N° 366200-366226

M. T...

8^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies

Séance du 24 mars 2014

Lecture le 09 avril 2014

CONCLUSIONS

M. Benoît BOHNERT, rapporteur public

Par acte du 20 août 2004, M. Christophe T..., qui exerçait les professions d'agent d'assurance et de courtier dans le cadre de la société en participation B...-R...-T..., a cédé à la société BRT Invest, constituée des mêmes associés, son activité de courtage. Il a placé la plus-value dégagée lors de cette cession sous le régime de l'exonération prévue à l'article 238 quaterdecies du code général des impôts.

A la suite d'une vérification de comptabilité de la société en participation, l'administration fiscale a remis en cause le bénéfice de cette exonération au motif que l'activité de courtage cédée ne constituait pas une branche complète d'activité. Après avoir vainement contesté les redressements mis à sa charge en matière d'impôt sur le revenu et de contributions sociales, M. T... a porté le litige devant le TA de Pau qui a rejeté sa demande par jugement du 13 octobre 2011. Saisie d'appel de cette affaire, la CAA de Bordeaux a confirmé la solution du litige adoptée par les premiers juges et rejeté sa requête par un arrêt du 20 décembre 2012 contre lequel le contribuable se pourvoit régulièrement en cassation devant vous.

Précisons que à titre liminaire que le pourvoi enregistré sous le n° 366200 a le même objet que celui formé sous le n° 366226 par le requérant, de sorte que vous pourrez le rayer des registres du secrétariat du contentieux.

Avant d'en venir à l'examen des moyens invoqués, il nous semble utile de rappeler en quelques mots l'économie du dispositif d'exonération en cause dans cette affaire. Afin de favoriser le maintien des activités de proximité dans le centre des villes et les zones rurales, l'article 13 de la loi du 9 août 2004 relative au soutien à la consommation et à l'investissement a institué à l'article 238 quaterdecies du code général des impôts une exonération pour les plus-values réalisées à l'occasion de la cession, à titre onéreux, d'une branche complète d'activité, lorsque cette dernière présente un caractère commercial, industriel, artisanal ou libéral, sous réserve de deux conditions : la valeur des éléments de la branche d'activité cédée ne devait pas excéder 300 000 euros, et le cédant devait entrer dans l'une des quatre catégories de personnes expressément visées par la loi. L'objectif poursuivi par le législateur était de dissuader les professionnels disposant des emplacements les mieux situés dans les villes et les bourgs de campagne de procéder à la vente séparée leur droit au bail, c'est-à-dire indépendamment des autres éléments de leur fonds de commerce ou de leur clientèle, au bénéfice d'une société financièrement puissante et intéressée par ce type

d'emplacement. L'avantage fiscal consenti devait au contraire inciter ces professionnels à céder à un même repreneur la totalité des actifs, y compris leur fonds de commerce ou leur clientèle, en contrepartie d'un prix certes vraisemblablement inférieur, la perte correspondante étant compensée par les effets de l'exonération de plus-value consentie.

Si l'objectif ainsi poursuivi était clair, la rédaction imprécise du texte a très vite donné lieu à des comportements d'optimisation, certains professionnels ayant compris l'intérêt qu'ils pouvaient retirer de ces dispositions dans le cadre d'opérations dites "de ventes à soi-même par société interposée", permettant d'opérer en franchise d'impôt la transformation d'une activité individuelle en société. Votre décision *B...-F...* du 23 juillet 2012 (n° 342017, 3^e et 8^e s.-s. : RJF 11/12 n° 1043), diversement commentée, met en lumière les avantages qu'il était possible de retirer de ce type de montage¹. Le législateur a rapidement mis un terme à ces abus : par l'article 52 de la loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004, il a exclu le bénéfice de l'article 238 quaterdecies, d'une part, en cas de détention directe ou indirecte par le cédant et ses proches de plus de 50 % des droits dans la société cessionnaire, et d'autre part, dans l'hypothèse où le cédant exerce en droit ou en fait, la direction effective de cette société. Vous l'avez compris, ces dispositions n'étaient toutefois pas applicable au cas d'espèce, eu égard à la date de cession des actifs.

