet égard que le moyen du contribuable aurait dû être plus radical : ce n'est pas la question du contradictoire qui se pose dans ce cas, mais plutôt celle d'un « *ultra vires* » du Comité, si l'on considère que le Comité doit se borner à donner un avis sur le redressement **tel qu'il est notifié** par le service. Dès lors que l'article L. 64 du LPF confie au Comité le soin de donner un avis au regard du « *désaccord sur les rectifications notifiées* », il peut être soutenu que le Comité ne doit examiner que les motifs de la proposition de rectification, complétés éventuellement par ceux de la réponse aux observations du contribuable. Autrement dit, selon nous, quand bien même le Comité aurait invité le contribuable à présenter des observations sur un motif soulevé d'office, le contradictoire aurait certes été respecté, mais cela n'aurait pas nécessairement autorisé le Comité à retenir un tel motif. On attend avec beaucoup d'intérêt l'arrêt d'appel sur ce point, étant rappelé qu'une telle irrégularité n'entraînerait nullement la décharge des impositions, mais aurait seulement pour effet de remettre le fardeau de la preuve à la charge de l'Administration.

2. Le choix des armes est-il compatible avec l'application d'une pénalité ?

3 – La grande particularité de ces affaires hors norme est que le redressement procède de deux requalifications successives. Le service a, dans un premier temps, requalifié l'opération en une dissolution ; cette première requalification révèle le *boni* de liquidation dissimulé dans le cas de M. B, et une plus-value d'apport dans le cas des autres associés, lesquels avaient apporté leurs titres de la société CDA à des sociétés civiles personnelles. Mais le service « ne s'est cependant pas arrêté là », ainsi que le formulait le rapporteur public, puisque le vérificateur a ensuite requalifié ce gain (*boni* de liquidation dans le cas de M. B, plus-value d'apport dans le cas des autres), pour partie, en salaires. La première qualification avait emprunté la procédure de répression des abus de droit ; la seconde est une requalification ordinaire en vertu des pouvoirs de droit commun de l'Administration, sans passer par l'abus de droit.

Cette double requalification pose une nouvelle fois la question, encore un peu trouble, de savoir jusqu'à quel point l'Administration a le choix des armes, selon l'excellente formule du professeur Florence Deboissy, c'est-à-dire le choix entre procéder à la requalification d'un acte en se fondant sur l'abus de droit ou bien se borner à requalifier cet acte, selon la procédure de rectification de droit commun, en renonçant alors à invoquer le caractère intentionnel des agissements du contribuable.

On sait que l'Administration n'a pas à recourir à la procédure de répression des abus de droit lorsqu'il existe déjà dans la loi fiscale un fondement pour procéder au redressement qu'elle propose : c'est la jurisprudence *Pharmacie des Chalonges*, dans laquelle le Conseil d'État juge « qu'ainsi [*i.e.* en application du 2 de l'article 38 du CGI] l'Administration pouvait imposer au taux normal l'écart entre la valeur primitive du fonds de commerce et celle que lui reconnaissait l'acte rectificatif ; que par suite ce dernier ne pouvait être qualifié d'abus de droit ; que la Selarl Pharmacie des Chalonges est donc fondée à demander la cassation de l'arrêt attaqué pour avoir retenu cette qualification inexacte » (*CE, 8^e et 3^e ss-sect., 5 mars 2007, n° 284457, SELARL Pharmacie des Chalonges : JurisData n° 2007-081090 ; Dr. fisc. 2007, n° 20, comm. 522, note O. Fouquet ; Procédures 2007, comm. 153, note J.-L. Pierre ; RJF 5/2007, n° 600, concl. P. Collin, p. 426 ; BGFE 2007, n° 7, p. 9 et s., obs. Y. de Givré*).

Appliquant la loi fiscale, l'Administration peut interpréter un acte selon l'intention de son auteur, ou celle des parties s'agissant d'un contrat, sans pour autant écarter cet acte : ainsi qu'il est écrit limpidement à l'article 1156 du Code civil (repris en substance dans le futur article 1188), on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. Quelles sont les requalifications auxquelles peut procéder l'Administration sans sortir le canon de l'abus de droit ? On sait par une abondante jurisprudence que l'Administration est en droit de requalifier juridiquement un gain (un revenu en un revenu d'une autre nature, ou bien une plus-value en revenu) sans recourir à la procédure de répression des abus de droit. Ainsi jugé notamment dans les situations suivantes, lorsque l'Administration :

- considère qu'un contribuable ne peut prétendre avoir la qualité de salarié, mais qu'il exerce en réalité l'activité d'agent d'affaires (*CE, plén., 21 juill. 1989, n° 58871 ; Dr. fisc. 1990, n° 1, comm. 28, concl. M. Liébert-Champagne ; RJF 8-9/89, n° 999*) ;

- se borne à déterminer si des rémunérations versées par une société à son dirigeant constituent de véritables salaires ou bien des bénéfices distribués (*CAA Nantes, 1^{re} ch., 22 déc. 1994, n° 93NT00026, Sté d'exploitation du Moulin du Mas blanc : Dr. fisc. 1995, n° 29, comm. 1556*) ;

– requalifie des facturations de sous-traitance en rémunération de main-d'œuvre (CE, 8^e et 3^e ss-sect., 30 juill. 2003, n° 232004, min. c/ Sté Azur Industrie : *JurisData* n° 2003-080419 ; Dr. fisc. 2004, n° 11, comm. 338, concl. P. Collin ; RJF 11/2003, n° 1273) ;

– requalifie une somme versée en vertu d'une « clause pénale » et qualifiée par le contrat de « dommages-intérêts », en considérant que cette indemnité a le caractère d'un revenu imposable en tant que BNC (CAA Nantes, 1^{re} ch., 17 avr. 2001, n° 98-840 et 98-999, Marolle : RJF 10/01, n° 1224) ;

– taxe comme BIC les revenus déclarés comme revenus fonciers par un contribuable qui assure la gestion d'immeubles appartenant à des sociétés dont il est associé (CE, 10 nov. 1982, n° 25017 : Dr. fisc. 1983, n° 16-17, comm. 813 ; RJF 1/83 n° 12) ;

– regarde la plus-value réalisée lors de la cession des parts sociales détenues par le contribuable comme un revenu imposable dans la catégorie des BNC et non comme une plus-value (CE, 10^e et 9^e ss-sect., 18 janv. 2006, n° 265790 et n° 265791, Serfaty : *JurisData* n° 2006-080887 ; Dr. fisc. 2006, n° 41, comm. 649, concl. C. Verot, note E. Meier ; RJF 4/2006, n° 378).

