

**N° 390700**  
**M. et Mme B...**

**N° 390706, 390707**  
**M. et Mme P...**

**9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> chambres réunies**  
**Séance du 21 septembre 2016**  
**Lecture du 5 octobre 2016**

## **CONCLUSIONS**

**Mme Marie-Astrid NICOLAZO de BARMON, rapporteur public**

Dans quels cas de figure l'administration fiscale, après avoir établi l'existence d'un écart injustifié entre la valeur vénale d'un bien et le prix auquel il a été cédé, peut-elle se prévaloir d'une présomption d'intention libérale pour apporter la preuve qui lui incombe d'une distribution occulte imposable sur le fondement du c de l'article 111 du code général des impôts ? L'affaire qui vient d'être appelée vous donne l'occasion d'apporter quelques précisions sur le champ de cette présomption de libéralité.

Lorsqu'a sonné pour lui l'heure de la retraite, M. A... B... a décidé de transmettre la société Thermie Sologne, dont il était le dirigeant et principal actionnaire, à son fils M..., alors âgé de 25 ans, et à deux cadres expérimentés de cette entreprise, MM. U... et E.... A cette fin, a été constituée la société A2B, dont le capital a été réparti à parts égales entre ces trois repreneurs.

Le 26 mars 2007, M. B... a donné, à titre de partage anticipé, 25 actions de la société Thermie Sologne à chacun de ses enfants, M... B... et S... P..., au prix unitaire de 7 500 euros. Le même jour, M. A... B... vendait à la société A2B les 930 actions de la société Thermie Sologne qui lui restaient, au même prix unitaire. Toujours pour le même montant par action, sa fille S... a cédé à la SARL A2B la totalité des 35 titres de la société Thermie Sologne qu'elle possédait à l'issue de la donation, en deux opérations : 10 titres le jour des transactions précédentes, et les 25 autres le 25 septembre 2008.

L'administration fiscale a estimé que le prix de 7 500 euros par action retenu pour ces transactions était significativement surévalué par rapport à la valeur vénale réelle des titres, qu'elle a fixée à 4 184 euros. L'administration a vu dans cet écart une libéralité constitutive d'une distribution occulte de revenus au profit de M. A... B... et de Mme P..., qu'elle a imposée entre leurs mains dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, en application du c de l'article 111 du code général des impôts. La somme en litige pour les époux B... n'est pas négligeable : elle excède 900 000 euros, qui viennent s'ajouter à la taxation forfaitaire au taux de 16 % spontanément acquittée sur la plus-value de cession qu'ils avaient déclarée pour plus de 5 700 000 euros après abattement.

Après avoir vainement réclamé, les époux B... et les époux P... ont porté l'affaire devant le tribunal administratif d'Orléans puis la cour administrative d'appel de Nantes mais ni l'un ni l'autre ne leur ont accordé la décharge des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales auxquelles ils ont été assujettis. Ils se pourvoient régulièrement en cassation contre les trois arrêts rendus en leur défaveur par la cour le 2 avril 2015<sup>1</sup>.

Ces arrêts reprennent le considérant de principe de votre décision de Section *Ministre c. T...*, n° 199295 du 28 février 2001, par lequel vous avez jugé qu'en cas d'acquisition par une société à un prix que les parties ont délibérément majoré par rapport à la valeur vénale de l'objet de la transaction, ou, s'il s'agit d'une vente, délibérément minoré, sans que cet écart de prix comporte une contrepartie, l'avantage ainsi octroyé doit être requalifié comme une libéralité représentant un avantage occulte constitutif d'une distribution de bénéfices au sens des dispositions du c de l'article 111 du CGI. La cour rappelle que l'administration apporte la preuve d'une telle distribution occulte lorsqu'elle justifie la réunion des deux éléments constitutifs de la libéralité : d'une part, l'élément matériel consistant en un écart significatif entre le prix convenu et la valeur vénale du bien cédé, d'autre part, l'élément subjectif résultant de l'intention, pour la société d'octroyer une libéralité, et pour le cocontractant, de la recevoir (Sect., *Min. c. T...*, 28 février 2001, n° 199295, RJF 5/01 n° 620, aux ccl. du président Bachelier, BDCF 5/01 n° 67).

