

N° 434255 - M. et Mme B...

N° 437991 - M. C...

9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 7 avril 2021

Lecture du 20 avril 2021

## Conclusions

### Mme Emilie Bokdam-Tognetti, rapporteure publique

Le capital de la société Vermont, entreprise industrielle verrière, était au début de l'année 2009 détenu à hauteur de 80% par la société Sixtine, contrôlée par M. François B... – PDG et directeur commercial de la société Vermont –, à hauteur de 20% par la société Flodrine, contrôlée par M. A... qui était quant à lui PDG de la filiale Vermont SAS et responsable industriel en charge de la fabrication, les 0,5% restant du capital étant répartis entre M. L..., responsable verrier, M. Eric C..., responsable achat et planification industrielle, et M. Gérard C..., fondateur d'un cabinet d'ingénierie, consultant stratégique de la société depuis une vingtaine d'années et membre du comité de direction.

Le nouveau projet industriel porté par la filiale Vermont SAS s'étant heurté à des difficultés opérationnelles, tandis que son responsable, M. A..., rencontrait des problèmes de santé le tenant éloigné de la conduite des affaires et que l'activité de la société Vermont se trouvait fragilisée par la fin des ampoules domestiques à incandescence, une importante restructuration de la direction et de l'actionnariat s'est engagée à la fin de l'année 2009.

MM. A... et L... ont en effet quitté leurs fonctions et émis le souhait de se désengager de la société. M. Gérard C... est alors devenu co-dirigeant et monté en puissance au capital. M. C... ne pouvant toutefois obtenir un emprunt bancaire suffisant pour acquérir l'ensemble des titres des actionnaires sortants, un montage particulier a été mis en place. Le 23 février 2010, la société Flodrine, M. A... et M. L... ont ainsi vendu à M. C... la moitié de leurs actions aux prix unitaires respectifs de 23,35 € (pour les premiers) et 30 € (pour le troisième). M. C... a financé cette acquisition par un emprunt bancaire. L'autre moitié des parts détenues par la société Flodrine, M. A... et M. L... a été vendue par ceux-ci, aux mêmes prix, à M. François B..., lequel a financé cet achat par l'emprunt. M. François B... a immédiatement revendu les actions ainsi acquises à M. C..., à un prix unitaire de 22,72 €, en octroyant à ce dernier un crédit-vendeur. Enfin, la société Sixtine – contrôlée par M. B... – a cédé une partie des actions qu'elle détenait à M. C...

A l'issue de ces opérations, la société Sixtine contrôlée par M. François B... restait majoritaire, mais M. Gérard C... détenait désormais 33% du capital. Or le 29 décembre 2010,

soit dix mois plus tard, l'intégralité des parts de la société Vermont a été revendue à un tiers au prix de 108,50 euros par action.

Considérant que les cessions de février 2010 dissimulaient des libéralités, l'administration a imposé entre les mains de M. et Mme B... et de M. Gérard C... les sommes regardées comme distribuées par les sociétés Flodrine et Sixtine à l'occasion de ces cessions.

En cas de vente par une société de titres à un prix que les parties ont délibérément minoré, sans que cet écart de prix comporte de contrepartie, vous jugez que l'avantage ainsi octroyé doit être qualifié de libéralité représentant un avantage occulte constitutif d'une distribution de bénéfices au sens du c de l'article 111 du CGI, imposable entre les mains de son bénéficiaire (CE, Section, 28 février 2001, n° 199295, p. 96, RJF 2001 n° 620, chron. J. Maïa p. 395, concl. G. Bachelier BDCF 5/01 n° 67).

La preuve d'une telle distribution occulte devant être regardée comme apportée par l'administration lorsqu'est établie l'existence, d'une part, d'un écart significatif entre le prix convenu et la valeur vénale du bien cédé, et d'autre part, d'une intention, pour la société d'octroyer, et pour le co-contractant, de recevoir, une libéralité du fait des conditions de la cession, il n'est pas étonnant que les présents litiges se soient tout entier articulés autour de deux questions : le juste prix des titres de la société Vermont et la démonstration d'une intention libérale.