S'agissant précisément de requalifier un profit en rémunération salariale, ce dont il était question dans la présente affaire, il est jugé par le Conseil d'État, dans son arrêt *Gaillochet*, que l'Administration peut y procéder sans recourir à la procédure de répression des abus de droit (CE, 3^e et 8^e ss-sect., 26 sept. 2014, n° 365573, M. et M^{me} Gaillochet : *JurisData* n° 2014-022460 ; Dr. fisc. 2014, n° 47, comm. 636, concl. E. Cortot-Bouchet, note J. Turot, J. Jeausserand et T. Audouard. – V. aussi N. Labrune, *Les gains de « management package », des objets fiscaux non identifiés ?* : RJF 12/2014, p. 1043). Dans cette affaire, le Conseil d'État a jugé que l'avantage perçu par M. Gaillochet trouvait sa source dans l'activité salariée de ce dernier au sein de la société sur les titres de laquelle il a bénéficié d'une option d'achat ; le redressement par lequel l'Administration avait requalifié ce gain en complément de rémunération a été validé alors que le service ne s'était pas placé sur le fondement de l'abus de droit.

Non seulement l'Administration n'était pas tenue de suivre la procédure de répression des abus de droit lorsqu'une simple requalification est possible, mais l'Administration se trompe de fondement légal et de procédure lorsqu'elle procède à un redressement sur le fondement de la répression des abus de droit – dont on sait que, étrangement, il constitue à la fois une procédure et un fondement – alors qu'elle était en mesure de procéder au même redressement selon la procédure contradictoire de droit commun (les conséquences de cette erreur sont variables selon que l'Administration peut ou non effectuer un changement de motif ou demander une substitution de base légale, et nous pensons que la jurisprudence n'a pas encore dit tout ce qu'il y a à dire sur ce sujet). Il est important que le juge veille à ce principe, que le président Fouquet qualifiait de principe de subsidiarité de l'abus de droit (O. Fouquet, note sous CE, 8^e et 3^e ss-sect., 5 mars 2007, n° 284457, SELARL Pharmacie des Chalonges, préc.), puisque l'abus de droit s'entoure de garanties qui sont différentes (et pas nécessairement meilleures), et entraîne l'application de plein droit d'une pénalité de 40 %, portée quasi-mécaniquement au taux de 80 %, dès lors que le contribuable est presque toujours considéré comme l'initiateur ou le bénéficiaire principal de l'opération (on se demande d'ailleurs pourquoi un contribuable qui n'a pas été l'initiateur de l'abus devrait supporter une pénalité, même ramenée à 40%).

4 – Il est donc tout à fait légitime et nécessaire que l'Administration s'abstienne de mettre en œuvre cette procédure exceptionnelle lorsque le redressement n'appelle qu'une simple requalification possible de la procédure de redressement de droit commun. L'Administration n'a pas la faculté de choisir, selon son bon vouloir, entre la procédure contradictoire ordinaire et la procédure de répression des abus de droit. Telle est bien l'analyse du président Fouquet dans la

note précitée sur l'arrêt *Pharmacie des Chalonges*, où il indique : « Si le Conseil d'État avait choisi de laisser, dans un tel cas, à l'administration le choix de recourir ou non à la procédure de répression des abus de droit, il aurait ainsi donné aux services le pouvoir discrétionnaire d'infliger ou non au contribuable des pénalités pour abus de droit au taux de 80 %. Un tel choix aurait déséquilibré le dialogue entre le vérificateur et le contribuable ».

Le professeur Florence Deboissy a sur cette question une approche légèrement différente, puisqu'elle laisse à l'Administration le choix des armes, c'est-à-dire le choix entre une attitude bienveillante qui consiste à requalifier un acte sans invoquer l'abus de droit, et une attitude répressive qui consiste à mettre en œuvre la procédure de répression des abus de droit lorsque le service entend stigmatiser le comportement du contribuable... et le punir par une majoration de 80 % (F. Deboissy, *Abus de droit ou pouvoir général de requalification d'un contrat : le choix des armes*, note sous CE, 3^e et 8^e ss-sect., 17 déc. 2010, n° 318048, min. c/ SARL Concept Sport : *JurisData* n° 2010-026555 ; Dr. fisc. 2011, n° 10, comm. 249, concl. E. Cortot-Bouchet).

Selon son analyse, rien n'impose à l'Administration de retenir le fondement de l'abus de droit lorsque la requalification est possible sur le fondement de son pouvoir général de requalification, cela sous deux réserves :

– la première est que la requalification ne doit pas être fondée sur l'intention imputée au contribuable (comme par exemple en matière de donation déguisée) mais sur des éléments purement objectifs ;

– la seconde est que l'Administration ne doit infliger aucune pénalité au contribuable.