Les requérants critiquent l'application que la cour a faite de ces principes tant en ce qui concerne l'élément matériel que l'élément intentionnel de la libéralité. Plusieurs moyens pourraient être accueillis parmi ceux dirigés contre les motifs des arrêts validant l'existence d'un écart significatif entre le prix convenu et la valeur vénale des titres telle qu'appréciée par l'administration. Mais l'intérêt de cette affaire réside dans le raisonnement suivi ensuite par la cour pour juger que l'administration établissait l'élément intentionnel de la libéralité.

Dans l'affaire concernant M. A... B..., la cour a estimé qu'au vu des liens existant entre ce dernier, dirigeant de la SAS Thermie Sologne, et les trois associés de la société A2B, l'un étant son fils et les deux autres des salariés de la société cédée, l'administration devait être regardée comme apportant la preuve d'une intention libérale chez le cédant et le cessionnaire. Dans les litiges concernant Mme S... P..., les juges d'appel se sont aussi fondés sur la conjugaison d'une part des liens familiaux unissant la requérante au dirigeant de la société Thermie Sologne et à l'un des associés de la société A2B, et d'autre part de la qualité de salariés de la société Thermie Sologne des deux autres associés de la société cessionnaire.

Les requérants soutiennent que la cour a commis une erreur de droit en déduisant une présomption d'intention libérale des liens de parenté entre les cédants (M. B... et Mme P...) et l'un des associés de la société cessionnaire (leur fils et frère M...), alors que ce dernier n'était qu'un associé minoritaire et ne disposait d'aucun pouvoir de décision au sein de la SARL A2B. La cour aurait entaché ses arrêts d'une autre erreur de droit en admettant que leur simple qualité d'anciens salariés de la société Thermie Sologne laisse présumer l'intention de MM. E... et U... d'octroyer une libéralité à leur ancien dirigeant.

Commençons par examiner le cas des salariés repreneurs.

---

<sup>1</sup> Le TA puis la cour se sont prononcés par des décisions séparées sur les deux demandes de décharge de M. et Mme P..., portant l'une sur les cotisations supplémentaires réclamées au titre des années 2007 et 2008, l'autre sur les suppléments de cotisations sociales auxquels ils ont été assujettis au titre de l'année 2008.

Vous jugez que l'intention libérale est présumée lorsque les parties sont en relation d'intérêt ; en présence d'une telle relation entre cédant et cessionnaire, il suffit que le prix du bien objet de la transaction s'écarte de sa valeur réelle pour que la preuve d'une distribution occulte soit rapportée. Vous avez ainsi reconnu l'existence d'une relation d'intérêt entre une société mère et sa filiale (6 juin 1984, n° 35415 et 36733, *Cie financière de Suez*, RJF 1984 n° 940), ou entre une société et son principal actionnaire (21 novembre 1980, n° 17055, RJF 1981 n° 10).

Dans deux affaires plus récentes, vous êtes allés un peu plus loin en admettant une relation d'intérêt en l'absence de liens capitalistiques directs. Votre décision *Min. c. L...* du 16 octobre 2013, n° 329420, accorde à l'administration le bénéfice d'une présomption d'intention libérale eu égard aux relations d'intérêt particulières nouées entre une société holding et un cadre dirigeant de sa filiale, mais c'est la circonstance qu'il ne pouvait ignorer la valeur réelle des titres du fait de sa participation à une opération récente de fusion au sein du groupe qui semble avoir été déterminante en l'espèce (16 octobre 2013, n° 329420, RJF). Enfin, vous avez déduit l'intention libérale des relations d'affaires liant le contribuable aux gérants d'une SARL dans des opérations immobilières et par le biais de participations communes dans trois sociétés tierces (26 mai 2014, *Benharrouche*, n° 348574, RJF 8-9/14 n° 829).

Toutefois, dans les présentes affaires, les cédants et les cessionnaires ne sont unis par aucun lien capitalistique, ni aucune opération économique commune. Il nous semble exclu de suivre la cour en jugeant qu'avoir été salarié d'une société crée une présomption de vouloir accorder un avantage à son ancien patron. Il n'y a pas *a priori* entre eux de communauté d'intérêts comparable à celle que crée le partage du capital d'une société, qui pourrait inciter à fausser le prix de la transaction. Les repreneurs n'ont même plus de lien de subordination avec le dirigeant retraité. La logique voudrait d'ailleurs que la libéralité soit consentie dans l'autre sens : l'on peut éventuellement concevoir qu'un entrepreneur souhaite faciliter la reprise de l'activité par ses cadres en sous évaluant le prix de cession de sa société, mais l'on voit mal comment les salariés pourraient être présumés vouloir faire un cadeau à leur ancien dirigeant en payant les parts sociales à un prix exagéré, surtout lorsque, comme en l'espèce, ils se sont endettés pour racheter leur société.