► Vous êtes saisis de deux moyens de cassation dans cette affaire. M. T... soutient en premier lieu que la cour se serait prononcée par des motifs inopérants pour juger que la cession du portefeuille de son activité de courtage ne caractérisait pas la cession d'une branche complète d'activité au sens des dispositions de l'article 238 quaterdecies du code général des impôts, en se référant à l'absence de transfert d'un personnel ou de matériels, sans rechercher si un tel transfert était ou non nécessaire à la poursuite de l'exploitation, et en se fondant sur le fait que les résultats dégagés par l'exploitation du portefeuille de courtage n'avaient pas été distingués dans la comptabilité de ceux provenant de l'activité d'agent d'assurances. En second lieu, le requérant soutient que la cour aurait insuffisamment motivé son arrêt et inexactement qualifié les faits en jugeant que la cession de cette activité de courtage ne pouvait être regardée comme portant sur une branche complète d'activité, alors la clientèle cédée était l'élément essentiel permettant à l'exploitation de fonctionner de manière autonome.

La CAA a retenu que « *seule constitue une branche d'activité une entité susceptible de faire l'objet d'une exploitation autonome et qui, dans cette finalité, doit comprendre l'ensemble des éléments d'actif et de passif nécessaires à cette exploitation.* ». Elle a ensuite relevé que le requérant n'avait cédé que le portefeuille de son activité de courtage, à l'exception de tout autre moyen d'exploitation, matériel et humain. Le requérant ne conteste nullement le constat de la cour, mais fait valoir, d'une part, que les activités d'assurance et de courtage sont indépendantes de par la nature très différente des prestations auxquelles elles donnent lieu de sorte qu'elles peuvent être dissociées sans difficulté et, d'autre part, que la seconde activité de courtage nécessiterait très peu de moyens matériels, de sorte que sa cession ne porte que sur le portefeuille de clients ayant confié un mandat au courtier, cet actif incorporel étant selon M. T... à lui seul susceptible de faire l'objet d'une exploitation autonome chez le cessionnaire.

1. Comme vous le savez, le code général des impôts ne donne pas de définition de

¹ Voir l'étude de F. Deboissy, « « Vente à soi-même » d'une clientèle libérale pour bénéficier du dispositif « Sarkozy » d'exonération des plus-values : habileté fiscale ou fraude à la loi ? », Dr. fisc. 14/09 c. 261

la notion de branche complète d'activité, alors même que de nombreux mécanismes y font référence. Outre les articles 238 quaterdecies et quindecies, on peut citer le régime spécial des fusions en matière d'impôt sur les sociétés prévu à l'article 210 A, l'article 151 octies relatif à l'apport fait à une société par une personne physique de son entreprise ou d'une branche de celle-ci, ou encore le régime des droits d'enregistrements en cas d'apports partiels d'actifs prévu aux articles 816 et 817 du même code. Aucun de ces différents textes n'explicite la portée de ce concept. La seule définition disponible se trouve à l'article 2 i) de la directive 90/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 relative au régime fiscal applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents : Cette notion y a été définie comme « *l'ensemble des éléments d'actif et de passif liés directement ou indirectement à l'exploitation autonome de l'activité de la branche, à l'exclusion des immeubles ainsi que des placements financiers sans lien avec l'exploitation elle-même* ».

L'administration fiscale a repris cette définition dans ses instructions administratives en date du 26 mars 2001 (4 I-1-01), du 3 août 2000 (4 I-2-00), relatives aux apports partiels d'actif et de scission et du 25 février 2005 (4 B-1-05), concernant l'article 238 quindecies du CGI. Elle estime que la qualification d'une branche complète d'activité relève de l'appréciation des faits et considère que, pour constituer une exploitation autonome, la branche apportée doit disposer d'une autonomie tant interne (organisation distincte des autres divisions de la société apporteuse) qu'externe (ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens dans des conditions pouvant être qualifiées de normales dans le secteur économique considéré). Enfin, l'activité de la branche doit être réellement exercée à la date de réalisation de l'opération.

