

N° 408187

M. A...

3^{ème} et 8^{ème} chambres réunies

Séance du 6 avril 2018

Lecture du 2 mai 2018

CONCLUSIONS

M. Vincent DAUMAS, rapporteur public

M. A... a fondé en 1989 la société « La compagnie du vent » (LCV), bien connue pour son activité de production d'électricité d'origine éolienne. En 2007, il détenait encore 79 996 des 160 000 actions, soit un tout petit peu moins de la moitié du capital de cette société non cotée, qu'il dirigeait. M. A... a exercé le 29 octobre 2007 l'option d'achat de 80 000 actions qui lui avait été consentie par la société de droit espagnol Acciona Energia, principal actionnaire. Ces 80 000 actions lui ont été transférées le 29 novembre 2007, au moment où il s'est acquitté de leur prix, et elles ont été revendues le même jour, pour un prix supérieur, à la société de droit espagnol Castelnou Energia. M. A... a réalisé à cette occasion une importante plus-value, qu'il a déclarée sous le régime de l'article 150-0 A du code général des impôts (CGI), c'est-à-dire comme un gain en capital soumis à l'impôt sur le revenu au taux proportionnel de 16 %.

L'administration fiscale a estimé toutefois qu'eu égard aux circonstances ayant entouré la cession à l'origine de la plus-value, celle-ci devait être regardée comme la contrepartie d'une activité d'intermédiation déployée à titre personnel par le contribuable, ayant eu pour objet de favoriser la cession des actions détenues par la société Acciona Energia à la société Castelnou Energia. Pour ce motif, elle a considéré que la plus-value devait être imposée comme un revenu tiré d'une occupation ou exploitation lucrative ne se rattachant pas à une autre catégorie de bénéfices ou de revenus, au sens des dispositions du 1 de l'article 92 du CGI. L'administration, autrement dit, a qualifié la plus-value de bénéfice non commercial, relevant de la catégorie « balai » de l'impôt sur le revenu. La conséquence en était la soumission de la plus-value au barème progressif de cet impôt.

Le supplément d'impôt découlant de cette rectification a été contesté avec succès devant le tribunal administratif de Montpellier. Toutefois, sur appel du ministre des finances et des comptes publics, la cour administrative d'appel de Marseille a inversé la solution. M. A... se pourvoit en cassation.

1. Est en cause dans cette affaire votre jurisprudence admettant de voir, dans certaines plus-values réalisées par des particuliers à l'occasion de la cession d'éléments de leur patrimoine – notamment des valeurs mobilières – des bénéfices non commerciaux (BNC).

Beaucoup a déjà été dit et écrit sur cette jurisprudence. Rappelons seulement qu'elle est née à une époque où la taxation des plus-values n'existait pas ou très peu (CE 9^e sous-section, 16 octobre 1964, n° 57439, Dupont 1964 p. 812-813 ; CE plénière,

19 avril 1972, Min. de l'économie et des finances c/ Sieur S., n° 80768, au Recueil p. 294). Vous l'avez maintenue depuis lors, même si vos décisions n'en donnent que peu d'illustrations sur la période récente : voyez, refusant la qualification de BNC au gain tiré de la cession des parts sociales d'une société à prépondérance immobilière détenues par son dirigeant, alors même que celui-ci avait très activement travaillé au développement de l'activité de marchand de biens de la société en utilisant sa réputation d'expert en matière immobilière et le soutien financier d'autres sociétés dont il était dirigeant salarié, CE 18 janvier 2006, M. S..., n° 265790 et 265791, aux tables du Recueil sur ce point, RJF 4/2006 n° 378, concl. C. Verot au BDCF 4/2006 n° 48 ; voyez, refusant également la qualification de BNC à des sommes versées à des contribuables dans le cadre d'une cession d'actions, ces versements étant conditionnés par leur maintien en qualité de salariés au sein de la société et par la réalisation d'objectifs assignés à cette dernière, CE 7 novembre 2008, M. F... et Mme de F..., n° 301642, aux tables du Recueil sur un autre point, RJF 1/2009 n° 56, concl. L. Olléon au BDCF 1/2009 n° 11 ; voyez, admettant au contraire la qualification de BNC à propos du gain réalisé par l'associé minoritaire d'une société qui s'était livré à un acte d'intermédiation consistant à racheter les actions détenues par les autres associés, avant de revendre la totalité du capital à un acquéreur désireux de prendre en bloc le contrôle de la société, CE 27 juillet 2009, M. B..., n° 300456, aux tables du Recueil sur un autre point, RJF 12/2009 n° 1085, concl. E. Glaser au BDCF 12/2009 n° 137.