Malgré la qualité des explications que trouve l'éminent universitaire en faveur de cette latitude laissée à l'Administration, il est permis de préférer la position du président Fouquet pour deux raisons. D'abord parce qu'une telle attitude serait facteur d'inégalité devant le contrôle fiscal : c'est assez arbitrairement que le vérificateur fera son choix, et peut-être ce pouvoir sera-t-il ressenti par le contribuable comme une pression pour le conduire à accepter le redressement pourvu qu'on ne lui impute pas d'abus de droit. Ensuite parce qu'il serait paradoxal que le recours à la procédure de répression des abus de droit, qui a pour caractéristique la garantie que peut constituer l'intervention du Comité de l'abus de droit, soit déclenché par la volonté d'appliquer la pénalité propre à ce manquement alors que ce n'est pas sur la pénalité que l'avis du Comité produit son effet.

On sait en effet que l'avis du Comité est sans effet sur la pénalité, depuis l'arrêt *SNERR* (CE, 9^e et 10^e ss-sect., 29 sept. 2010, n° 341065, Sté SNERR Théâtre de Paris : *JurisData* n° 2010-01732 : Dr. fisc. 2010, n° 45, comm. 551, concl. P. Collin ; RJF 12/2010, n° 1219 ; RJF 1/2011, p. 5, chron. V. Daumas). La pénalité pour abus de droit est devenue ce que le professeur de la Mardière appelle dubitativement une « sanction détachable » : alors qu'il était soutenu devant le Conseil d'État qu'un avis du Comité de l'abus de droit fiscal favorable au redressement a pour effet inconstitutionnel de renverser la présomption d'innocence, le Conseil d'État a jugé au contraire que la charge de la preuve des sanctions réprimant l'abus de droit n'est pas régie par les dispositions du 3^e alinéa de l'article L 64 mais par celles de l'article L. 195 A du LPF qui obligent dans tous les cas l'Administration à justifier les pénalités.

Si la jurisprudence du Conseil d'État n'est pas encore parfaitement lisible sur l'abus de droit implicite, celle de la Cour de cassation refuse très clairement à l'Administration tout liberté de choix entre les deux procédures, et ce n'est pas non plus la sanction qui détermine, selon la Cour, la procédure applicable, mais la nature du redressement (*Cass. com.*, 23 juin 2015, n° 13-19.486, DGFIP c/ M^{me} Gühr-Chitarrini : Dr. fisc. 2015, n° 42, comm. 643, note F. Deboissy ; RJF 10/2015, n° 855). Dans cette affaire, le service soutenait que la vente n'avait que l'apparence d'un acte fait à titre onéreux, et donc implicitement qu'il s'agis-

sait d'une donation déguisée ; en outre il avait appliqué la majoration de 40 % pour manquement délibéré. La Cour de cassation juge que le service s'est implicitement mais nécessairement placé sur le terrain de l'abus de droit, et Florence Deboissy souligne que ce n'est pas l'application de la sanction qui est retenue pour censurer une procédure implicite d'abus de droit, et que la décision *Gihir-Chitarrini* fait donc douter que le prononcé d'une sanction soit une condition indispensable pour que la procédure soit entachée d'irrégularité.

5 – Que l'on reconnaisse ou non à l'Administration le choix des armes, un point fait l'unanimité : selon Florence Deboissy elle-même, si l'Administration choisit de requalifier sans invoquer d'abus de droit, c'est qu'elle renonce à remettre en cause la bonne foi du contribuable :

« Dès lors que l'Administration requalifie l'acte sans infliger de pénalité fiscale au contribuable, ce dernier ne saurait se plaindre d'avoir été privé d'une quelconque garantie. La solution doit en revanche être différente lorsque l'Administration requalifie le contrat sans se placer sur le terrain de l'abus de droit tout en infligeant une pénalité au contribuable pour mauvaise foi ou manquement délibéré, puisqu'elle met par là même en exergue le caractère intentionnel de son comportement. »

S'il est donc certain que l'Administration peut requalifier un gain tel qu'une plus-value ou un revenu de capitaux mobiliers en salaire, c'est semble-t-il à la condition que le redressement ne soit pas assorti d'une pénalité, et surtout pas de la pénalité spécifique à l'abus de droit. On remarque que dans l'arrêt *Gaillochet* précité, où le Conseil d'État a approuvé l'Administration d'avoir requalifié une plus-value en salaire sans passer par l'abus de droit, ni l'arrêt de la cour ni celui du Conseil d'État ne mentionnent l'application d'une pénalité.

Ainsi, pour revenir au jugement commenté, la cohabitation paraît difficile entre l'affirmation que l'Administration a pu faire usage de son pouvoir d'interprétation pour requalifier un *boni* en salaire sans se placer sur le terrain de l'abus de droit, et celle que la bonne foi du contribuable ne peut pas être retenue, a fortiori si cette pénalité appliquée est précisément la pénalité d'abus de droit.

3. Le rôle du Comité en cas de redressement hybride

6 – On a compris que dans cette affaire, le redressement avait deux natures : il avait le buste d'un abus de droit et la queue d'une simple requalification. N'est-il pas contradictoire de s'appuyer sur un avis du Comité qui fait état d'un gain de dissolution de société, impliquant l'appréhension d'un revenu de capitaux mobiliers, pour imposer en définitive un salaire ?

Le Comité ne s'était prononcé que sur la première étape du raisonnement. Il avait émis l'avis que l'ensemble de l'opération avait eu pour objet de dissimuler la dissolution et la liquidation de la société CDA ; il a conclu à l'existence d'un « gain » imposable, mais sans le qualifier. C'est ce qu'on constate à la lecture des avis du Comité (séances des 15 et 16 mars 2012, V. *Instr. 4 mai 2012 : BOI 13 L-4-12, 21 mai 2012 : Dr. fisc. 2012, n° 22, instr. 14647*), qui comprennent ce motif, commun aux avis rendus à l'égard des huit dirigeants :

« Le Comité considère ainsi que les décisions prises par l'assemblée générale des associés de la société A. en mai 2007 avaient emporté des effets comparables à une dissolution anticipée de cette société et, partant, que l'ensemble de ces décisions procédaient d'un montage artificiel ayant eu pour seul objet et pour seule finalité de répartir l'actif de cette société en dissimulant sa dissolution et sa liquidation anticipée »

La conclusion diffère ensuite selon les deux cas de figure. Dans le cas des sept associés qui se sont retirés de CDA, le Comité conclut que l'apport des titres CDA à chacune des sociétés civiles « participait de

ce montage qui a permis en réalité [au contribuable] d'échapper à l'imposition du gain résultant de cette répartition de l'actif en plaçant artificiellement par interposition de cette société civile, les opérations qu'il a réalisées dans le champ de l'article 150-0 B du CGI ». Le début de la phrase laisse penser que ce gain constitue un *boni* de liquidation, tandis que la fin suggère qu'il s'agit d'une plus-value, abusivement mise en sursis d'imposition. En définitive, ce gain prendra, pour partie, une troisième qualification : celle de salaire.