Si l'essentiel des moyens des pourvois sont dirigés contre les motifs par lesquels les cours administratives d'appel de Nancy et de Lyon ont estimé que l'administration établissait que la valeur vénale réelle des titres cédés s'établissait à 99,50 euros par unité au 23 février 2010 et démontrait, par suite, l'existence d'un écart significatif entre cette valeur et le prix de vente stipulé (environ 23 euros), nous serons, comparativement à la longueur des écritures sur ce point, relativement brève.

Il résulte d'une jurisprudence constante que la valeur vénale des titres non cotés doit être appréciée compte tenu de tous les éléments dont l'ensemble permet d'obtenir un chiffre aussi voisin que possible de celui qu'aurait entraîné le jeu normal de l'offre et de la demande à la date où la cession ou l'apport est intervenu. Vous donnez la priorité à l'évaluation par référence à la valeur qui ressort de transactions portant, à la même époque, sur des titres de la société, dès lors que cette valeur ne résulte pas d'un prix de convenance. *« Toutefois, en l'absence de transactions intervenues dans des conditions équivalentes et portant sur les titres de la même société ou, à défaut, de sociétés similaires, l'administration peut légalement se fonder sur l'une des méthodes destinées à déterminer la valeur de l'actif ou sur la combinaison de plusieurs de ces méthodes »* (v., pour un rappel récent de ce considérant de principe, CE, 21 octobre 2020, *Société Nouvelle Cap Management*, n° 434512, aux Tables, RJF 1/21 n° 11, concl. R. Victor).

Les cours n'ont en l'espèce ni dénaturé les faits ni commis d'erreur de droit en considérant la cession de titres opérée par la société Axel le 7 janvier 2008 au prix de 30 euros l'action comme trop ancienne et réalisée dans un autre contexte économique, et celle consentie au

même prix le 23 février 2010 par M. L... comme intervenue, eu égard au volume de parts concernées (seulement 300 parts soit 0,4% du capital), dans des conditions trop différentes des cessions en litige, pour pouvoir être regardées l'une et l'autre comme des « *transactions intervenues dans des conditions équivalentes et portant sur les titres de la même société* » au sens de votre jurisprudence (sur l'incidence des volumes très différents, cf. CE, Plénière, 9 mai 2018, *Société Cères*, n° 387071, p. 165; RJF 2018 n° 726 avec chronique A. Iljic p. 915 et concl. Y. Bénard p. 1014). Les juges du fond n'ont, par suite, pas commis d'erreur de droit en en déduisant, alors même que l'administration n'avait pas établi ni même allégué que les prix retenus lors de ces deux transactions auraient été de convenance, qu'elles ne pouvaient servir de termes de comparaison pertinents et que le service était dès lors autorisé à recourir à des méthodes d'évaluation alternatives.

Par ailleurs, les cours n'ont pas jugé que le mandat confié le 8 janvier 2009 à la société GMBA Ingénierie afin de rechercher un acquéreur pour les titres de la société Vermont au prix unitaire minimum de 99,85 euros, et l'offre d'achat de 106,50 euros par action proposée aux associés actionnaires de la société Vermont un mois avant les cessions en litige, auraient constitué des comparables pertinents : elles ont seulement relevé que ces éléments confortaient le résultat de l'évaluation opérée par le service. Il en va de même de la revente des titres dix mois plus tard, au prix de 108,50 euros.

Enfin, les cours ont pu sans erreur de droit tenir compte d'un rapport et de diverses circonstances postérieures au 23 février 2010, dès lors qu'elles ont estimé que les évolutions favorables évoquées par ces éléments ne faisaient que traduire des développements économiques déjà prévisibles et entamés à la date des cessions.

