

N° 407305
M. et Mme D...

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies
Séance du 9 janvier 2019
Lecture du 28 janvier 2019

CONCLUSIONS

Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, rapporteur public

La présente affaire vous permettra de trancher expressément deux points inédits dans votre jurisprudence, l'un tirant les conséquences pour l'application du CGI de règles posées dans d'autres législations, et l'autre rappelant au contraire l'indépendance de la loi fiscale.

M. et Mme D... détenaient 490 actions de la SAS Prefatech.

Le 12 décembre 2007, ils ont, d'une part, fait apport à la société DMA de la pleine propriété de 160 de ces actions et ont estimé que la plus-value en résultant bénéficiait du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du CGI. L'administration a ultérieurement remis en cause le bénéfice de ce régime au motif, contesté par les requérants, que l'apport n'aurait pas uniquement donné lieu à un échange de titres mais se serait accompagné du versement d'une soulte excédant 10% de la valeur nominale des titres reçus lors de l'échange.

Le 12 décembre 2007, M. et Mme D... ont, d'autre part, fait donation à chacun de leurs deux enfants de la nue-propriété de 80 actions de la société Prefatech.

M. et Mme D... ne détenaient ainsi plus, à l'issue de cet apport et de cette donation, outre l'usufruit de ces 160 actions, que la pleine propriété de 170 actions de cette société. Le 14 décembre 2007, les différents actionnaires de la société Prefatech ont conclu avec la SA Legrand une convention de cession des actions de la société Prefatech. M. et Mme D... ont déclaré, au titre de l'année 2007, la plus-value résultant de la cession des seules actions qu'ils détenaient en pleine propriété. L'administration fiscale a toutefois estimé que la plus-value générée par la cession de ces titres était imposable, non au titre de l'année 2007, mais au titre de l'année 2008 au cours de laquelle les actions avaient été inscrites au compte de la société Legrand. Le service a par ailleurs considéré que M. et Mme D...étaient également imposables, à raison de leur part d'usufruitier, sur la plus-value résultant de la cession des titres de la société Prefatech dont la nue-propriété étaient détenue par leurs enfants.

Les intéressés, qui ont contesté sans succès les suppléments d'impôt sur le revenu, assortis de pénalités, auxquels ils ont été assujettis au titre des années 2007 et 2008 par suite de ces divers redressements, se pourvoient en cassation contre l'arrêt par lequel la cour administrative d'appel de Lyon a rejeté leur requête.

Les deux premiers moyens du pourvoi se rapportent à la cession des titres de la société Préfatech à la société Legrand.

Il est d'abord soutenu que la cour a insuffisamment motivé son arrêt et commis une erreur de droit en jugeant que la plus-value en cause était imposable en 2008, au motif que l'inscription des titres au compte de l'acheteur n'avait été réalisée qu'au cours de cette année, alors que l'accord sur la chose et le prix étant intervenu le 14 décembre 2007, la vente était parfaite dès cette date.

Pour l'application des dispositions relatives à l'imposition des plus-values de cession réalisées par les personnes physiques, le fait générateur de l'imposition est constitué au cours de l'année du transfert de propriété du bien cédé, la plus-value étant réputée réalisée à la date de ce transfert (CE, Section, 11 octobre 1974, *ministre de l'économie et des finances c/ Sieur A...*, n° 92921, p. 482). Le fait générateur ainsi identifié permet de déterminer l'année de rattachement du gain imposable.

Si certaines de vos décisions ont jugé que la date du fait générateur de l'imposition de plus-values retirées de la cession à titre onéreux de valeurs mobilières était celle à compter de laquelle, le prix étant déterminé ou déterminable par des éléments ne dépendant plus de la volonté de l'une des parties au contrat ayant pour objet la vente de ce titres ou de la réalisation d'accords ultérieurs, la vente peut être regardée comme parfaite (v. par exemple CE, 11 décembre 2008, *M. et Mme F...*, n° 296429, T. pp. 677-688-724 sur ce point, RJF 3/09 n° 209), ce n'était pas par application d'une quelconque règle fiscale qui aurait identifié fait générateur et date de perfection de la vente, mais en application des règles relatives à l'acquisition de la propriété d'un bien par une convention de vente énoncées à l'article 1583 du code civil. En vertu de cet article, la vente « *est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.* »

