

N° 449292
M. et Mme J...

8^{ème} et 3^{ème} chambres réunies

Séance du 6 octobre 2021
Lecture du 20 octobre 2021

CONCLUSIONS

M. Romain VICTOR, rapporteur public

1.- C'est en 1971 que Jacqueline R..., née A..., alors âgée de 37 ans, fondait un commerce de prêt-à-porter féminin spécialisé sur le segment des femmes de 35 à 55 ans. Cette entreprise familiale – la société anonyme (SA) R...-A... & Cie – connaissait le succès, avec l'ouverture de près de 200 boutiques à l'enseigne « Jacqueline R... » sur tout le territoire. Une holding, la SARL Financière R..., par la suite transformée en société par actions simplifiée (SAS), était constituée le 20 décembre 2005 par apport de titres de la SA R...-A... & Cie.

En 2013, décision était prise de céder l'affaire à un autre groupe familial français : le groupe Deveaux, maison-mère d'Armand Thiery, agissant par l'intermédiaire de sa holding, la société immobilière et mobilière de Montagny (SIMM).

L'intégralité du capital des sociétés R...-A... & Cie et Financière R... n'était toutefois pas cédé immédiatement, afin de tenir compte d'engagements de conservation de titres souscrits en application des dispositions de l'article 787 B du CGI, qui exonère de droits de mutation à titre gratuit à concurrence des trois quarts de leur valeur les transmissions par donation d'actions de sociétés exerçant de manière prépondérante une activité industrielle, commerciale, artisanale, libérale ou agricole lorsque les titres font l'objet d'un engagement collectif de conservation pendant une durée d'au moins deux ans et d'engagements individuels de conservation par chacun des donataires pendant une durée de quatre ans à compter de la date d'expiration de l'engagement collectif : vous aurez reconnu les « pactes Dutreil ».

C'est en considération de cette « contrainte fiscale » propre aux cédants que la SIMM, d'une part, achetait tout de suite, moyennant un prix de 25 M€, ceux des titres ne faisant pas l'objet de tels engagements, représentant environ 70% du capital des sociétés cibles et, d'autre part, promettait d'acheter le surplus des titres à terme, c'est-à-dire à l'expiration des engagements de conservation, en remettant trois garanties bancaires à première demande d'un montant égal au prix de vente (11,3 M€).

2.- Le litige fiscal qu'il vous appartient de trancher est consécutif à cette cession de valeurs mobilières.

Il a trait aux modalités de calcul du gain net de cession défini à l'article 150-0 D du CGI et qui implique, vous le savez, de faire la différence entre le prix effectif de cession, sous déduction des frais acquittés par le cédant, et le prix effectif d'acquisition, majoré des frais liés à l'acquisition.

Plus précisément, la discussion porte sur les dispositions du 3 de l'article 150-0 D qui prévoient qu'en cas de cession de titres appartenant à une série de titres de même nature acquis pour des prix différents, le prix d'acquisition à retenir est la valeur moyenne pondérée d'acquisition de ces titres. Ainsi, dans le cas d'un contribuable ayant acquis en année N 100 actions d'une société au prix unitaire de 95 € puis, en N+1, 200 actions de la même société au prix unitaire de 105 € et, en N+2, 100 actions au prix unitaire de 107 €, le prix d'acquisition à retenir s'établit ainsi : $[(100 * 95 \text{ €}) + (200 * 105 \text{ €}) + (100 * 107 \text{ €})] / 400 = 103 \text{ €}^1$.

C'est cette règle du prix moyen pondéré (« PMP ») qui est en débat devant vous. La question posée, encore jamais éclairée par votre jurisprudence, consiste à déterminer le champ d'application de cette règle qui n'a vocation à jouer, en vertu du texte fiscal, que pour les cessions portant sur des « *titres de même nature* ».

3.- Mme Anne-Véronique J... est la fille de Jacqueline R....