Dans le cas de M. B, dont on rappelle qu'il est le seul à ne pas avoir réalisé d'apport-cession, et qui est resté seul associé de CDA, le Comité conclut que l'abus a permis « en réalité à M. F., qui a logé dans cette société, sous l'apparence du maintien de celle-ci, une activité uniquement dédiée à la gestion de son patrimoine, d'échapper à l'imposition du gain résultant de cette répartition de l'actif ».

On constate que le Comité évoquait plusieurs natures de gain, et ne se prononçait pas sur le régime d'imposition de ce gain ; il n'examinait notamment pas la requalification par l'Administration d'une partie de ce gain en salaires.

Le contribuable semble avoir fait porter sa critique sur la régularité de l'avis du Comité, qui ne conditionne que la charge de la preuve (on peut se demander s'il n'aurait pas dû critiquer, plus radicalement, la procédure suivie par le service). La question procédurale est la suivante : le Comité de l'abus de droit ne doit-il pas être consulté sur la nature du gain qu'il s'agit d'imposer, et notamment ici la qualification salariale donnée à une partie de ce gain ? L'avis du Comité n'a été donné que sur la question de savoir si les contribuables ont appréhendé un *boni* résultant d'une liquidation dissimulée, tandis que le service ne s'est pas « arrêté là », selon la formule du rapporteur public. La question était de savoir si le Comité n'aurait pas dû, pour que le désaccord lui soit entièrement soumis, aller au bout du chemin.

Les premiers juges ont abordé cette difficulté, alors même que le grief n'était pas soulevé sur le terrain de la procédure, en indiquant que la requalification du *boni* de liquidation en salaire constitue une question « distincte de celle de l'existence d'un revenu imposable » (1^{re} esp., pts 17 et 40). Le rapporteur public précisait que « le Comité n'est appelé à se prononcer que sur la seule question de la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit prévu à l'article L. 64 du LPF permettant d'écarter un acte, qui est bien distincte de la manière dont, ensuite, l'Administration a décidé d'imposer les sommes en cause si elle estime nécessaire de requalifier les gains ». Il citait en ce sens un arrêt qui n'est en réalité guère transposable, car la requalification résultait directement de la fictivité de l'apport (*CE, 9^e et 10^e ss-sect., 29 déc. 2000, n° 179647, M. Roesch : JurisData n° 2000-061425 ; Rec. CE 2000, p. 663 ; Dr. fisc. 2001, n° 15, comm. 337, concl. J. Courtial ; RJF 3/2001, n° 310*). En revanche, il avait raison de souligner que toute requalification ne passe pas par l'abus de droit.

Les deux questions sont-elles véritablement distinctes, et le Comité pouvait-il ne pas lire jusqu'au bout la proposition de rectification ? Il est quelque peu troublant que l'Administration soutienne devant le Comité qu'il y a lieu de considérer que le contribuable a perçu un *boni* provenant d'une liquidation dissimulée, alors que ce n'est pas l'analyse qui est retenue au soutien du redressement, puisqu'en définitive ce n'est pas un *boni* de liquidation qu'elle entend imposer mais un salaire : cette ultime requalification semble démentir la conclusion à laquelle l'Administration était arrivée.

Pour le rapporteur public, M. Segretain, le rôle du Comité se limite à faire tomber, le cas échéant, le mur en trompe-l'œil élevé par le contribuable, et derrière lequel se cache la matière imposable, sans nécessairement se prononcer sur ce qu'il y a derrière le mur ; il emploie la formule expressive de « déconstruction de l'abus de droit ». Pour notre part, nous pensons que le Comité doit aller au bout du redressement et qu'il est de son rôle de donner au gain sa véritable qualification. La loi indique que le litige est soumis à l'avis du Comité,

et non pas seulement le principe d'une requalification indéterminée. Dès lors, la procédure doit avoir pour objet de restituer à un gain sa véritable qualification, et il nous semble que le Comité devait se prononcer sur la qualification en salaire, puisque c'est celle que l'Administration retient en définitive comme la bonne.

7 – Quelle peut être, par ailleurs, la nature de la pénalité en cas de redressement hybride ? Un redressement qui procède comme ici à la fois de la déconstruction d'un abus de droit (la dissolution déguisée de CDA) suivie de la requalification salariale d'un *boni* de liquidation peut-il être assorti de la pénalité pour abus de droit du *b* de l'article 1729 du CGI ? Il ne s'agit pas ici de l'attribution du fardeau de la preuve puisque, nous l'avons rappelé *supra*, l'avis du Comité est sans effet sur la pénalité, depuis l'arrêt *SNERR*. C'est pourquoi, le tribunal administratif a mis, à juste titre, la preuve du bien-fondé des pénalités à la charge de l'Administration (*1^{re} esp.*, pt 39).