La conclusion à laquelle sont parvenues les cours est, il est vrai, contraire à celle des juges judiciaires saisis du litige afférent aux suppléments de droits de mutation auxquels M. Gérard C... a été assujéti à raison de la revente des titres par M. François B... au prix de 22,72 €, que l'administration avait regardée comme une donation déguisée. Cette divergence d'appréciation sur le point central de savoir si l'administration établissait que la valeur vénale réelle des titres au 23 février 2010 s'élevait à 99,50 euros, provenant de ce que les juges judiciaires ont regardé la cession de 300 actions par M. L... comme un comparable pertinent, est évidemment regrettable pour la cohérence et lisibilité de la justice. Toutefois, il nous semble impossible de trouver, dans les arrêts attaqués, prise en droit à une critique en cassation. Or le dispositif et les motifs des décisions du juge non répressif statuant sur les droits de mutation ne lient pas le juge administratif de l'impôt. Il nous semble donc que vous devrez assumer cette divergence, pour regrettable qu'elle soit.

Vous en viendrez donc à l'examen de l'autre condition de caractérisation de l'octroi d'un avantage occulte au sens de l'article 111, c du CGI : celle tenant à l'intention libérale des parties à la transaction.

En ce qui concerne le pourvoi n° 437991, la cour administrative d'appel de Lyon a non seulement relevé l'écart considérable entre la valeur réelle des titres et le prix stipulé, mais aussi estimé, sans dénaturer que vous pourriez censurer en cassation – et ce point est

essentiel compte tenu de l'absence de lien d'intérêts entre cédant et cessionnaire – que les deux parties à la cession ne pouvaient, compte tenu notamment de leurs fonctions et de l'existence d'autres offres d'achat d'un montant bien supérieur au prix convenu, ignorer ni la situation de la société ni le fait que le prix stipulé était très inférieur à la valeur réelle des titres cédés. Bien que l'on puisse s'étonner et s'interroger sur les motifs ayant pu conduire M. A..., au moment de son départ en retraite, à accepter ainsi un prix bradé, la cour n'a dès lors pas commis d'erreur de droit en déduisant de ces constatations souveraines que l'administration établissait l'intention, pour les cédants d'octroyer, et pour M. C... de recevoir, une libéralité (CE, 19 juillet 2011, n° 327762, T. p. 890, RJF 11/2011 n° 1153).

Le pourvoi n° 434255 soulève en revanche une question inédite dans votre jurisprudence, ayant justifié qu'elle vous soit soumise.

M. et Mme B...avaient fait valoir, pour contester l'imposition entre leurs mains des sommes en cause et la caractérisation d'une intention libérale, que les titres avaient été immédiatement revendus à M. C..., sans profit et conformément au plan de restructuration de l'actionnariat de la société Vermont. La cour administrative d'appel de Nancy, ayant relevé l'écart du prix à la valeur réelle et la qualité de dirigeant de la société Vermont de M. B..., a ensuite jugé que *« dès lors que M. B... a acquis les actions de la SA Vermont à un prix significativement inférieur à leur valeur, il a nécessairement et effectivement bénéficié d'une libéralité qui lui a été consentie par la SC Flodrine à son profit, en sorte que les requérants ne sauraient utilement se prévaloir de la circonstance que ces titres avaient été acquis dans le cadre d'une convention de portage » pour être revendus ultérieurement à M. C... »*. L'affaire pose ainsi la question des conséquences éventuelles d'une convention de portage sur l'application du c de l'article 111 du CGI.

Un « portage », terme fréquemment utilisé mais sans régime légal et recouvrant une pluralité de configurations contractuelles possibles, peut se définir comme une *« opération par laquelle une personne, le porteur, acquiert des titres sur instructions d'un donneur d'ordre, les détient puis les rétrocède à un bénéficiaire pour un prix et à une date fixés ab initio »* (F-X. Lucas, fasc. 2128 « Conventions de portage », JCI Banque Crédit Bourse). Il implique donc en principe, d'une part, le transfert de propriété des titres à une personne – le porteur - suivi à terme d'une seconde cession au profit du bénéficiaire final du portage, et d'autre part, la protection du porteur grâce à l'existence dès le début du montage d'une promesse d'achat à l'issue du portage moyennant un prix ferme et déterminé d'avance – comportant en règle générale une fraction assurant la rémunération du porteur et sur lequel s'imputent, le cas échéant, les dividendes perçus lors de la période de portage. Ces schémas peuvent être bilatéraux, lorsque le donneur d'ordre et le bénéficiaire du portage sont une seule et même personne, ou triangulaires, lorsqu'ils impliquent un donneur d'ordre, un porteur, et un tiers bénéficiaire. Agissant sur instruction du donneur d'ordres, le porteur, en devenant temporairement associé et en s'engageant à revendre à l'issue du portage les titres au bénéficiaire préalablement désigné, rend un service au donneur d'ordre, plus qu'au bénéficiaire.