Sur une période d'environ 25 ans à compter de sa majorité, elle a bénéficié de libéralités provenant pour l'essentiel de ses parents :

- deux dons manuels, en 1989 puis 1992, portant chacun sur 10 actions R...-A... & Cie en pleine propriété ;
- une donation-partage en 1998 de 63 actions R...-A... & Cie en nue-propiété ;
- une donation-partage en 2005 de 4 080 000 parts de la SARL Financière R... en pleine propriété ;
- et une donation-partage en 2013 de 612 000 actions de la SAS Financière R... en usufruit.

A la création de la société Financière R..., le 20 décembre 2005, Mme J... avait fait apport de 19 actions R...-A... & Cie en pleine propriété et de 63 actions R...-A... & Cie en nue-propiété et s'était vu remettre, en échange, 1 938 000 parts de la holding en pleine propriété et 6 426 000 parts en nue-propiété. Elle avait par ailleurs cédé, en juillet 2011, 1 020 000 parts sociales de la SARL Financière R... en pleine propriété à la société de droit polonais R... Polska et reçu, le 9 juillet 2013, l'usufruit de 612 000 titres Financière R....

Dans le protocole conclu avec la SIMM le 11 juillet 2013, Mme J... cédait, outre la dernière action R...-A... & Cie qu'il lui restait, 1 530 000 actions Financière R... en pleine propriété (la cession étant présentée comme formant deux lots de 918 000 et 612 000 actions) et 5 814 000 titres Financière R... en nue-propiété. Elle consentait parallèlement la promesse

¹ Exemple tiré du BOI-RPPM-PVBMI-20-10-20-40 du 20 décembre 2019, n° 50.

de céder à terme la pleine propriété de 4 080 000 titres Financière R... faisant l'objet d'un engagement de conservation.

En annexe de leur déclaration de revenus de l'année 2013, M. et Mme J... joignaient un tableau faisant apparaître, au titre de la cession des deux lots de 918 000 et 612 000 actions Financière R... détenues en pleine propriété, une moins-value globale de 912 811 €, excédant le montant des plus-values réalisées parallèlement sur la cession de la nue-propriété des titres Financière R... (783 435 €), sur lesquelles elle venait s'imputer.

A l'issue d'un contrôle sur pièces de leur dossier fiscal, l'administration remettait en cause le calcul du gain net de cession des titres Financière R... détenus en pleine propriété.

Le service ne contestait pas le premier terme de la différence, constitué du prix effectif de cession², diminué des frais acquittés lors de la cession³, mais remettait en cause le calcul du prix de revient des titres.

Alors que les contribuables avaient calculé un prix moyen pondéré en tenant compte du prix d'acquisition des 4 080 000 titres faisant l'objet d'un engagement de conservation et qui ne devaient être cédés qu'à terme, l'administration leur opposait que les titres cédés étaient numérotés et par suite identifiables et relevait que les 4 080 000 titres acquis en 2005 étaient exclus du périmètre de la cession comme faisant l'objet d'un engagement de conservation.

Dans la proposition de rectification qu'elle adressait aux contribuables et dont les termes étaient pour partie modifiés à l'issue de la rencontre avec le supérieur hiérarchique, l'administration se livrait ainsi à un travail de généalogie financière pour calculer le prix d'acquisition de chacun des deux lots de titres cédés.

S'agissant du lot de 918 000 titres, elle observait qu'ils avaient été remis en échange lors de l'apport à la société Financière R..., à sa constitution en 2005, de 19 actions Rui-A... & Cie, qui avait donné lieu à la remise de 1 938 000 parts de la société Financière R.... Ces 19 actions provenaient elles-mêmes des deux dons manuels qui avaient été consentis à Mme J... en 1989 et 1992, pour une valeur globale de 709 548 €, soit 674 070 € pour les 19/20^{èmes}, correspondant au prix de revient des 1 938 000 parts. Il ne restait plus alors qu'à calculer un *pro rata* en multipliant le prix de revient total (674 070 €) par le rapport entre le nombre de titres cédés (918 000) sur le nombre total de titres remis à l'échange (1 938 000), soit un prix de revient pour les 918 000 titres de 319 296 €.

