

N° 437598

Ministre de l'action et des comptes publics c/ M. et Mme D...

8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 7 octobre 2020

Lecture du 21 octobre 2020

## CONCLUSIONS

### M. Romain VICTOR, rapporteur public

1.- M. et Mme D... ont fondé dans les années 1960 et développé ensemble pendant cinquante ans une entreprise de métallerie établie à Mâcon (Saône-et-Loire), qui a connu à peu près tous les statuts : entreprise artisanale exploitée en nom propre à compter de 1963, SARL à compter de 1982, SA à compter de 2002, enfin, à compter de 2005, SAS dont les titres étaient détenus à parts égales par les époux.

Après ce labeur de toute une vie, ils ont cédé leur participation par acte du 22 septembre 2010, réalisant une coquette plus-value – 1 M€ – qu'ils ont portée dans leur déclaration de revenus, tout en se prévalant des dispositions de l'article 150-0 D *ter* du code général des impôts qui instituent un abattement pour durée de détention spécifique en cas de départ à la retraite du dirigeant d'une PME. Au cas d'espèce, le jeu de l'abattement (qui était alors d'un tiers par année au-delà de la cinquième) a abouti à une exonération totale d'impôt sur le revenu.

A l'issue d'un contrôle sur pièces du dossier des contribuables et d'une vérification de comptabilité de la SAS Etablissements Jean D..., l'administration fiscale a considéré que les époux n'étaient pas en droit de revendiquer, chacun en ce qui le concerne, l'application des dispositions de l'article 150-0 D *ter*, lesquelles s'apprécient, dans le cas d'un couple marié, au niveau de chaque conjoint pris isolément, ainsi que le juge votre arrêt *Chavanel* (3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ssr, 10 déc. 2014, n° 371437, T. p. 642, RJF 2015 n° 207, concl. E. Cortot-Boucher BDCF 2015 n° 32).

En ce qui concerne Monsieur, l'administration a relevé que l'intéressé avait fait valoir ses droits à la retraite en 2002, de sorte qu'il ne remplissait pas la condition, prévue au c du 2° de cet article, selon laquelle le cédant doit faire valoir ses droits à la retraite dans les deux années suivant ou précédant la cession, c'est-à-dire à l'intérieur d'un « *période de quatre années allant de deux ans avant à deux ans après la cession* », selon la formule de votre arrêt *Z...* (10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> chr, 16 oct. 2019, *M. et Mme Z...*, n° 417364, aux T. sur ce point, RJF 2020 n° 31, concl. A. Iljic C31).

En ce qui concerne Madame, l'administration a estimé qu'elle ne remplissait pas la condition, prévue au a du 2° du même article, tenant à ce que le cédant ait exercé au sein de la société dont les titres sont cédés, de manière continue pendant les cinq années précédant la

cession et dans les conditions prévues au 1° de l'article 885 O *bis* du CGI, l'une des fonctions de direction de l'entreprise mentionnées par ces dernières dispositions.

Pour mémoire, l'article 885 O *bis*, abrogé lors de la création de l'IFI<sup>1</sup>, avait pour objet de définir les cas dans lesquels des parts et actions de sociétés soumises à l'IS pouvaient être considérés comme des biens professionnels exclus de l'assiette de l'ISF<sup>2</sup>. Dans sa version applicable en 2010, le 1° de l'article subordonnait la qualification de biens professionnels, pour des titres de société, à la condition que leur propriétaire ait la qualité de gérant (pour une SARL ou une SCA), d'associé en nom (pour une société de personnes) ou de président, directeur général, président du conseil de surveillance ou membre du directoire pour une « *société par actions* », tout en prévoyant que la fonction en cause devait être effectivement exercée, qu'elle devait donner lieu à une rémunération normale et que cette rémunération devait en outre représenter plus de la moitié des revenus passibles de l'impôt sur le revenu.