Il s'agit plus radicalement d'une question de base légale : si l'Administration applique comme en l'espèce une pénalité de 80%, doit-elle se fonder sur le *b* ou bien sur le *c* de l'article 1729 ? La question n'est pas que byzantine, car l'enjeu est de savoir si l'Administration doit apporter la preuve d'un abus de droit (et en outre du rôle d'initiateur ou de principal bénéficiaire joué par le contribuable lorsque le service applique le taux de 80%), ou bien de manœuvres frauduleuses. Sur ce point, le tribunal a jugé que c'est la pénalité pour abus de droit qui est applicable, y compris sur les sommes imposées dans la catégorie des traitements et salaires (*1^{re} esp.*, pt 40). La solution est troublante, car l'Administration tire parti à la fois de la procédure d'abus de droit, qui lui permet d'appliquer de plein droit une pénalité de 80 %, et de la latitude qui lui est reconnue de requalifier un revenu en un autre sans consulter le Comité, et même en contredisant l'analyse entérinée par le Comité, lequel avait vu dans cette opération un *boni* de liquidation.

4. Peut-on doser l'abus de droit ?

8 – Le gain réalisé par le contribuable a été regardé par le tribunal à hauteur de 65 % comme un salaire et à hauteur de 35 % comme une plus-value (le tribunal ayant décidé l'imposition en tant que plus-value des sommes perçues par les contribuables dont les titres ont été rachetés par CDA, alors que ces sommes avaient été imposées en tant que revenus de capitaux mobiliers par l'Administration).

Cette requalification proportionnelle se prévaut d'une logique financière, puisque qu'elle se réfère à la proportion dans laquelle les dirigeants avaient bénéficié d'une libéralité trouvant son origine dans le contrat de travail : l'Administration avait considéré que le prix auquel l'option avait été acquise par CDA auprès du groupe avait été minoré dans la proportion de 65 % et que cette minoration était, selon la formulation adroite du rapporteur public, le « point d'entrée dans le montage », déterminant la part de risque pris et la part d'avantage reçu.

Mais ne manque-t-elle pas de logique juridique ? Car la requalification d'un gain implique la requalification d'un acte : la cession de l'option constitue, selon ce raisonnement, pour partie une vente et pour partie un salaire. Le même acte constituerait à la fois une honorable cession, c'est son côté *Dr Jekyll*, et un abus de droit infâmant, qui est son côté *Mr Hyde*.

La question s'est déjà posée, mais il y a fort longtemps, de savoir si l'Administration peut procéder à une **déqualification partielle** d'un acte. Cela semble avoir été admis pour la première fois dans un arrêt ancien, par lequel il a d'ailleurs été jugé qu'une requalification partielle de la nature d'un revenu relève de la procédure de redressement ordinaire, et non de la procédure d'abus de droit (*CE, sect.*, 17 déc. 1956, n° 32931 : *Dr. fisc.* 1957, n° 5, p. 12 et n° 14, *doctr.*, *concl. M. Poussière ; Dupont* 1957, p. 198). Cette solution avait fortement

ému une partie de la doctrine, contestant l'idée qu'un acte puisse revêtir une certaine nature à concurrence d'un certain montant et une autre au-delà, comme le retrace de façon très intéressante le professeur de la *Mardière* dans la synthèse magistrale du concept d'abus de droit qu'il a récemment donnée (*Ch. de la Mardière, JCl. Procédures fiscales, Fasc. 375 : Abus de droit : textes, historique et notion*).

Le Haut juge fiscal se penchera sans doute à nouveau sur la question à l'occasion de cette affaire. Notre sentiment est qu'une requalification partielle froisse la logique juridique. Entendons-nous bien : il ne fait pas de doute qu'une vente à prix minoré peut constituer pour partie une libéralité, et que la minoration de prix doit alors être imposée en tant que donation si elle intervient entre particuliers, ou bien en tant que revenus distribués si elle intervient entre une société et l'un de ses associés par exemple. Mais si le risque est incontestable l'investissement est véritable, et on ne saurait quantifier le « profit normal » de cet investissement. Le tribunal a cru cependant pouvoir doser le risque : il admet que les dirigeants avaient pris un risque lors de l'acquisition de cette option, et il ne qualifie pas ce risque de dérisoire, mais il juge que cette prise de risque n'exclut pas une requalification salariale, qu'on limitera alors à une fraction du gain :

« le risque supporté par les requérants, ainsi fortement atténué, a été pris en compte par l'Administration qui n'a requalifié le gain réalisé lors de la cession qu'à hauteur de 65 %, soit en proportion de la libéralité consentie par la société Solfur lors de la cession de l'option d'achat en 2004 » (*1^{re} esp.*, pt 29).

Le rapporteur public avait de même estimé que l'existence d'un risque ne pouvait être contestée, mais que ce risque a été pris en compte par l'administration dès lors qu'elle avait admis de ne pas requalifier une fraction du gain. Le risque pris est, pourrait-on dire, suffisamment récompensé par cette non-requalification partielle. Il a précisé qu'il s'agissait d'« établir une proportion objectivable entre l'avantage imposé dans cette catégorie [traitements et salaires], et le risque, imposé en revenus de capitaux mobiliers (ou finalement selon le régime des plus-values de cession) ». Il en concluait que « ce ratio n'a en conséquence aucunement vocation à chiffrer une sous-évaluation des titres cédés ». En définitive, il est difficile de savoir si, pour le juge, ce ratio de 65/35 est un ratio de risque ou un ratio de sous-évaluation, ou bien encore si le ratio de sous-évaluation correspond à un ratio de risque, ce qui n'a guère de sens.

9 – Il est permis de douter que l'on puisse quantifier le risque pris, et même qu'il soit légitime de tenter cette quantification. On considère généralement, à la lumière de la jurisprudence intervenue en matière de « *management packages* », que l'existence d'un risque pris par le dirigeant constitue la pierre de touche permettant de distinguer le salarié, qui ne prend pas de risques, de l'investisseur qui en prend.