Il existe toutefois des exceptions à la règle ainsi énoncée. Dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004, applicable au présent litige, le dernier alinéa de l'article L. 228-1 du code de commerce prévoit des modalités particulières pour le transfert de propriété de valeurs mobilières. Ainsi, en cas de cession de valeurs mobilières admises à la négociation sur un marché réglementé ou de valeurs mobilières non admises à cette négociation mais inscrites en compte chez un intermédiaire habilité participant à un système de règlement et de livraison d'instruments financiers, le transfert de propriété s'effectue dans les conditions prévues à l'article L. 431-2 du code monétaire et financier, et résulte, par suite, de l'inscription des instruments en cause au compte-titres de l'acquéreur tenu par l'émetteur ou par un intermédiaire, à la date et dans les conditions définies par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers. Dans les autres cas, tels que celui des titres non cotés, le transfert de propriété

résulte, en application de l'article L. 228-1 du code de commerce, de l'inscription des valeurs mobilières au compte de l'acheteur, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

Si vous n'avez, étonnamment, pas encore eu l'occasion de tirer expressément en matière fiscale les conséquences de ces dispositions, il en résulte que le transfert de propriété de valeurs mobilières ne s'opère désormais plus à la date à laquelle le cédant et l'acquéreur se sont accordés sur la chose et le prix, mais à la date de l'inscription des valeurs mobilières cédées au compte-titre de l'acquéreur. C'est, par suite, à cette dernière date qu'intervient le fait générateur de l'imposition de la plus-value générée par cette cession.

Dès lors qu'en l'espèce, les actions de la société Prefatech objet de la cession n'ont été inscrites au compte de la SA Legrand qu'en 2008, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en en déduisant, par un arrêt suffisamment motivé, que la plus-value litigieuse était imposable au titre de l'année 2008.

Il est ensuite soutenu que la cour a commis une erreur de droit et inexactement qualifié les faits en retenant, pour juger que M. et Mme D... était imposable à raison de la cession des titres de la société Préfatech dont la propriété avait été démembreée entre eux et leurs enfants, une absence de report d'usufruit à la date de cette cession.

En cas de cession simultanée pour un prix commun de titres dont la propriété est démembreée, le prix de cession commun se répartit en principe, en application de l'article 621 du code civil, entre l'usufruit et la nue-propriété selon la valeur respective de chacun de ces droits (Cass. 1re civ., 20 octobre 1987, *Carbonneaux*, n° 86-13.197, Bull. 1987 I n° 276), dégageant ainsi une plus-value chez le nu-propriétaire et une plus-value imposable chez l'usufruitier (v., sur le principe, CE, 30 décembre 2009, *L...*, n° 307165, T. p. 729, RJF 3/10 n° 226, concl. Mme Burguburu BDCF 3/10 n° 31). Il n'en va différemment qu'en cas de convention contraire des parties pour reporter l'usufruit, sous l'une ou l'autre des formes suivantes. Soit l'usufruit est reporté sur le prix de cession du bien en pleine propriété et le prix de vente des titres cédés en pleine propriété est attribué en totalité à l'usufruitier : seul l'usufruitier est alors redevable de l'impôt sur la plus-value réalisée (CE, 18 décembre 2002, *S...*, n° 230605, RJF 2003 n° 328, concl. F. Séners, p. 199 ; CE, 12 décembre 2012, *M...*, n° 336273, 336303, RJF 2013 n° 296). Soit, à l'inverse, nu-propriétaire et usufruitier décident de procéder au remploi du prix de vente dans l'achat de titres reproduisant le démembreement qui avait affecté la propriété des titres cédés, et seul le nu-propriétaire est alors imposable sur la plus-value réalisée (v. CE, 2 novembre 1966, *Sieur A...*, n° 68280, p. 571 ; CE, 17 avril 2015, *Mme C...*, n° 371551, T. pp. 640-654-655, RJF 7/15 n° 594 ; CE, 30 décembre 2009, *L...*, préc.). C'est aux contribuables qui l'invoquent de démontrer qu'ils se sont placés dans une situation dérogatoire au droit commun et une cour ne commet pas d'erreur de droit en exigeant, pour ce faire, un acte ayant date certaine (v. une fois encore, CE, 30 décembre 2009, *L...*).