En l'espèce, tout en prenant acte que Mme D... avait été nommée le 19 avril 2005 directrice générale de la SAS Etablissements Jean D..., l'administration a relevé que celle-ci ne disposait pas, selon les statuts adoptés à cette date, du pouvoir de représenter la société à l'égard des tiers et n'avait disposé de ce pouvoir qu'à compter du 29 décembre 2007, soit pendant une durée continue de deux ans et neuf mois avant la cession de septembre 2010.

En conséquence de cette double rectification, c'est une somme de 211 835 € en droits et pénalités qui a été mise en recouvrement le 30 novembre 2012. Après rejet de leur réclamation, les contribuables se sont tournés vers le tribunal administratif de Dijon, qui a rejeté leur demande de décharge par un jugement du 29 décembre 2017, coté C+.

Les premiers juges ont d'abord jugé que M. D... ne pouvait bénéficier de l'abattement, dès lors qu'il avait pris sa retraite huit ans avant la cession. En ce qui concerne Mme D..., ils ont considéré qu'en vertu des dispositions des articles L. 227-5 et L. 227-6 du code de commerce, le directeur général d'une SAS tient exclusivement ses pouvoirs des stipulations statutaires, de sorte qu'il n'a pas automatiquement le pouvoir de représenter la société, à la différence du directeur général d'une SA. Et ils ont constaté que le pouvoir de représenter la société n'avait été confié pour la première fois à Mme D... que par une résolution de l'AG extraordinaire de fin 2007.

Les contribuables ont fait appel et leur recours a été accueilli par la cour de Lyon, dont l'arrêt du 19 novembre 2019 a aussi été coté C+ et publié à la RJF 2020 n° 333.

Les juges d'appel ont constaté que les dispositions du 1° de l'article 885 O *bis* du CGI mentionnaient la fonction de directeur général d'une société par actions et que ce texte ne subordonnait l'application du régime de faveur à aucune autre condition, notamment pas à celle que le directeur général d'une SAS soit investi par les statuts du pouvoir de représenter la société à l'égard des tiers. Ils en ont déduit que l'administration, qui s'était fondée sur ce

---

<sup>1</sup> Par l'art. 31 de la loi n° 2017-1837 du 30 déc. 2017 de finances pour 2018.

<sup>2</sup> En vertu de l'article 885 A.

seul motif pour remettre en cause l'application de l'article 150-0 D *ter*, n'était pas en droit de refuser le bénéfice de l'abattement à Mme D....

Et s'ils ont estimé que son époux, compte tenu de la date de son départ en retraite, ne remplissait pas la condition prévue au c) du 2° de l'article 150-0 D *ter*, ils ont néanmoins accepté de faire bénéficier les époux de la doctrine qui permet à tous les cofondateurs d'une société cédée, sous certaines conditions<sup>3</sup>, de bénéficier du régime lorsque l'un d'eux au moins en remplit les conditions.

C'est contre cet arrêt que le ministre de l'action et des comptes publics se pourvoit en cassation en soulevant un unique moyen d'erreur de droit et d'erreur de qualification juridique. La question que soulève le pourvoi conserve son actualité, nonobstant l'abrogation de l'article 885 O *bis* dans le cadre de la disparition de l'ISF, car les critères du 1° ont été rapatriés à l'article 150-0 D *ter* et sont toujours au nombre des conditions auxquelles le bénéfice du régime est subordonné.

## 2.- Les arguments qui appuient le recours sont assez maigres.

En guise d'avertissement, le ministre vous rappelle vos décisions ayant jugé que, compte tenu de leur caractère dérogatoire, les dispositions de l'article 150-0 D *ter* doivent être interprétées strictement (v. la décision *Chavanel* précitée et 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ssr, 27 mai 2015, *M. et Mme L...*, n° 368056, RJF 2015 n° 695, concl. B. Bohnert BDCF 2015 n° 103 ; 9<sup>ème</sup> ch., 13 févr. 2020, *M. M...*, n° 425825). Mais ce rappel est vain car l'interprétation que le ministre défend est, plus qu'une interprétation stricte, une interprétation restrictive, en ce qu'elle repose sur une lecture plus étroite que celle qu'autorise la lecture littérale du texte et qui revient à « distinguer, là où la loi pourtant ne distingue pas »<sup>4</sup>.