C'est d'ailleurs ce qui distingue fondamentalement les *management packages* des simples modalités d'intéressement des salariés, telles que les *stock-options* et leurs avatars. On sait que la loi dite « *Macron* » a entendu favoriser fiscalement les bons de souscription de parts de créateur d'entreprise (BSPCE) et les attributions gratuites d'actions (AGA) (*L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 135 : Dr. fisc.* 2015, n° 38, *comm.* 564, *note Y. Rutschmann, S. de Monès et J.-B. Frantz*), qui sont de purs outils d'intéressement, et qui ont pour caractéristique essentielle de ne comporter aucun risque pour leurs bénéficiaires. On peut d'ailleurs s'étonner que, ainsi que l'ont justement relevé certains commentateurs (*J. Proffit et P. Jamart, La loi Macron va-t-elle relancer les management packages ? : <http://www.fiscalonline.com/La-loi-Macron-va-t-elle-relancer,7924.html>*), le législateur favorise, en accordant aux BSPCE et aux AGA un traitement fiscal plus favorable que celui des salaires, l'absence totale de prise de risque des bénéficiaires de ces compléments de rémunération, loin de la philosophie des *management packages*, tandis que l'administration fiscale redresse systématiquement les managers qui ont pris des risques, en

appliquant aux plus-values réalisées le régime des salaires. En définitive, ce qui constitue en réalité **un intéressement est traité par la loi comme une plus-value**, tandis que **les véritables plus-values sont traitées par l'Administration comme des salaires**.

Dans son arrêt *Gaillochet* précité, le Conseil d'État, pour approuver la cour d'avoir elle-même approuvé le redressement de la plus-value en salaire, prend soin de relever au moins implicitement l'absence de véritable risque, en précisant que l'indemnité d'immobilisation « avait un caractère modique » : il est permis de penser que lorsque le risque est véritable, la requalification n'est plus possible. De deux choses l'une, selon nous : si le dirigeant a pris un risque, il réalise une plus-value, tandis que s'il n'a pris aucun risque véritable, il reçoit un avantage en nature imposable en tant que salaire.

Entrer dans une démarche de quantification du risque, c'est s'aventurer dans le dosage de l'abus de droit : ne va-t-on pas considérer dans cet esprit qu'il faut, pour apprécier l'existence d'un abus de droit, calculer la proportion qui existe entre l'objectif fiscal d'une opération et ses objectifs non fiscaux ? À ce jour, heureusement, l'existence d'un objectif autre que fiscal ferme la route à toute requalification ; de même, le risque devrait chasser le salaire.

Ainsi, Nicolas Labrune, dans sa chronique consacrée à l'affaire *Gaillochet*, faisait de l'existence d'un risque capitalistique l'un des critères déterminants de la distinction entre plus-value et salaires. Il nuancait subtilement ce critère en précisant, à juste titre, qu'un investissement risqué mais faible, ou bien symétriquement un investissement important mais sûr, ne suffisent pas à caractériser un risque économique. Dans cet esprit, il eut été plus satisfaisant que le tribunal recherche si l'investissement des dirigeants du groupe C. avait été ou non risqué, et s'il avait été important ou non au regard de leur rémunération ou de leur patrimoine.

10 – La notion fiscale de salaire a fait l'objet récemment d'une utile mise au point par le professeur Gutmann (*D. Gutmann, Brèves remarques sur l'ambiguïté fiscale du salariat : Dr. fisc. 2016, n° 9, 187*), qui démontre que le salaire s'entend d'un revenu non aléatoire. Il ajoute, par une clarification bienvenue, que le caractère non aléatoire d'un revenu ne se confond pas avec le caractère non risqué de son obtention : même le salarié auquel l'employeur garantit un salaire subit un risque économique, celui que son employeur le licencie. Ce qui caractérise l'investisseur par rapport aux salariés, ce n'est pas seulement le fait qu'il ait déboursé une certaine somme pour acquérir des titres, mais plutôt le fait que cette exposition patrimoniale n'ait pas une contrepartie connaissable à l'avance. Sous cette précision importante, l'analyse de Daniel Gutmann rejoint celle de Nicolas Labrune : le juste critère n'est pas celui de l'existence d'un contrat de travail dont on présume qu'il est la « source » du gain, mais l'existence d'un investissement aléatoire.

La question du risque nous paraît tout à fait distincte de la question du prix de l'option ou des titres acquis. Une éventuelle minoration de la valeur d'une option ou du prix de cession de valeurs mobilières peut certes être imposée en tant que revenus réputés distribués au moment de l'acquisition de cette option, mais si cette option a servi à réaliser un investissement aléatoire, l'investisseur reste un investisseur et non pas un salarié.

5. L'associé unique d'une société dispose-t-il potentiellement de l'actif d'une société ?

11 – Ici se pose la question la plus importante, et de vaste portée, que suscitent les jugements commentés. Ces redressements supposaient tous de considérer que les contribuables avaient obtenu la disposition des titres et valeurs détenus par les sociétés dont chacun

d'eux était l'unique associé. Telle était la condition pour que soit constitué l'abus de droit, et que, en même temps, le produit de cet abus soit imposable en tant que salaire, puisque c'est la disposition qui génère l'imposition d'un salaire.

La question se posait de façon très différente entre M. B, resté seul associé de la société CDA après le retrait des autres, et les sept autres associés, qui avaient apporté leurs titres à une société contrôlée par chacun d'eux, avant que CDA ne réduise son capital en remettant à chacune de ces sociétés une quote-part de ce qui constituait l'actif de CDA, à savoir des titres de C. Participations et des SICAV.