2. La jurisprudence a cependant tracé les contours de cette notion. La CJCE a tranché la question à l'occasion de litiges portant sur l'application de la directive « fusions » de 1990, en jugeant que la notion de branche d'activité impliquait le transfert de l'ensemble des éléments d'actif comme du passif. Dans sa décision du 13 octobre 1992 (Aff. 50/91, 1^{ère} ch, Commerz-Crédit-Bank AG – Europartner : RJF 1/93 n° 170), la CJCE a défini la branche complète d'activité, comme « *visant toute partie d'entreprise, dès lors qu'elle constitue un ensemble organisé de biens et de personnes capables de concourir à la réalisation d'une activité déterminée*. ».

Vous avez-vous-mêmes abordé cette problématique dans votre décision du 27 juillet 2005 *Société BL* (n° 259052 : RJF 11/05 n°1170) en jugeant que, pour ouvrir droit au bénéfice des dispositions de l'article 210 B du CGI, un apport partiel d'actif doit concerner une branche d'activité susceptible de faire l'objet d'une exploitation autonome chez la société apporteuse comme chez la société bénéficiaire de l'apport, sous réserve que cet apport opère un transfert complet des éléments essentiels de cette activité tels qu'ils existaient dans le patrimoine de la société apporteuse et dans des conditions permettant à la société bénéficiaire de l'apport de disposer durablement de tous ces éléments. On le voit, cette définition jurisprudentielle est pleinement cohérente avec celle élaborée par la Cour de cassation pour les droits d'enregistrement, mais également avec celle de la Cour de justice de l'Union européenne statuant sur le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant les sociétés d'Etats membres différents.

Plus récemment, une décision *Sté GDF Suez Energie Services* du 16 mai 2012 (n° 325370, 10^e et 9^e s.-s., RJF 8-9/12 n° 806), a repris les critères de la jurisprudence *Société BL* de 2005 et admis l'applicabilité des dispositions de l'article 210 B du CGI pour un apport par

une société membre d'un GIE à sa filiale de 51 % de ses parts dans ce GIE lorsqu'il peut être assimilé à celui d'une branche complète d'activité et que l'activité de cette entité est elle-même susceptible de faire l'objet d'une exploitation autonome. Enfin, dans un avis *SAS Ondupack* du 13 juillet 2012 (n° 358931 : RJF 11/12 n° 986) rendu à nos conclusions, vous avez jugé que, pour l'application des dispositions de l'article 238 quaterdecies du CGI, en cas de cession d'une branche complète d'activité, la plus-value n'est exonérée, en application de ces dispositions, que si la branche d'activité cédée est susceptible de faire l'objet d'une exploitation autonome chez la société cédante comme chez la société cessionnaire, sous réserve que cet apport opère un transfert complet des éléments essentiels de cette activité tels qu'ils existaient dans le patrimoine de la société cédante et dans des conditions permettant à la société cessionnaire de disposer durablement de tous ces éléments. Vous en avez déduit que cette qualification suppose notamment le transfert effectif du personnel nécessaire, eu égard à la nature de l'activité et à la spécificité des emplois requis qui lui sont affectés, à la poursuite de l'exploitation autonome de celle-ci.

De son côté, la Cour de cassation a jugé il y a plus de 30 ans qu'un fabricant de chaussures qui avait compris dans son apport, outre le matériel, les agencements, le stock et la clientèle, mais non la marque sous laquelle il commercialisait plus de 90 % de sa production et qui constituait donc au cas particulier l'élément incorporel déterminant de la clientèle attachée au fonds apporté, ne pouvait, de ce fait, être regardé comme ayant apporté une branche complète d'activité (Cass. com. 13 mai 1980, SARL « Romane de la Chaussure » : RJF 1/81 n° 101). Par la suite, elle a précisé sa jurisprudence par plusieurs arrêts, concernant cette fois des éléments corporels. Elle a tout d'abord refusé l'application du droit fixe d'enregistrement à l'apport d'éléments d'un fonds de commerce qui comprenait non pas la pleine propriété d'immeubles indispensables à l'exploitation, mais la simple concession d'un bail portant sur des unités de production nécessaires et essentielles à toutes les activités de la société créée (Cass. com. 30 octobre 1989 n° 1282 P, Sté Berry : RJF 2/90 n° 213). La Cour a également refusé le bénéfice de l'application du droit fixe à un simple apport de participations dans d'autres sociétés excluant la possibilité d'autonomie de gestion de l'activité apportée (Cass. com. 1^{er} avril 1997 n° 621 D, Sté STIM : RJF 10/97 n° 993).