La seule qualité d'anciens salariés du dirigeant cédant son entreprise ne saurait faire naître au profit de l'administration fiscale une présomption de libéralité et la cour en a indûment élargi le champ à ce cas de figure. Vous censurerez l'erreur de droit qu'elle a commise en jugeant qu'en leur qualité de salariés de la société Thermie Sologne, MM. E... et U... étaient présumés avoir consenti une libéralité à M. B....

Reste à déterminer si les liens familiaux entre cédants et cessionnaire, également mis en avant dans les arrêts attaqués, suffisaient à établir l'intention libérale et à justifier la position de la cour.

Votre décision *R...* du 23 juillet 2010 a effectivement jugé que les liens familiaux entre les parties à la transaction créent une présomption de libéralité (n° 30819 à 308021, aux T. sur d'autres points, RJF 11/10 n° 1024, aux conclusions de Nathalie Escaut, BDCF 2010 n° 117). Cette présomption, dont on trouve déjà trace dans des décisions du 21 octobre 1987 (n° 57500, RJF 1987 n° 1199) et du 10 juillet 1989 (*B... N... et Cie*, n° 64977, RJF 1989 n° 1080), repose sur de solides considérations : il est vraisemblable que les liens familiaux

incitent les parties à une transaction à s'écarter de la valeur vénale des biens cédés. Elle est aussi cohérente avec la présomption de prêt familial que les liens de parenté font naître, cette fois-ci au profit du contribuable, pour les sommes perçues d'un membre de sa famille, sauf lorsqu'ils sont en relation d'affaires (17 octobre 1990, *J...*, n° 97253, RJF 12/90 n° 1430 ; 17 décembre 2003, n° 241920, *D...*, RJF 3/04 n° 297, ccl. du président Bachelier au BDCF 3/2004 n° 41).

Mais là encore, notre affaire se démarque des précédents où vous avez tenu compte de l'existence de liens familiaux sur un point qui nous paraît essentiel : le fait que le fils et frère des cédants n'était qu'associé minoritaire dans la société cessionnaire. La famille de M. N... contrôlait 93 % du capital de la société qui lui avait versé l'indemnité litigieuse. Dans l'affaire où vous avez dégagé la présomption de libéralité en cas de vente à un prix majoré, une branche de la famille R... avait cédé ses titres dans l'entreprise familiale à la branche cousine, la cession ne faisant intervenir que des membres de la famille. Or, dans le cas qui nous occupe, M. M... B... ne possédait qu'un tiers du capital de la société A2B et n'y détenait aucun pouvoir de décision.

Dans ces conditions, le fait qu'il soit apparenté aux cédants n'apparaît pas décisif au point d'emporter présomption d'intention libérale de la part de la société A2B. Il nous semble que la présomption R... ne joue pas lorsque les membres de la famille ne sont qu'associés minoritaires du cédant ou du cessionnaire. En fondant la présomption de libéralité sur le lien familial unissant M. M... B... et les cédants, alors qu'étant associé minoritaire de la société A2B, il n'était pas maître des décisions de cette société, la cour a commis une autre erreur de droit.

Après avoir annulé les arrêts attaqués, vous pourrez régler les affaires au fond. L'issue du litige est commandée par le motif de cassation : les deux critères de la libéralité étant cumulatifs, il suffit que la preuve de l'intention délibérée de consentir et d'octroyer une libéralité ne soit pas rapportée pour entraîner la décharge. Devant les juges du fond, l'administration n'avait pas d'autres éléments de nature à établir l'élément subjectif de la libéralité. Vous accueillerez donc l'appel formé par les requérants contre les jugements du tribunal administratif d'Orléans et déchargerez les époux B... et les époux P... des suppléments d'impôt en litige.

Vous pourrez, dans les circonstances de l'espèce, mettre à la charge de l'Etat au profit de chacun des requérants une somme de 7 000 euros au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens tant en appel qu'en cassation.

Par ces motifs, nous concluons à l'annulation des trois arrêts de la cour administrative d'appel de Nantes du 2 avril 2015 et des jugements du tribunal administratif d'Orléans du 4 juillet 2013, à la décharge des suppléments d'impôt sur le revenu et de contributions sociales mis à la charge des époux B... et des époux P... au titre des années 2007 et 2008, et à ce que l'Etat verse à M. et Mme B... ainsi qu'à M. et Mme P... une somme de 7 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.