S'agissant des dirigeants qui avaient apporté leurs titres CDA à une société patrimoniale personnelle, le jugement fait application de la jurisprudence élaborée par le Conseil d'État à l'égard des apports-cessions, antérieurement au régime légal institué par la loi de finances rectificative pour 2012 et codifié à l'article 150-0 B ter. On sait depuis la jurisprudence *Bazire* (jurisprudence issue plus exactement de trois décisions du 8 octobre 2010 : *CE, 8^e et 3^e ss-sect., 8 oct. 2010, n° 301934, M. Bazire : Dr. fisc. 2010, n° 45, comm. 553, concl. L. Olléon, note R. Poirier ; RJF 12/2010, n° 1204. – CE, 8^e et 3^e ss-sect., 8 oct. 2010, n° 313139, min. c/ M. et M^{me} Bauchart : JurisData n° 2010-018687 ; Dr. fisc. 2010, n° 45, comm. 553, concl. L. Olléon, note R. Poirier ; Dr. sociétés 2011, comm. 20, note J.-L. Pierre ; RFN 2010, comm. 100, note J.-J. Lubin ; RFN 2011, comm. 16, note H. Hovasse ; RJF 12/2010, n° 1205 ; RJF 1/2011, chron. V. Daumas, p. 5 ; BGFE 2011, n° 1, p. 12 et s., obs. J. Turot ; FR 44/2010, inf. 18, p. 21, obs. O. Fouquet. – CE, 8^e et 3^e ss-sect., 8 oct. 2010, n° 321361, min. c/ Cts Four : JurisData n° 2010-018692 ; Dr. fisc. 2010, n° 45, comm. 553, concl. L. Olléon, note R. Poirier ; RJF 12/2010, n° 1206 ; RJF 1/2011, chron. V. Daumas, p. 5 ; BDCF 12/2010, n° 132, concl. L. Olléon ; RFN 2011, comm. 16, note H. Hovasse ; LPA 24 juin 2011, p. 11, note E. Tauzin) que, en cas d'apport-cession, l'apporteur est **réputé disposer des liquidités** obtenues lors de la cession de ces titres tout en restant détenteur des titres de la société reçus en échange lors de l'apport, **s'il a le contrôle** de cette société, à moins que cette société n'ait réinvesti le produit de ces cessions dans une activité économique. Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt *Conseil* (*CE, 8^e et 3^e ss-sect., 3 févr. 2011, n° 329839, min. c/ M. et M^{me} Conseil ; Dr. fisc. 2011, 27, comm. 417, note J.-L. Pierre, concl. L. Olléon ; JCP E 2011, 1363, note H. Hovasse ; RJF 4/2011, n° 471*), puis par un arrêt *Moreau* (*CE, 10^e et 9^e ss-sect., 24 août 2011, n° 314579, M. Moreau, M^{me} Girault : JurisData n° 2011-018001 ; Dr. fisc. 2011, n° 42-43, comm. 566, concl. J. Boucher, note R. Poirier ; RJF 11/2011, n° 1186*), explicitant qu'il suffit, pour qu'un apport-cession soit regardé comme ayant permis l'appréhension des liquidités produites par la cession, que leur appréhension soit simplement possible, même si elle n'est pas effective.*

Certains commentateurs s'en sont émus, craignant qu'il suffise, dans l'esprit du Conseil d'État, que les apporteurs contrôlent la société holding bénéficiaire de l'apport, pour que s'efface la personnalité morale de la société et que l'associé soit réputé disposer de l'actif social. L'analyse du juge n'a jamais été aussi simpliste, puisqu'il recherche ensuite, et c'est sur ce point que tout se joue, si le produit de la cession a été réinvesti. Le critère d'une « **appréhension possible** » se confond en définitive, comme l'ont remarqué bien des commentateurs, avec celui du réinvestissement : le Conseil d'État a eu besoin de s'appuyer sur cette notion troublante d'appréhension potentielle parce qu'à l'époque, le législateur ne lui avait pas encore fourni de critère pour distinguer les apports véritables des apports abusifs. Ce critère, à savoir le réinvestissement, désormais inscrit dans le marbre de la loi par le nouveau dispositif applicable aux apports réalisés à compter du 14 novembre 2012 (*L. fin. rect. 2012, n° 2012-1510, 29 déc. 2012, art. 18 : Dr. fisc. 2013, n° 5, comm. 90, obs. P. Fumenier et M.-P. Hôo*), est en réalité depuis toujours celui de la jurisprudence.

Autrement dit, le fait que l'associé ait le contrôle de la société, et qu'il ait donc potentiellement la possibilité d'appréhender son actif, n'a jamais été retenu comme établissant à lui seul que cet associé en a la disposition, puisque ce n'est que dans le contexte d'un apport à soi-même que cette présomption peut jouer, et qu'au surplus cette présomption cède en cas de réinvestissement du produit de la cession des titres apportés. C'est ce qu'exprimait le président Olivier Fouquet (*O. Fouquet, Apport-cession et apport d'entreprise individuelle en société : FR Lefebvre 44/2010, n° 18*), faisant de l'absence de réinvestissement économique le seul véritable critère de l'abus de droit, « même si le produit de la cession de l'actif apporté demeure dans la société et n'est pas appréhendé par l'apporteur » : point n'était besoin de passer par la fiction d'une appréhension virtuelle. Sous le nouveau régime législatif, la notion d'appréhension potentielle a évidemment encore moins lieu d'être, car le juge va droit au critère légal, qui est celui du réinvestissement.

12 – Au regard de cette jurisprudence dont on vient d'essayer de décaler l'esprit, la solution du jugement ici commenté est fausement classique, puisque d'une part le critère de la disposition (au sens de la possibilité d'appréhender l'actif d'une société que l'on contrôle) n'a jamais été regardé comme décisif à lui seul par la jurisprudence, et que d'autre part le critère du réinvestissement n'est pertinent que si le contribuable a procédé à un désinvestissement.

Sans désinvestissement, il paraît difficile d'appliquer la jurisprudence consacrée aux apports-cessions. Constitue selon nous un apport-cession, potentiellement abusif, l'opération qui consiste à « loger » dans une société contrôlée, à l'abri au moins provisoire de l'impôt, une plus-value déjà acquise, qu'on est sur le point de réaliser par la vente des titres riches de cette plus-value : c'est la phase de désinvestissement. Sans désinvestissement, le critère du réinvestissement n'est pas pertinent.