En l'espèce, les requérants arguaient de ce que l'intégralité du prix de cession aurait été utilisée avec report d'usufruit pour la souscription de parts sociales démembreées d'une autre société en septembre 2009. La cour a toutefois constaté qu'aucun élément ne faisait état à la date de la cession d'une convention des nus-propriétaires et des usufruitiers pour remployer le produit de la

cession dans l'acquisition d'un autre bien sur lequel le démembrement serait reporté. En se plaçant à la date du fait générateur de l'imposition de la plus-value de cession des actions de la société Préfatech pour apprécier l'existence d'une telle convention, et en jugeant que seule une convention antérieure ou concomitante à cette cession, et non le simple constat ultérieur d'un remploi partagé des titres, était de nature à écarter l'application de la règle de partage du prix de cession résultant de l'article 621 du code civil, la cour n'a pas commis d'erreur de droit. Elle n'a pas inexactement qualifié les faits en jugeant que les intéressés n'établissaient pas l'existence d'une convention de remploi.

Le troisième moyen du pourvoi porte sur la plus-value d'apport de titres de la société Prefatech à la société DMA, que les époux D... avaient placée en sursis d'imposition.

Devant les juges du fond, la contestation portait sur les modalités de rémunération de cet apport et sur le point de savoir si l'échange de titres s'était accompagné du versement d'une soulte. Curieusement, ce n'est pas sur les stipulations du traité d'apport que le débat s'est concentré, mais sur les procès-verbaux de l'assemblée générale de la société DMA approuvant, sous réserve de la concrétisation du traité d'apport, l'opération d'apport et ses modalités. L'administration se prévalait des termes d'un procès-verbal de délibération de cette assemblée générale en date du 12 décembre 2007, enregistré le 18 janvier 2008 et mentionnant une telle soulte, tandis que les requérants entendaient se prévaloir d'un second procès-verbal de délibération du même jour, revenant sur le principe d'une soulte et ne prévoyant qu'un échange de titres, enregistré le 10 mars 2008. La cour n'a pas contesté l'authenticité de ce second procès-verbal, dont les termes sont d'ailleurs conformes à ceux du traité d'apport figurant au dossier de fond, mais s'est fondée sur les dispositions de l'article 1328 du code civil et sur la date de son enregistrement pour écarter sa prise en compte.

Aux termes de l'article 1328 du code civil, dont la substance est aujourd'hui reprise à l'article 1377 du même code : « *Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans les actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire.* » Ayant rappelé ces dispositions, la cour a jugé « *que s'il est toujours loisible à l'administration de tirer les conséquences fiscales d'un contrat conclu entre deux personnes privées, même si celui-ci a été conclu sous seing privé et n'a fait l'objet d'aucune mesure de publicité, ou des actes ou délibérations des organes d'une société, il résulte des dispositions de l'article 1328 du code civil qu'un contrat conclu sous seing privé ou la délibération des organes d'une société n'est opposable aux tiers, parmi lesquels doit être rangée l'administration, qu'à condition d'avoir été enregistré* ».

Les requérants reprochent à la cour, d'une part, d'avoir jugé que l'article 1328 du code civil avait pour effet, vis-à-vis des « tiers » qu'il vise, de « modifier » la date d'effet de l'acte concerné et de fixer celle-ci, en cas d'enregistrement, à la date d'accomplissement de cette formalité, alors que cet article rendrait rétroactivement certaine et opposable aux tiers, à compter de cet accomplissement, la date antérieure à l'enregistrement que l'acte indique. Ils lui font grief, d'autre part, d'avoir regardé l'administration comme un tiers au sens de ces dispositions.

Leur première critique nous paraît méconnaître l'objet et la portée de l'article 1328 du code civil, consistant à prémunir certains tiers à un acte d'une éventuelle anti- ou postdatation de celui-ci, en fixant sa date certaine à celle d'un événement qui permet de garantir et de faire preuve de son existence à un moment précis. Seuls trois événements sont susceptibles, en vertu de cet article, de donner date certaine à un acte : l'enregistrement, la constatation dans un acte dressé par un officier public, ou le décès d'un de ses souscripteurs. Dans les deux premiers cas, le document acquiert une date certaine du fait qu'une personne revêtue d'une autorité particulière (administration fiscale ou officier public) l'a eu sous les yeux et en a constaté la portée à cette date. Dans le troisième cas, il acquiert date certaine du fait du décès de l'un de ses auteurs – événement dont il se déduit que l'acte a été rédigé au plus tard au jour de cette disparition. Il suffit d'examiner la portée de ce troisième événement – le décès d'un des souscripteurs n'a évidemment pas pour effet de rendre rétroactivement certaine n'importe quelle date antérieure inscrite sur l'acte lui-même – pour comprendre la logique de l'article 1328 du code : l'intervention d'un fait qui permet de considérer avec certitude qu'à compter de telle date, l'acte existe et peut, dès lors, produire des effets vis-à-vis des tiers sans que ceux-ci aient à craindre qu'on leur oppose un acte antidaté ou postdaté¹.