Par ailleurs, et dès lors qu'il est constant que Mme D... avait été régulièrement nommée par les organes sociaux de la SAS Etablissements Jean D... en qualité de directrice générale, c'est tout aussi vainement que le ministre vous rappelle la jurisprudence de la Cour de cassation qui, en matière d'ISF, interprétait strictement les dispositions de l'article 885 O *bis*, en refusant par exemple de voir dans le directeur général adjoint d'un SA (qui n'est pas « directeur général ») ou dans un dirigeant de fait (qui n'a pas été régulièrement nommé) un « directeur général d'une société par actions » au sens de ces dispositions (v. Cass., Com., 9 mars 1999, *R... c/ DSF de l'Aude*, n° 97-13.065, Bull. 1999, IV, n° 58 ; Cass., Com., 26 nov. 2003, *Mme X.. c/ DGI*, n° 01-14.079, Bull. 2003, IV, n° 179, RJF 2004 n° 326).

Le ministre invoque également l'article 1655 *quinquies* du CGI, qui a pour objet d'assimiler la SAS à la SA pour l'application de ce code, mais à mauvais escient, dès lors que

---

<sup>3</sup> Les cofondateurs doivent avoir été présents dans le capital de la société depuis sa constitution et de manière continue jusqu'à la cession ; les cessions réalisées par les autres co-fondateurs doivent porter sur l'intégralité des titres détenus dans la société concernée ; les cessions réalisées doivent intervenir à la même date et porter sur plus de 25 % des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de la société ; en cas de cession à une entreprise, les cofondateurs qui ne remplissent pas les conditions légales ne doivent pas détenir de participation directe ou indirecte dans la société cessionnaire.

<sup>4</sup> En méconnaissance de l'adage énoncé par Portalis (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*).

l'article 150-0 D *ter* se réfère aux dirigeants « *d'une société par actions* » et non aux dirigeants d'une SA, de sorte qu'il n'est pas justifié ici de faire un pont entre le régime fiscal des SA et le régime fiscal des SAS.

Pour le reste, le ministre se prévaut de sa propre doctrine, en l'occurrence de deux réponses ministérielles de 2000<sup>5</sup> et 2003<sup>6</sup> à des questions écrites de parlementaires, énonçant que « *les dispositions relatives à l'exonération d'ISF des titres détenus par les associés des SA sont applicables dans les mêmes conditions aux titres détenus par les associés des SAS, sous réserve que ces derniers associés soient titulaires de fonctions dont l'étendue, conformément aux statuts de cette société, est au moins équivalente à celles qui sont exercées dans les SA par les personnes mentionnés au 1° de l'article 885 O bis* » et « *qu'en présence de directeurs généraux ou de directeurs généraux délégués dans une SAS, l'appréciation de la nature équivalente des fonctions (...) implique (...) que ces personnes soient investies d'un pouvoir de représentation de la société opposable aux tiers* ».

Toutefois, comme l'a jugé la cour, cette condition d'équivalence des pouvoirs entre un directeur général d'une SA et un directeur général d'une SAS n'a pas été fixée par le législateur lui-même, dans l'exercice de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution et cet horizon paraît à première vue indépassable.