Comme le résumait un auteur (F-X. Lucas, dans le fascicule précité), « *il peut être recouru au portage pour offrir une garantie, pour réaliser une transmission ou pour mettre en place une opération de gestion* ». Dans le premier cas, le portage a une fonction financière : le porteur, souvent un établissement financier, acquiert des titres sur instruction du donneur d'ordre et les lui revend à l'issue de la période de portage pour un prix de cession le remboursant de l'acquisition des titres mais comportant également rémunération du service rendu. Dans le deuxième cas – la transmission -, le portage peut préparer une opération de reclassement de titres ou de réorganisation de l'actionnariat, ou encore avoir une fonction de discrétion – le portage se distinguant toutefois de la convention de prête-nom en ce que le porteur acquiert véritablement, quoique seulement temporairement, les titres.

L'on trouve, dans votre jurisprudence, très peu de précédents ayant eu à se prononcer sur les effets d'une convention de portage. Tout au plus peut-on mentionner une décision du 21 octobre 1996, *SA Agrotub* (n° 137995, aux Tables sur ce point, RJF 12/96 n° 1407), dans laquelle vous avez jugé que n'était pas inopérant, au soutien d'une argumentation selon laquelle la condition de détention des droits de vote à plus de 50% par des personnes physiques pour bénéficier de l'exonération d'IS des entreprises nouvelles était satisfaite, un moyen tiré de ce qu'en vertu des stipulations d'une convention de portage, des personnes physiques étaient restées détentrices des actions souscrites par des personnes morales, ainsi que des droits de vote attachés. Vous avez ainsi admis que l'état de l'actionnariat d'une société soit, pour l'application de cette exonération soumise à une condition de droits de vote, apprécié au regard, non du porteur propriétaire juridique des titres, mais du donneur d'ordres, à la fois cédant initial et bénéficiaire du portage, lorsqu'il exerce pendant la durée du portage les prérogatives de l'actionnaire.

Qu'il y ait eu ou non, en fait, portage dans la présente affaire, la cour pouvait-elle écarter par principe comme inopérante l'invocation de l'existence d'une convention de portage ? Plus généralement, un montage dans lequel une cession à prix minoré par une société serait suivie d'une autre cession au même prix peut-il faire échapper le cessionnaire de la première transaction à l'application de l'article 111 du CGI ?

Il nous semble nécessaire de distinguer deux sujets.

Le premier est celui de savoir si une personne, à qui une société a octroyé une libéralité, peut se prévaloir de ce qu'elle a immédiatement reversé l'avantage occulte reçu par elle à un tiers qui a en bénéficié réellement pour échapper à l'imposition de cet avantage entre ses mains.

La réponse doit selon nous être négative. Lorsqu'il est établi qu'une société a délibérément octroyé une libéralité à une personne X, qui a eu l'intention de recevoir de cette société cette libéralité, la circonstance que X n'en retire finalement pas d'enrichissement personnel car X a reversé son montant à un tiers Y et l'a fait bénéficiaire de la totalité de l'avantage reçu n'ôte rien au constat initial que X a été destinataire de cet avantage et que celui-ci lui a été octroyé et a été reçu dans une intention libérale. Disposer d'une libéralité en la reversant à un tiers ne fait pas obstacle à la caractérisation d'une intention de recevoir une libéralité au préalable, pour ensuite en faire bénéficiaire ce tiers.

Dans cette mesure, l'existence d'une convention de portage de titres entre deux personnes X et Y, lorsque le donneur d'ordres n'est pas la société cédant les titres portés, nous paraît devoir en tout état de cause rester sans incidence sur l'imposition entre les mains de X de l'avantage consenti par cette société en lui cédant des titres à un prix délibérément minoré dans une intention libérale.