Intellectuellement, cette jurisprudence se justifie. Elle manifeste la nécessité de procéder, face à un gain prenant la forme d'une plus-value réalisée à l'occasion de la cession d'un élément quelconque du patrimoine d'une personne physique, à l'opération de qualification consistant à arbitrer entre deux catégories juridiques : gain en capital en principe exceptionnel ou revenu susceptible d'être reproduit ? Ce n'est que dans la première hypothèse que se pose, en aval, la question de l'existence et du champ d'application d'un régime d'imposition des plus-values. Dans la seconde, l'enrichissement du contribuable relève nécessairement du barème progressif de l'impôt sur le revenu et sera imposé, sauf meilleure qualification au regard d'une autre catégorie de revenus, comme BNC.

C'est assurément une bonne chose que de parvenir, sur un plan intellectuel, à justifier l'existence d'une jurisprudence. Cela ne suffit pas, toutefois, pour se convaincre entièrement de son bien-fondé : encore faut-il qu'elle soit praticable. A cet égard, la veine jurisprudentielle sur laquelle nous nous penchons n'est pas complètement satisfaisante. Dépourvue de considérant de principe, elle est essentiellement casuistique. Dans sa plus grande généralité, il est difficile de la résumer autrement qu'en affirmant qu'elle consiste à rechercher l'existence d'une activité particulière déployée, au-delà de la seule détention d'un capital, en vue de l'accroissement de la valeur de celui-ci.

Le président Fouquet, dans un article publié à la revue *Droit fiscal*¹, a proposé de synthétiser de la manière suivante la branche de cette jurisprudence applicable en cas de cession de titres de sociétés non cotées : les plus-values réalisées lors de la cession de tels titres sont imposables en tant que BNC soit si elles constituent la rémunération déguisée de services rendus, soit si elles procèdent d'une activité personnelle de la personne physique² qui

¹ « Dans quelles conditions les plus-values sur les titres non cotés peuvent-elles constituer des bénéfices non commerciaux ? », *Droit fiscal* n° 3, 15 janvier 2009, act. 15.

² Nous nous écartons à dessein, sur un point, de la définition proposée par O. Fouquet, lorsqu'il fait référence au caractère professionnel de l'activité déployée, dès lors qu'un tel caractère ne nous paraît pas une condition nécessaire de la qualification en BNC (voir toutefois, *contra*, les termes employés par la décision n° 301642 du 7 novembre 2008, précitée).

d'une part excède la simple gestion d'un patrimoine privé et qui d'autre part est insusceptible de faire partie de l'activité professionnelle habituelle du contribuable, telle que celle de dirigeant d'entreprise. Cette synthèse met bien en évidence, d'une part, que les deux branches de l'alternative qu'elle dessine peuvent être difficiles à distinguer dans certaines situations, d'autre part, que votre jurisprudence fait un sort particulier aux dirigeants des sociétés dont les titres sont cédés. Insistons sur ce dernier point, notamment illustré par votre décision du 18 janvier 2006 (n° 265790), précitée : l'activité même d'un dirigeant de société tend, au moins indirectement, à augmenter la valeur de cette dernière, de sorte que la plus-value réalisée en cas de cession de ses titres est, dans bien des cas, un sous-produit fatal de cette activité. C'est pourquoi votre jurisprudence nous paraît s'attacher à rechercher, lorsque le contribuable est dirigeant social, l'existence de diligences particulières, détachables de l'activité normalement déployée à ce titre, entreprises directement en vue d'accroître la valeur des parts sociales pour bénéficier d'une plus-value.

2. Ce cadre posé, nous sommes en mesure d'examiner le moyen d'erreur de qualification juridique des faits soulevé par M. A... à l'encontre des motifs de l'arrêt attaqué admettant l'imposition de la plus-value litigieuse en BNC.

Votre contrôle en tant que juge de cassation s'étend effectivement à la qualification juridique des faits – voyez sur ce point votre décision du 27 juillet 2009 (n° 300456), précitée. En l'occurrence, aucun des éléments relevés par la cour administrative d'appel au point 3 de son arrêt, non plus qu'aucun de ceux ressortant des pièces du dossier qui lui était soumis, même pris ensemble, ne nous convainquent de la qualification défendue par l'administration fiscale et approuvée par la cour.

La cour a d'abord relevé que le protocole d'accord du 30 juillet 2007, par lequel la société Acciona Energia avait consenti à M. A... une option d'achat sur les actions de la société LCV qu'elle détenait, prévoyait un ajustement de prix égal à la moitié de la plus-value éventuellement réalisée par M. A... en cas de revente de ces actions pour un prix supérieur au prix stipulé. Mais une telle clause de partage de la plus-value est courante dans les opérations de cession d'actions – elle permet de mettre le cessionnaire-revendeur à l'abri d'une éventuelle action pour dol de la part du cédant³.