Les requérants autres que M. B faisaient valoir que, avant comme après l'apport de leurs actions CDA à leur société patrimoniale personnelle suivi du rachat de ces actions par CDA, ils détenaient des titres de C. Participations, et que l'opération n'a pas consisté selon eux à vendre des titres mais à allouer à chacun des associés sa quote-part des actions C. Participations constituant l'actif de CDA. Rien n'avait changé, sinon le mode de détention desdits titres. Les jugements ne font pas état d'une cession rapide des actions C. Participations, mais regardent le rachat de ses titres par CDA comme la cession constitutive d'un apport-cession. Il semble qu'il s'agissait plutôt d'une scission de CDA que d'une cession, car l'actif sous-jacent restait le même, à savoir les titres de C. Participations. Néanmoins, le tribunal lui applique le critère de la disposition (1^{re} esp., pt 12) puis de l'absence de réinvestissement (1^{re} esp., pt 13).

On remarquera que cette idée d'appréhension potentielle constitue en définitive le motif déterminant de l'ensemble des jugements rendus dans cette affaire, puisque c'est le motif qui est commun à M. B et aux autres requérants, et le motif unique dans le cas de M. B :

– dans le cas de chacun des sept associés qui se sont retirés de CDA, le tribunal relève qu'il contrôle désormais sa société holding, et peut dès lors décider la cession des titres C. Participations, alors qu'il n'était qu'associé minoritaire de la CDA : à l'issue de ces retraits, « les requérants contrôlent la société [à laquelle ils ont apporté les actions CDA avant leur rachat par CDA] et, y disposant seuls du pouvoir décisionnaire, peuvent dès lors décider la cession des titres C. Participations détenus par l'intermédiaire de celle-ci » (1^{re} esp., pt 12) ;

– dans le cas de M. B, resté seul actionnaire de CDA après le retrait de autres associés, le tribunal n'applique pas les critères de l'apport-

cession, mais l'idée que l'associé qui contrôle une société et qui détient ainsi le pouvoir de la dissoudre est réputé disposer de ses actifs, et qu'en s'abstenant de la dissoudre il dissimule la réalisation d'un boni de liquidation qu'il ne tient qu'à lui de réaliser (2^e esp., pt 9), et même, selon l'Administration, « à laquelle il aurait dû procéder » (2^e esp., pt 8).

13 – C'est cette application de la notion de disposition qui mérite réflexion, au-delà de la solution d'une affaire trop complexe pour que le commentateur s'essaie à juger à la place du juge. L'idée que le contrôle d'une société équivaut à la faculté d'appréhender les actifs sociaux, autrement dit à leur appréhension potentielle, avait certes été professée par le juge, comme rappelé *supra*, dans le contexte particulier d'une société qui cède rapidement les titres reçus en apport et qui ne réinvestit pas les liquidités ainsi dégagées ; mais ici, cette conception de l'appréhension, devenue autonome, s'évade du contexte, dans lequel elle a été conçue, d'un apport de titres suivi d'un désinvestissement.

Point n'est besoin de recourir à cette hérésie juridique en dehors du contexte des apports-cessions, et d'une époque où le législateur n'avait pas encore donné au juge le glaive dont il avait besoin. Si le raisonnement trouble déjà s'agissant des sept dirigeants qui ont réalisé un apport sans désinvestissement, il surprend tout à fait dans le cas du contribuable qui n'a réalisé aucun apport ; c'est pourtant le même raisonnement qui lui est appliqué au motif que le retrait des autres associés lui laisse l'entier contrôle de CDA. Ce qui peut signifier qu'un associé qui rachète les titres de son ou ses co-associés peut se voir reprocher un abus de droit consistant en une dissolution déguisée suivie de l'appréhension d'un boni de liquidation. On ne sait d'ailleurs pas exactement si M. B s'est rendu coupable d'une dissolution dissimulée ou bien d'un abus de droit consistant à ne pas avoir procédé à la « liquidation de la société à laquelle il aurait dû procéder » selon le résumé du redressement que fait le tribunal (2^e esp., pt 8). Peut-il être abusif de ne pas dissoudre une société ?

Bien sûr, une personne morale n'est qu'une fiction, surtout si elle n'a qu'un seul associé. Mais, comme l'écrivait fort bien un éminent privatiste, qui admoneste la jurisprudence fiscale quand elle s'écarte trop dangereusement du droit privé : « Certes, les sociétés sont des instruments juridiques aux mains des personnes physiques. Ripert ne disait pas autre chose lorsqu'il les comparait à des robots. Pour autant, on ne saurait, au nom de ce lien de gouvernance, décréter que "contrôleurs" et "contrôlé" ne font qu'un, et qu'au fond, ce qui est à l'un est à l'autre. » (*R. Mortier, L'apport-cession à la loupe : Dr. fisc. 2011, n° 42-43, 564*).

Ce sont ces questions qui devraient être posées devant le juge d'appel, sans doute plus explicitement qu'elles ne l'ont été devant le juge de première instance.

Si cette affaire a donné lieu à une libéralité du groupe envers ses dirigeants, ce que le commentateur n'est pas en mesure d'apprécier, il faut que cette libéralité soit imposée ; mais ne jetons pas le bébé avec l'eau du bain. Ici, le bébé est l'autonomie de la personne morale, même unipersonnelle : il mérite de vivre. Et, pour ceux qui préfèrent les robots aux bébés, sauvons les robots, les indispensables robots de Ripert.

Jérôme TUROT,
avocat, cabinet Turot

MOTS-CLÉS : Abus de droit - Opérations d'apport-cession - Double requalification de l'opération puis des revenus - Disposition potentielle de l'actif d'une société par l'associé unique -

JURISCLASSEUR : Procédures fiscales, Fasc. 375, Ch. de la Mardière