S'agissant du lot de 612 000 titres, le calcul de l'administration tenait compte de la circonstance que Mme J... avait acquis séparément la nue-propriété et l'usufruit. Le service constatait ainsi que l'intéressée avait d'abord reçu la nue-propriété des titres cédés en échange de l'apport à la société Financière R... de la nue-propriété de 6 actions R...-A... & Cie qui eux-

² Soit 318 389 € pour les 918 000 titres et 212 259 € pour le lot de 612 000 titres, soit un prix unitaire de 2,88 €.

³ 50 000 €.

mêmes provenaient de la donation-partage de 1998 portant sur 63 titres en nue-propriété d'une valeur estimée à 768 343 €, le prix de revient étant donc de 6/63^{èmes} de ce montant, soit 73 175 €. Quant à l'usufruit, il avait été acquis par la donation-partage du 9 juillet 2013, ayant provoqué une consolidation dans cette mesure, pour un montant estimé dans l'acte à 53 581 €. La valeur d'acquisition totale hors frais était donc fixée à 73 175 € + 53 581 € = 126 756 €⁴.

Après rejet de leur réclamation, les contribuables portaient le litige devant le tribunal administratif de Paris qui accueillait leur demande de réduction des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales résultant de cette rectification par un jugement du 30 septembre 2019, publié à la RJF 2020 n° 537, en retenant qu'en cas de cession de titres appartenant à une série de titres de même nature acquis à des prix différents, le prix d'acquisition à retenir pour la détermination du montant de la plus-value imposable est, conformément aux dispositions du 3 de l'article 150-0 D du CGI, la valeur moyenne pondérée d'acquisition de ces titres, quand bien même les titres cédés sont numérotés et identifiables. Saisie de l'appel du ministre de l'action et des comptes publics, la cour de Paris annulait ce jugement et remettait les impositions à la charge des époux qui se pourvoient.

3.- Leur principal moyen est tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit en jugeant qu'ils n'étaient pas fondés à réclamer, pour le calcul de la plus-value en litige, que le prix d'acquisition des titres qu'ils ont cédés en 2013 soit calculé selon la méthode du prix moyen pondéré en prenant en compte l'ensemble des acquisitions de titres Financière R....

Ce que demandaient les contribuables, c'est que le prix d'acquisition des titres cédés soit calculé à partir du prix moyen pondéré d'acquisition de tous les titres Financière R... dont Mme J... avait successivement fait l'acquisition, à chaque fois à titre gratuit, y compris ceux qui avaient été acquis par voie de donation-partage le 21 décembre 2005 et au titre desquels des engagements de conservation avaient été pris.

La cour leur a objecté, par un motif de pur droit, que les titres Financière R..., grevés d'un engagement de conservation « *rendant leur cession impossible en 2013* », n'étaient « *pas de même nature* » que les autres titres Financière R....

Nous passons sur le fait que, contrairement à ce qu'a écrit la cour, un engagement de conservation ne rend pas la cession impossible. Il demeure en effet loisible au propriétaire de valeurs mobilières qui, à des fins fiscales, a souscrit un engagement de conservation dans le cadre d'un pacte Dutreil, de céder à tout moment ses titres, qui ne sont, au plan civil, frappés d'aucune indisponibilité ou incessibilité. L'intéressé s'expose seulement à perdre le bénéfice de l'avantage fiscal en considération duquel l'engagement a été pris.

⁴ En outre, l'administration minorait les frais d'acquisition en ce qui concerne les 918 000 titres (96 708 € et non 150 988 €) mais majorait les frais d'acquisition en ce qui concerne les 612 000 titres (14 535 € et non 10 670 €).

Surtout, il nous semble difficile de tenir, comme l'a fait la cour, qu'une action émise par une société par actions serait d'une autre nature qu'une autre action de la même émettrice au seul motif que leur propriétaire aurait pris un engagement de conservation.

C'est à notre avis confondre deux questions, l'une se rapportant au titre financier, l'autre à la personne de son propriétaire.