L'attitude prudente voire soupçonneuse de l'administration face aux directeurs généraux des SAS n'est, il est vrai, pas complètement dénuée de motifs. On rappellera en effet que, lorsqu'il a institué, en 1994<sup>7</sup>, cette nouvelle forme de société par actions « *faiblement réglementée* »<sup>8</sup> et caractérisée par sa grande souplesse, le législateur n'a tout d'abord mentionné qu'un seul organe, obligatoire dans toute SAS : le président. C'est en 2003 seulement<sup>9</sup> qu'en vue de dissiper certaines interrogations doctrinales et, surtout, de passer outre un arrêt du 2 juillet 2002 de la Cour de cassation ayant jugé que « *la SAS est représentée, à l'égard des tiers, par son seul président* »<sup>10</sup>, que le législateur a complété l'article L. 227-6 du code de commerce pour indiquer que les « *statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article* », y compris donc le pouvoir de représentation, qui est un pouvoir d'origine légale (Cass., Com., 18 sept. 2019, *W... c/ Sté Sogeprom entreprises*, n° 16-26.962, au Bull.)<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> Réponse du ministre de l'économie du 13 novembre 2000 à une question écrite n° 39477 de M. Renaud Muselier, député, du 27 décembre 1999.

<sup>6</sup> Réponse du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie faite à une question écrite n° 05489 de M. Roland du Luart, sénateur, publiée au JO Sénat du 17 juillet 2003, p. 2297

<sup>7</sup> Par la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée.

<sup>8</sup> Cf. la présentation faite du projet de loi par M. Etienne Dailly, sénateur, dans son rapport au nom de la commission des lois n° 35 (1993-1994) déposé le 14 octobre 1993.

<sup>9</sup> Par l'article 118 de la loi n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003 de sécurité financière

<sup>10</sup> (Com., 2 juil. 2002, *Sté OCP Répartition c/ Sté Pharmacie Trevillot et a.*, n° 98-23.324, Bull. 2002, IV, n° 112).

<sup>11</sup> L'arrêt retient cette notion de pouvoir de représentation « *d'origine légale* » pour écarter l'application des dispositions spécifiques du code civil régissant le mandat, qui n'ont pas vocation à s'appliquer dans les rapports entre la société et son dirigeant, en dépit du recours, trompeur, à la notion de « mandataire social » pour désigner

De ce régime légal il résulte les trois conséquences suivantes :

- i) le directeur général d'une SAS est un organe légal purement facultatif ;
- ii) l'étendue de ses pouvoirs, comme l'indique l'article L. 227-6, est réglée par les statuts uniquement et non par la loi (Com., 31 janv. 2017, *M. G... et a. c/ Sté Cabinet Rexor et a.*, n° 14-28.792, Bull. 2017, IV, n° 14) ;
- iii) les statuts peuvent ne conférer au directeur général qu'une partie des pouvoirs du président. Notamment, ils peuvent exclure toute capacité à représenter la société à l'égard des tiers (Com., 3 juin 2008, *V... et a. c/ Sté Kesslord Paris*, n° 07-14.457 ; Com., 14 déc. 2010, *V... et a. c/ Sté Christophe Cottin et a.*, n° 09-71.712, Bull. 2010, IV, n° 205).

Bref, la fonction de « représentation légale » de la SAS n'est pas automatiquement exercée par le directeur général : tout dépend des statuts.

Ce sont ces éléments qui font craindre au ministre, en substance, que le régime favorable de l'article 150-0 D *ter*, ciblé sur les dirigeants de PME partant en retraite, soit étendu à des directeurs généraux de SAS qui, bien qu'ayant le titre de « directeur général » d'une société par actions, n'exerceraient pas, en réalité, un véritable pouvoir de direction de la société, parce qu'ils ne détiendraient pas la capacité juridique de représenter la société à l'égard des tiers.

Toutefois ce raisonnement ne peut être suivi pour au moins quatre raisons.

La première et la plus importante tient à ce que le législateur n'a pas ciblé le dispositif sur les « représentants légaux » de la société cédée mais sur ses dirigeants, en dressant une liste de fonctions qui inclut celle de directeur général d'une société par actions. A supposer qu'il soit justifié de les convoquer, les travaux préparatoires indiquent que les parlementaires se sont intéressés aux cédants qui exerçaient une « *activité de gestion ou de direction* »<sup>12</sup> dans l'entreprise cédée.