Notons enfin que vos homologues du Quai de l'Horloge se sont prononcés sur la portée d'une cession de portefeuille entre deux courtiers d'assurance : dans un arrêt SARL Groupe Mercure c/ Sté AGF, la 1^{ère} chambre civile de la Cour a jugé qu'une telle opération s'analyse en une cession de contrats, i. e. une cession de créances, et non une cession de clientèle, de sorte qu'un tel acte est soumis aux formalités de l'article 1690 du code civil exigeant la signification du transport fait au débiteur. Cette solution se justifie par le fait que le courtier dispose contre l'assureur d'un droit futur à percevoir les commissions relatives aux contrats d'assurance au titre desquels il a servi d'intermédiaire.

3. S'il était besoin de rechercher l'intention du législateur au regard du mécanisme d'exonération dont se prévaut le contribuable, celle-ci apparaît clairement dans les travaux ayant précédé l'adoption de l'article 238 quaterdecies. Le rapport de M. Carrez (n° 1682) indique que l'exigence posée par le 2° du 1 du I du dispositif de cession d'une branche complète d'activité signifie que « *tous les actifs immobilisés doivent donc être vendus et non l'un d'entre eux seulement, ceci afin de garantir la poursuite de l'activité industrielle, commerciale, artisanale ou libérale concernée. (...)* ». Le rapport n°407 de P. Marini précise quant à lui que « *L'exonération n'est donc pas susceptible de s'appliquer à la cession isolée d'éléments de l'actif, au contraire de celle prévue par l'article 151 septies* ». Il

s'en déduit, selon ce même rapport, que « *La condition relative à la cession d'une « branche complète d'activité » [a] (...) en grande partie, les mêmes effets qu'une condition de maintien de l'activité : l'acquéreur ne pourra en effet se contenter de racheter le seul droit au bail. Il devra, bien au contraire, reprendre également les contrats de travail, la clientèle et aussi les équipements, ce qui devrait empêcher les rachats partiels et favoriser l'acquisition par un autre commerçant du même secteur. »*

Au vu de ces différents éléments, nous vous proposons donc de juger que la seule vente d'un portefeuille de clients et des contrats qui lui sont attachés, en l'absence de cession des moyens en matériel et, le cas échéant, en personnel nécessaires à l'exercice de la branche d'activité dont il est le support, ne peut être regardée comme la transmission d'une branche complète d'activité au sens des dispositions précitées, dès lors que ce portefeuille et les contrats correspondants n'étaient pas susceptibles d'avoir fait l'objet d'une exploitation autonome chez le cédant.

Nous pensons donc qu'après avoir relevé, d'une part, que la cession du portefeuille de clients de l'activité de courtage de la SEP n'a été accompagnée d'aucun transfert de matériel et de personnel et, d'autre part, que les résultats dégagés au titre de cette activité n'avaient pas été distingués en comptabilité de ceux provenant de l'activité d'agent d'assurances, la cour a exactement qualifié les faits en déduisant de ce double constat, non argué de dénaturation devant vous, que l'opération ainsi réalisée ne pouvait être regardée comme portant sur une branche complète d'activité au sens de l'article 238 quaterdecies et ne pouvait, par suite, ouvrir droit à l'exonération de plus-values de cessions instituée par ce dispositif.

En statuant ainsi, la cour a suffisamment et suffisamment motivé son arrêt et s'est fondée sur des motifs opérants, ce qui vous conduira à écarter les différentes branches des moyens invoqués à l'encontre de l'arrêt attaqué et à rejeter le pourvoi de M. T..., y compris ses conclusions présentées en application de l'article L. 761-1 du CJA.

PCMNC à la radiation du pourvoi enregistré sous le n° 366200 et au rejet du pourvoi formé par M. T... sous le n° 366226.