Il faut en effet se souvenir que les actions de même catégorie sont fongibles par nature. Depuis la dématérialisation des valeurs mobilières émises en territoire français, opérée par la loi de finances pour 1981⁵, ces valeurs sont systématiquement « *inscrites en comptes* », ces comptes étant tenus soit par l'émettrice (auquel cas on parle d'actions nominatives), soit par un intermédiaire habilité (auquel cas on parle de titres « au porteur », l'émetteur ne connaissant alors pas nécessairement l'identité des actionnaires)⁶. Mais dans tous les cas, rien ne distingue un titre d'une même catégorie (une action ordinaire, une action de préférence, une action de capital) d'un autre titre de la même catégorie. L'article L. 228-1 du code de commerce exprime cette idée, qui est à la base du principe d'égalité entre actionnaires, en retenant que les valeurs mobilières « *confèrent des droits identiques par catégories* ».

C'est précisément pour surmonter cette interchangeabilité ou permutabilité parfaite⁷ que le législateur a parfois recours à la règle PEPS (« premier entré, premier sorti ») – FIFO en anglais (« *first in first out* ») – pour que, dans le cas où la cession ne porte que sur une partie d'un portefeuille d'actions identiques du même émetteur, la cession soit réputée porter par priorité sur les titres entrés dans le patrimoine de leur titulaire à la date la plus ancienne. Telle est la règle que le législateur a définie, au 6 de l'article 39 *duodecies* du CGI, en matière de plus-values professionnelles de cessions de titres acquis ou souscrits à des dates différentes. Telle était également la règle que le législateur avait initialement retenue pour les plus-values mobilières des particuliers, par l'article 9 de la loi n° 76-660 du 19 juillet 1976 portant imposition des plus-values⁸, avant qu'il ne se ravise, diffère l'entrée en vigueur du texte et retienne finalement, à l'article 10 de la loi n° 78-688 du 5 juillet 1978 relative à l'imposition des gains nets en capital réalisés à l'occasion de cession à titre onéreux de valeurs mobilières, la règle du prix moyen pondéré qui figure à présent au 3 de l'article 150-0 D.

⁵ Article 94 de la loi n° 81-1160 du 30 décembre 1981.

⁶ Cf. sur ce point la présentation très claire faite dans *Droit financier*, 3^{ème} éd. 2019, Dalloz, sous la dir. d'A. Couret, n° 407 et suivants, p. 279.

⁷ S'agissant de la fongibilité, la doctrine privatiste retient « *qu'au sein d'une même catégorie, les actions sont parfaitement interchangeables, et peuvent être tenues comme parfaitement équivalentes les unes aux autres* » (R. Mortier et P. Saint-Amand, *La numérotation des actions*, Revue Droit des sociétés 2015 n° 12 e. 21), sans qu'y fasse obstacle leur numérotation éventuelle (v. A. Laude, *La fongibilité : diversité des critères et unité des effets*, RTD Com. 1995, p. 307, n° 14), et que « *Les actions émises au moment de la constitution de la société puis lors d'augmentations de capital successives sont fongibles entre elles* » (v. Rép. des sociétés Dalloz – Valeurs mobilières – Daniel Ohl – pt. 14).

⁸ Dont le deuxième alinéa du I prévoyait que « *Lorsqu'une série de titres de même nature a été acquise à des dates et des prix différents, la cession, si elle est partielle, est réputée porter par priorité sur ceux de ces titres qui ont été acquis à la date la plus ancienne* ».

Ainsi, au cas d'espèce, si nous nous plaçons un instant de raison avant que Mme J... ne cède les 1 530 000 actions Financière R... dont l'imposition de la plus-value est en litige, et que nous ouvrons le portefeuille de titres de l'intéressée, nous constatons que celui-ci contenait 5 610 000 actions Financière R... en pleine propriété (outre 5 814 000 actions en nue-propriété). Or, pour notre part, nous ne savons pas distinguer une action Financière R... en pleine propriété d'une autre action Financière R... en pleine propriété, et ce serait à notre avis céder à une illusion d'optique que d'affirmer que les 4 080 000 actions non cédées sont « celles » qui ont fait l'objet d'un engagement de conservation pour la même quotité, le 21 décembre 2015, comme si l'on pouvait les identifier une à une.