L'interprétation administrative revient à substituer au critère légal somme toute assez simple (est-on face à un dirigeant mentionné dans la liste ?) un raisonnement en apparence subtil et en réalité maximaliste, qui suppose de vérifier que le cédant a exercé non seulement un pouvoir de décision dans l'ordre interne mais aussi un pouvoir de représentation dans l'ordre externe,

Cette lecture est à notre avis critiquable car, s'ils sont fréquemment confondus, dans la mesure où ils sont parfois exercés cumulativement par une seule et même personne, tel le gérant de SARL ou le directeur général de SA, les pouvoirs de gestion de la société peuvent parfaitement être dissociés des pouvoirs de représentation, sans faire perdre à celui qui détient

---

le dirigeant. Dans le cas d'une SAS, la source du pouvoir de représentation légale du directeur général ou du directeur général délégué paraît essentiellement contractuelle, mais elle demeure d'origine légale compte tenu des dispositions de l'article L. 227-6 du code de commerce issues de la loi de sécurité financière.

<sup>12</sup> Rapport de M. Gilles Carrez, député, fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances rectificative pour 2005 (document n° 2720 enregistré le 1<sup>er</sup> décembre 2005, page 388).

uniquement un pouvoir de gestion la qualité de dirigeant. Ce n'est pas un hasard si le code de commerce traite séparément de ces deux questions en ce qui concerne les SAS : voyez l'article L. 227-5 qui énonce que « *les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée* » tandis que l'article L. 227-6 énonce que « *la société est représentée à l'égard des tiers par un président* », ce pouvoir pouvant être également attribué par les statuts au directeur général<sup>13</sup>.

Autrement dit, l'absence de pouvoir de représentation ne conduit pas à retirer au directeur général de la SAS la qualification de dirigeant. Et lorsque ce dirigeant est actionnaire de son entreprise, rien ne justifie de l'écarter du bénéfice du dispositif de l'abattement renforcé qui poursuit l'objectif de traiter favorablement la cession par un dirigeant partant en retraite d'une entreprise regardée, à raison de la participation détenue, comme un « outil professionnel ».

Deuxièmement, s'agissant du pouvoir de représentation à l'égard des tiers, la situation particulière du directeur général de la SAS est plus complexe qu'il n'y paraît.

Si celui-ci ne peut représenter la société que tant que les statuts lui confèrent ce pouvoir, la Cour de cassation a jugé, par un important arrêt publié au Bulletin (Com., 9 juil. 2013, *Sté Swiss Post Solutions c/ Sté Newspring*, n° 12-22.627, Bull. 2013, IV, n° 125) et abondamment commenté, qu'il résulte des dispositions de l'article L. 227-6 du code de commerce, lesquelles doivent être mises en œuvre à la lumière des dispositions de la première directive relatives à la protection des tiers<sup>14</sup>, que les tiers peuvent se prévaloir à l'égard d'une SAS des engagements pris pour le compte de cette dernière par une personne portant le titre de directeur général. Ainsi, quand bien même un directeur général de SAS ne serait pas habilité, en vertu des statuts, à représenter la société à l'égard des tiers, l'objectif de protection des tiers mis en œuvre par la directive conduit à donner un effet juridique aux actes qu'il aura pris, alors même que les statuts l'auraient privé du pouvoir de représentation<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Cf. sur cette question LPA 2002 n° 139 p. 68, Ph. Didier, *L'avenir des pouvoirs du président de la SAS après la loi NRE*.

<sup>14</sup> Article 10 de la directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 « *tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers* » dont les dispositions sur ce point ont été reprises à l'article 9 de la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés.