Différente nous semble la question de déterminer à qui une société a véritablement entendu accorder une libéralité. Il ne s'agit alors plus de savoir si X peut se prévaloir, pour échapper à l'impôt, de ce qu'il a revendu au même prix minoré les titres à Y, mais si la société ayant cédé les titres à X à prix minoré l'a fait dans l'unique but et à la condition que l'avantage lié à la minoration de prix initiale soit répercuté intégralement à Y. Que faire en présence d'un portage dans lequel la société cédante est le donneur d'ordre et demande à X qu'il lui achète des titres et les « porte » temporairement pour Y à qui X s'engage, sur ordre de la société, à les revendre à un prix et une échéance déterminés à l'avance ?

L'on pourrait considérer cette seconde transaction, même voulue d'emblée par la société cédante, comme sans incidence sur l'application de l'article 111 du code à l'égard du cessionnaire X. En effet, la société vend alors délibérément à X un bien à prix préférentiel, en ayant conscience de cette insuffisance de prix. Bien que cette minoration soit accordée par la société dans le but d'être ensuite transférée à un tiers, l'avantage est, dans un premier temps, octroyé à X, qui seul bénéficie formellement de la libéralité consentie par la société, à charge pour lui de revendre les titres au même prix avantageux à Y. En présence d'un portage dans lequel le cédant serait le donneur d'ordres, prévoyant la répercussion par le porteur de la minoration du prix de cession initial au bénéficiaire final du portage, l'on regarderait dès lors le donneur d'ordre et le porteur comme ayant eu l'intention, l'un de donner, et l'autre, de recevoir une libéralité, peu important la suite de l'opération. Le porteur serait dès lors imposé, en application de l'article 111 du CGI, sur la minoration de prix regardée comme un revenu distribué de manière occulte à son profit, alors que Y, bénéficiaire final, échappera à l'application de l'article 111 du CGI et parviendra, probablement, à échapper à un redressement de droits de mutation lors de la revente des titres par X, ce dernier ne faisant qu'exécuter le contrat de portage et n'octroyant pas une donation déguisée.

Toutefois, pour formellement impeccable qu'elle paraisse, l'imposition du porteur peut sembler injuste et la caractérisation d'une libéralité à son égard, fragile. D'une part, dans la configuration décrite à l'instant, ce n'est pas tant à X que la société a véritablement entendu accorder une libéralité qu'à Y. L'intention de donner qui anime la société vise en réalité le bénéficiaire final du portage plus que le porteur auquel il est temporairement recouru. D'autre part, l'on pourrait considérer que X a moins l'intention de recevoir lui-même une libéralité, que de rendre un service au donneur d'ordres en acquérant les titres et en transférant à Y l'avantage prévu sous forme de minoration de prix.

Nous n'ignorons pas que cette approche réelle et non formelle de la libéralité en présence d'un tel portage triangulaire ne serait pas sans soulever des difficultés. Car si l'on ne pourrait alors imposer X, faute pour la condition d'intention libérale d'être remplie le concernant, nous

ne sommes pas entièrement certaine, sauf bien sûr abus de droit permettant d'effacer fiscalement l'acte de portage, que l'on parviendrait toujours à imposer le bénéficiaire du portage au titre de l'article 111 sur une libéralité d'un montant égal à celui de la minoration de prix initiale. Il pourrait sembler en particulier difficile d'imposer Y tout de suite, faute pour ce dernier, tant que le portage n'a pas été dénoué, d'avoir la disposition de l'avantage. Y ne bénéficie effectivement de l'avantage que le jour où X, au terme convenu, lui transfère la propriété des titres au prix arrêté d'avance et bloqué par la convention de portage, conformément aux ordres de la société cédante. Or lors de la revente, ce prix peut ne plus présenter, au regard de la valeur vénale réelle des titres à cette date, le même caractère avantageux qu'initialement. L'avantage dont bénéficie Y du fait du portage et des conditions stipulées par le cédant donneur d'ordre s'apparente en réalité plus à un gain d'acquisition éventuel qu'à une cession à prix minoré classique.