C'est encore se tromper, à notre avis, que d'écrire, comme l'a fait la cour, que « les » 612 000 titres cédés « ont été acquis le 20 décembre 2005, en nue-propriété, par apport en nue-propriété de six titres R...-A... provenant de la donation en date du 29 décembre 1998 des parents de Mme J... à son profit, pour un montant de 73 175,53 euros », alors que « ces » 612 000 titres n'étaient pas individualisables, dans la masse des titres Financière R... détenus en pleine propriété.

D'ailleurs, s'agissant de l'engagement de conservation, nous jugerions sévèrement l'administration si elle s'avisait de faire perdre le bénéfice de l'exonération Dutreil à raison de titres d'une société X en se fondant sur le motif que « les » titres grevés de l'engagement de conservation (en les supposant ainsi identifiables) auraient été vendus, si le contribuable conserve dans un son portefeuille au moins le nombre de titres de la même catégorie pour lesquels un engagement de conservation a été pris.

Il reste à décider s'il y a lieu de substituer au motif erroné retenu par la cour un autre motif de pur droit. Le ministre vous invite à juger, dans cette perspective, que les dispositions du 3 de l'article 150-0 D ne constituent qu'une modalité dérogatoire de détermination du prix d'acquisition, par conséquent d'interprétation stricte, par rapport à la modalité de droit commun que mentionnerait le 1 de l'article, en prévoyant un calcul à partir du prix effectif d'acquisition des titres cédés. A suivre le ministre, l'article 150-0 D contiendrait une règle implicite selon laquelle le prix moyen pondéré ne devrait pas être appliqué lorsque les titres cédés sont identifiables.

Toutefois, ainsi que l'admet le ministre, cette règle ne résulte pas de la lettre du texte. Et contrairement à ce qu'il soutient, les travaux parlementaires à l'adoption des dispositions de l'article 9 de la loi du 5 juillet 1978, à supposer qu'il soit besoin de s'y référer, alors que la lettre de la loi est claire, ne sont pas clairement en ce sens.

Enfin, il subsiste à notre avis l'obstacle insurmontable qui tient à ce qu'en cas d'acquisition de valeurs mobilières à des dates différentes et pour des prix différents, on ne sait pas, compte tenu de la fongibilité des titres, quels titres sont cédés ni, en l'absence de règle PEPS, quels titres devraient être réputés avoir été cédés. Nous en restons donc à l'idée qu'identifier les titres cédés, dans cette hypothèse, est une vue de l'esprit.

Enfin, nous ne sommes pas convaincus – et le ministre de l'économie et des finances ne le soutient d'ailleurs pas – que les dispositions alors en vigueur de l'article 150-0 D du CGI ouvrant droit à l'application d'abattements pour durée de détention⁹ impliqueraient de renoncer à l'application de la méthode du prix moyen pondéré. Ces deux opérations interviennent en effet à deux moments distincts. D'abord, il faut calculer le gain net de cession, en s'appuyant sur la méthode du prix moyen pondéré en cas d'acquisition à des dates différentes et pour des prix différents. Ensuite seulement, s'il y a lieu, il convient d'appliquer des abattements pour durée de détention. La circonstance que le bénéfice de ces abattements implique de recourir à la méthode du PEPS ne rétroagit nullement sur la question amont du calcul du prix d'acquisition et le BOFIP admet d'ailleurs qu'en présence de titres fongibles, le gain net total soit déterminé, dans une première étape, selon règle du prix moyen pondéré, avant de répartir les quantités cédées en fonction de la date d'acquisition ou de souscription selon la méthode du PEPS¹⁰.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt attaqué, au renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel de Paris et à ce que l'Etat verse la somme de 3 000 € à M. et Mme J... au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

⁹ Les plus-values de valeurs mobilières étaient alors réduites d'un abattement égal à 20 % de leur montant lorsque les titres étaient détenus depuis au moins deux ans et moins de quatre ans à la date de la cession, 30 % de leur montant lorsque les titres étaient détenus depuis au moins quatre ans et moins de six ans à la date de la cession et 40 % de leur montant lorsque les titres étaient détenus depuis au moins six ans.

¹⁰ Cf. BOI-RPPM-PVBMI-20-20-20-20 n° 140.