<sup>15</sup> Une partie de la doctrine commercialiste en tire que « *Désormais, dans la SAS comme dans la SA, le directeur général et le directeur général délégué ont le pouvoir de représenter la société, quelle que soit la rédaction des statuts. On ne peut plus faire de directeur général ou de directeur général délégué qui n'ait pas la signature sociale. Si l'on veut un dirigeant qui soit privé de ce pouvoir, il faudra lui trouver un titre qui ne soit ni président, ni directeur général, ni directeur général délégué* » (Dalloz 2013 - Stés et groupements – J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau – p. 2729) ou encore que « *la personne investie de la qualité de dirigeant de SAS, qu'il s'agisse du président, directeur général ou directeur général délégué, est habilitée à représenter la société dans les rapports avec les tiers, dans la limite reconnue uniquement par la loi, peu important les restrictions ou, au contraire, l'absence de précision des statuts* » (Dalloz 2013 p. 2503, note F. Ait-Ahmed). A tout le moins, il convient de considérer que le « *pouvoir de représentation du DG ne relève pas de la liberté statutaire dans les rapports de la SAS à l'égard des tiers* » (Dr. Sociétés 2013 n° 10, ét. 19 par D. Gallois-Cochet).

On peut relever, troisièmement qu'il y a de toute évidence, dans la liste du 1° de l'article 885 O *bis*, des fonctions qui ne comportent aucun pouvoir de représentation de la société. Prenez l'exemple du président du conseil de surveillance d'une société par actions : la Cour de cassation juge, on ne peut plus clairement, au demeurant dans un litige en matière d'ISF, que celui-ci n'a pas la qualité de personne exerçant des activités de direction, de gestion ou d'administration (Com., 9 oct. 1990, *DGI c/ U...*, n° 89-15.579). Il n'en va pas différemment du président du conseil d'administration d'une SA, lorsque ses attributions sont dissociées des fonctions de directeur général, car il est constant qu'il ne peut pas représenter la société à l'égard des tiers ; ses pouvoirs propres se résument, comme l'indique l'article L. 225-51 du code de commerce à organiser et diriger les travaux du conseil d'administration, dont il rend compte à l'AG, et à veiller au bon fonctionnement des organes sociaux. La position défendue par le ministre est donc incohérente.

Quatrièmement, on peut rappeler que l'article 885 O *bis* exige, outre l'exercice effectif des fonctions de direction, une rémunération « normale ». Le directeur général de SAS qui n'aurait que le titre, mais aucune rémunération, ne pourrait donc se prévaloir de l'abattement (CAA Nancy, 2<sup>ème</sup> ch., 6 déc. 2018, *M. S...*, n° 17NC01580 et CE, 3<sup>ème</sup> ch., 13 févr. 2020, n° 427734, RJF 2020 n° 605 concl. L. Cytermann C605), ce qui est rassurant.

De tout ceci, il résulte que le directeur général de SAS, qui est bien un directeur général de société par actions, est éligible au régime de faveur, quelles que soient les restrictions statutaires en ce qui concerne son pouvoir de représentation.

Nous n'avons donc aucune hésitation à vous proposer d'invalider l'interprétation administrative qui s'écarte de la lettre de la loi pour de mauvaises raisons. Ce n'est d'ailleurs pas la première fois qu'en la matière, vous desserrerez un peu les boulons de l'interprétation administrative, à l'unisson de la Cour de cassation qui, de son côté, a par exemple rejeté un pourvoi du ministre dans un litige en matière d'ISF dans lequel, là encore contre la lettre du texte, l'administration soutenait que le président du conseil de surveillance d'une société en commandite par actions ne pouvait pas être regardé comme un « *président du conseil de surveillance (...) d'une société par actions* » au sens du 1° de l'article 885 O *bis* (Cass., Com., 11 oct. 2005, *DGI c/ Mme T...*, n° 04-13.063, Bull. 2005, IV, n° 208).

Si vous nous suivez pour écarter le premier moyen, sur le terrain de la loi fiscale, le second, présenté sur le terrain de la doctrine administrative, ne l'est pas non plus, par voie de conséquence : si Mme D... remplit les conditions légales pour bénéficier de l'abattement renforcé, alors la cour pouvait, à bon droit, faire bénéficier M. D... des énonciations doctrinales applicables aux confondateurs.

PCMNC au rejet du pourvoi et à ce que l'Etat verse la somme de 3 000 euros à M. et Mme D... au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.