Mais quelles que soient les éventuelles difficultés – que nous n'avons pas ici le temps de creuser plus avant – d'imposition du bénéficiaire final, elles ne doivent pas vous conduire à imposer le porteur si vous êtes convaincus que la condition d'intention libérale n'est pas satisfaite à son égard. Or en présence d'un portage dans lequel le donneur d'ordre ne cède à un porteur des titres à prix minoré que dans le but et à la condition que ce porteur les revende au même prix minoré – moyennant, le cas échéant, une rémunération appropriée – à un tiers, il nous semblerait sévère pour le porteur, mais surtout peu conforme à la réalité économique et subjective de l'opération, de regarder la condition d'intention libérale comme remplie à l'égard du porteur. Or la condition d'intention libérale nous paraît impliquer une dimension d'analyse subjective. Le donneur d'ordre n'a pas eu l'intention d'accorder une libéralité au porteur, mais lui a demandé de rendre un service. Quant au porteur, il n'a pas eu l'intention de recevoir du donneur d'ordre une libéralité, mais a accepté d'en être le simple dépositaire temporaire, moyennant le cas échéant une rémunération. Si nous ne méconnaissions pas les inconvénients du raisonnement proposé, ceux-ci nous paraissent limités dès lors que seules certaines configurations de portage triangulaires très particulières seraient concernées, que le service conserve toujours la faculté, intacte, de redresser la société à l'IS sur le terrain de l'acte anormal de gestion, et que le bénéficiaire final est en tout état de cause imposé lors de la revente des titres sur une plus-value d'autant plus élevée que le prix bloqué à son profit par le portage aura été bas.

Par suite, en écartant comme inopérante par principe l'existence d'un portage, sans analyser le type de portage invoqué ni examiner s'il était susceptible d'influer sur la caractérisation d'une intention libérale des deux parties à la cession, la cour de Nancy a commis une erreur de droit qui justifiera, si vous nous avez suivie, l'annulation de son arrêt. Dans le cas contraire, il nous semble qu'après avoir écarté toute erreur de droit sur ce point, vous pourriez alors redresser la motivation de la cour sur la caractérisation d'une intention libérale en explicitant l'implicite recelé par les deux éléments, à eux seuls insuffisants (importance de la surévaluation et qualité de dirigeant de la société Vermont de M. B...), relevés par la cour : la conscience nécessaire qu'avaient les parties de l'existence d'une libéralité.

Pour le surplus, il ne vous restera qu'à examiner la partie de l'arrêt de la cour de Lyon afférente à l'avantage occulte retiré par M. C... de la prise en charge par la société Sixtine,

contrairement aux modalités de répartition de cette charge initialement convenues avec la société Flodrine, de l'intégralité de la commission due à la société GMBA Ingénierie en rémunération de ses prestations de recherche d'un acquéreur pour l'ensemble des titres de la société Vermont, y compris de la fraction de cette commission correspondant aux titres rachetés par M. C.... Si la motivation de la cour est un peu rapide, notamment lorsqu'elle écarte toute contrepartie, son arrêt ne nous semble pas irrégulier pour autant. Or sur le fond, la cour n'a pas commis d'erreur de droit ni dénaturé les faits en jugeant que l'administration établissait l'absence de toute contrepartie pour la société Sixtine à la prise en charge de la fraction de la commission correspondant aux titres de M. C..., ainsi que l'intention pour la société Sixtine d'octroyer, et pour M. C... de recevoir, une libéralité.

Par suite, à la différence du pourvoi formé par M. et Mme B..., aucun des moyens soulevés par M. C... n'emportera cassation de l'arrêt qu'il attaque.

Par ces motifs, nous concluons :

- Sous le n° 434255, à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy du 4 juillet 2019, au renvoi de l'affaire devant cette cour et à ce que l'Etat verse à M. et Mme B... 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA
- Et sous le n° 437991, au rejet du pourvoi de M. C....