La cour a également relevé que la somme due par la société Castelnou Energia à M. A... et celle due par celui-ci à la société Acciona Energia avaient été versées par le biais d'un compte-séquestre ouvert aux noms, à la fois, de la société Acciona Energia et de M. A..., permettant ainsi à ce dernier de ne procéder à aucun décaissement. Mais M. A... fait valoir que l'utilisation de ce compte commun avait d'abord pour objet de garantir à la société Acciona Energia le paiement du prix d'acquisition prévu, y inclus la fraction correspondant à l'ajustement à la hausse prévu dans l'hypothèse, qui s'est vérifiée, de revente des actions pour un prix supérieur.

La cour a encore relevé que M. A... avait, quelques jours avant la conclusion du protocole d'accord du 30 juillet 2007, engagé un processus pour sélectionner un nouvel actionnaire de référence susceptible d'entrer au capital de LCV, et qu'il avait, avant l'exercice de l'option d'achat consentie par Acciona Energia, apporté la totalité de ses propres actions LCV à une société, la société Soper, dont il était l'associé unique, laquelle avait ensuite accordé à la société Castelnou Energia une garantie de passif au titre des actions LCV cédées

³ Voir à ce propos Cass. com. 27 février 1996, n° 94-11.241, Bull. civ. IV n° 65.

par M. A.... Toutefois, sur le premier point, s'il est exact que M. A... avait mandaté un établissement bancaire, dès le 3 juillet 2007, afin d'identifier des investisseurs susceptibles d'entrer au capital de LCV, en remplacement d'Acciona Energia qui souhaitait s'en retirer, il ne ressort nullement des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le processus de sélection par appel d'offres mis en œuvre à cette fin aurait abouti avant que M. A... lève, le 30 octobre 2007, l'option d'achat consentie par Acciona – ni que Castelnou aurait souscrit avant cette date, au bénéfice de M. A..., une promesse d'achat. Et quant au second point, s'il démontre que M. A... a accompli des diligences particulières pour faciliter l'achat par Castelnou Energia des actions LCV initialement détenues par Acciona Energia, il établit aussi qu'il a effectivement endossé, fût-ce indirectement, par le biais de la société Soper, le risque représenté par la garantie de passif donnée à Castelnou.

A cela nous ajoutons qu'il ne ressort d'aucune des pièces du dossier soumis aux juges du fond – notamment pas du protocole d'accord du 30 juillet 2007 – que M. A... aurait été mandaté, d'une manière ou d'une autre, en tant qu'intermédiaire ayant pour mission de favoriser la cession des actions LCV d'Acciona à un tiers. M. A... s'est bien rendu acquéreur de ces actions et il nous paraît difficile de réduire son intervention à un simple portage, dans l'attente de leur cession à Castelnou. Si les opérations successives d'achat puis de revente se sont dénouées rapidement, et si le risque pris par M. A... en achetant les actions LCV d'Acciona doit sans doute être relativisé, rien ne permet de nier la réalité de ce risque, dès lors qu'à la date d'exercice par M. A... de l'option d'achat des actions, leur revente n'apparaissait pas encore acquise. Il ne nous semble donc pas possible d'identifier dans les circonstances de l'espèce une activité d'intermédiation qu'aurait déployée M. A....

Enfin, s'il est indéniable que M. A... a fait preuve de diligences particulières pour procéder à l'achat puis à la revente des actions LCV d'Acciona, nous n'allons pas jusqu'à considérer qu'elles se détachent de son activité de dirigeant de la société LCV, par ailleurs fondateur de cette société et second actionnaire principal avec Acciona. Il ressort clairement des pièces du dossier soumis aux juges du fond que les rapports de M. A... avec Acciona s'étaient détériorés au cours de l'année 2006, que celle-ci se montrait de plus en plus réticente à participer au financement de l'activité de LCV, et que les deux principaux actionnaires s'étaient accordés, dans leur intérêt mutuel, sur un scénario de sortie du capital d'Acciona donnant la possibilité à M. A... de choisir l'identité du futur actionnaire de référence de LCV – un actionnaire prêt à investir dans son développement, contrairement à Acciona. En mettant en œuvre les diligences que nous avons décrites, M. A... nous paraît s'être borné, en dirigeant et actionnaire avisé, à mener à bien cette transition délicate en minimisant les risques inhérents à ce type d'opération de restructuration du capital d'une société, et non avoir recherché, au premier chef, la réalisation d'une plus-value.

Si vous nous suivez vous annulerez l'arrêt attaqué sur le moyen d'erreur de qualification juridique des faits soulevé par M. A.... Vous pourrez renvoyer l'affaire à la cour administrative d'appel – même s'il faut admettre qu'à moins de nouveaux éléments versés à l'instruction par l'administration, le sort du litige est très engagé par ce que nous vous proposons de juger à hauteur de cassation.

Par ces motifs nous concluons dans le sens qui suit :

1. Annulation de l'arrêt attaqué ;
2. Renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel ;
3. Mise à la charge de l'Etat, au profit de M. A..., d'une somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.