L'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 21 décembre 1965 (Bull. civ. IV n° 970), en ce qu'il énonce que l'article 1328 du code civil n'a pas pour effet de retarder l'existence et la validité d'un acte juridique jusqu'à son enregistrement, ne nous paraît pas avoir la portée que lui prête le pourvoi : il concerne la détermination du droit sous l'empire duquel un acte est pris et qu'il doit respecter (le droit en vigueur à la date indiquée par l'acte, qui acquiert existence et validité vis-à-vis des parties dès ce moment), et non sur la date à compter de laquelle il acquiert date certaine et emporte effet à l'égard des tiers.

Mais si la cour ne s'est pas méprise sur la portée de l'article 1328 du code civil, lorsqu'il trouve à s'appliquer, nous pensons comme les requérants, qui se prévalent sur ce point de l'opinion exprimée par le professeur Cozian dans une étude consacrée à l'opposabilité à l'administration fiscale des actes sous seing privé (RJF 11/94, p. 661), qu'elle a commis une erreur de droit en jugeant que l'administration fiscale était un « tiers » au sens de ces dispositions.

En effet, les « tiers » visés par ce texte ne sont pas toutes les personnes autres que les souscripteurs de l'acte, mais seulement « *les ayant-cause à titre particulier d'une des parties* », c'est-à-dire « *les personnes n'ayant pas figuré dans l'acte et qui ont acquis des droits de l'un des contractants* » (F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Coll. Précis, 8^e ed. 2009, pp. 536 s., cité par D. Guével dans le fascicule déjà mentionné).

Or comme l'exposait J-F. Verny dans une chronique à la RJF 1978 (p. 272), « *l'administration, loin d'être un tiers ayant des intérêts particuliers, a pour mission de constater (la situation de droit et de fait dans laquelle se trouve le contribuable à une date déterminée) et d'en tirer les conséquences fiscales* ». L'administration fiscale n'est donc pas plus un tiers au sens de l'article 1328 du code civil que vous ne l'avez regardée comme telle au sens d'autres dispositions visant,

¹ Les commentaires au fascicule des Jurisclasseurs consacré à l'article 1328 du code soulignent l'absence de rétroactivité de ce mécanisme, sont en ce sens (D. Guével, JCI Civil Code, art. 1328, fasc. Unique « Contrats et obligations.- Force probante de la date d'un acte sous seing(s) privé(s) – Date certaine »).

au sein de législations indépendantes, à protéger des droits particuliers telles celles de l'article 1^{er} du décret du 7 décembre 1955 relatives à la cession d'actions nominatives (v., sol. impl., CE, Plénière, 26 juillet 1978, *Sieur A...*, n° 1885, p. 321, RJF 1978 n° 431), celles de l'article L. 613-9 du code de la propriété intellectuelle en matière de brevets (CE, 14 janvier 2008, *min. c/ S...*, n° 301239, T. p. 713, RJF 2008 n° 402, Dr. Fisc. 2008 n° 18 comm. 305) ou encore celles de l'article L. 714-7 du même code sur la transmission des marques (CE, 22 février 2017, *M. H... et Mme G...*, n°s 392959 392960, T. pp. 568-605, RJF 5/17 n° 406, concl. E. Crépey).

Certes, vous avez parfois jugé qu'en présence d'un acte devant faire l'objet d'une formalité de publicité obligatoire pour produire des effets à l'égard des tiers, l'administration fiscale avait le choix, lorsque cet acte n'avait pas été par ailleurs porté à sa connaissance, entre en tenir compte ou refuser de le prendre en considération dans l'établissement de l'impôt (v., pour une jurisprudence constante en matière de cession d'actions nominatives n'ayant pas fait l'objet d'une inscription au registre de la société émettrice : CE, Plénière, 26 juillet 1978, préc. ; CE, 12 février 1990, *R...*, n° 55760, RJF 1990 n° 420 ; CE, 20 mars 2015, *M. E...*, n° 369167, RJF 6/15 n° 490).

Mais outre que vous ne vous inscrivez pas systématiquement dans une telle démarche, ainsi qu'en témoignent vos décisions relatives aux plus-values de cession de marque ou de brevet citées à l'instant, vous n'avez retenu cette approche que dans des hypothèses particulières de formalités de publicité imposées par des textes précis, à l'égard d'actes juridiques eux aussi clairement définis, à peine d'inopposabilité absolue aux tiers. Et vous avez statué ainsi, non au motif que l'accomplissement de cette formalité serait une condition d'opposabilité à l'administration – celle-ci n'étant pas un tiers – mais au motif que le défaut de publicité conjugué l'absence de tout porté à connaissance de l'administration conférerait un caractère occulte à l'acte en cause. Au nom de la théorie de l'apparence inaugurée par votre décision *Lemarchand* du 20 février 1974 (CE, Plénière, *Sieur A...*, n° 83270, p. 126), vous jugez que l'administration peut alors, soit en rester à cette apparence, telle que le contribuable l'a délibérément créée voire l'a seulement laissée perdurer par son incurie (CE, 31 mai 1978, *Société X*, n° 7980, p. 227, RJF 1978 n° 370), soit rétablir la situation réelle et calculer l'impôt sur cette dernière base.

Or l'article 1328 du code civil n'a aucunement pour objet ou pour effet d'instituer, à l'égard d'une catégorie d'actes particuliers, une formalité obligatoire de publicité à défaut de laquelle un acte conserverait un caractère occulte. Il s'agit d'un mécanisme général d'acquisition de date certaine de tous actes de droit privé à l'égard des ayant-cause à titre particulier des souscripteurs, dans une double perspective de force probante et d'opposabilité, et qui ne crée ni n'institue aucune formalité de publicité : il suffit, pour s'en convaincre, de relever que le décès constitue l'une des modalités d'acquisition de date certaine prévue par cet article.

Enfin, pour faire reste de droit, indiquons que si l'article 1328 du code civil ne saurait dès lors régir la question de l'opposabilité de l'acte litigieux à l'administration fiscale, l'article 635 du code général des impôts soumettant à la formalité de l'enregistrement certains actes spécifiques ne saurait davantage avoir pour effet de subordonner à un tel enregistrement l'existence et la validité du procès-verbal en cause à l'égard de l'administration fiscale. D'une part, ce procès-verbal d'assemblée générale n'est pas au nombre des actes énumérés à l'article 635 du CGI. D'autre part, et en tout état de cause, sauf dispositions contraires telles celles de l'article 773 du

CGI en matière de déductibilité des dettes de l'actif successoral ou celles de l'article 1840 A du CGI relatives à certaines promesses de vente, la méconnaissance de la formalité fiscale de l'enregistrement nous paraît, même pour les actes visés à l'article 635 à l'égard desquels elle revêt un caractère obligatoire, n'avoir fiscalement pour effet que de rendre passible les intéressés d'amendes et de les priver d'un puissant mode de preuve de l'existence de l'acte, mais non de rendre ce dernier inopposable à l'administration fiscale ni de faire obstacle à ce qu'ils établissent, par tous moyens, son existence et sa date devant le juge de l'impôt.

Si quelques unes de vos décisions font écho à la notion de document ayant date certaine du fait de l'accomplissement de la formalité de l'enregistrement, pour juger qu'en l'absence d'un tel enregistrement, une cession n'était pas opposable au service (CE, 24 juillet 2006, *Sté Relais Auto du Fiumorbo*, n° 256914, RJF 2006 n° 1321 ; CE, 30 décembre 2009, *P...*, n° 304186, RJF 2010 n° 212), il s'agissait d'hypothèses dans lesquelles, faute d'aucun autre élément de preuve qu'un acte de cession dépourvu de date certaine, non enregistré, et dont l'authenticité et/ou la date étaient discutées, la réalité de la cession n'était pas établie. Ces décisions (inédites au Recueil) ne nous semblent donc pas avoir reconnu à la formalité fiscale de l'enregistrement le caractère d'une condition impérative d'opposabilité au service, mais celle d'un mode de preuve – parmi d'autres – de l'existence et de la date d'un acte qui serait contesté.

Par suite, en rangeant l'administration fiscale au nombre des tiers pour l'application des dispositions de l'article 1328 du code civil et en jugeant qu'il résultait de celles-ci qu'un procès-verbal d'assemblée générale tel celui invoqué par les requérants n'est opposable à l'administration fiscale qu'à la condition d'avoir été enregistré, la cour a commis une erreur de droit. Vous annulez donc son arrêt, en tant qu'il s'est prononcé sur la plus-value d'apport à la société DMA.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt du 29 novembre 2016 de la cour administrative d'appel de Lyon en tant qu'il a statué sur l'imposition de la plus-value résultant de l'apport de titres de la société Prefatech à la société DMA ;
- au renvoi, dans cette mesure, de l'affaire à la cour ;
- à ce que l'Etat verse à M. et Mme D... 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- et au rejet du surplus des conclusions du pourvoi.