

N° 454288

M. A...

N° 455349

Ministre de l'économie, des finances et de la relance c/ M. B...

N° 455807

M. et Mme B...

8^{ème} et 3^{ème} chambres réunies

Séance du 11 mai 2022

Lecture du 31 mai 2022

CONCLUSIONS

M. Romain VICTOR, rapporteur public

1.- Les affaires appelées vous donneront l'occasion de préciser le cadre d'analyse des redressements procédant de la remise en cause, sur le terrain de l'abus de droit fiscal, de schémas d'apport de titres avec soulte réalisés au cours d'une période qui s'est ouverte au début des années 2000 et achevée le 31 décembre 2016. Il vous reviendra de dire s'il s'est agi d'une parenthèse enchantée pour les contribuables.

2.- Chacun se souvient que, pour favoriser les restructurations d'entreprises, le législateur a prévu des mécanismes de sursis d'imposition ou de report d'imposition de la plus-value réalisée lors de l'apport de titres d'une société, afin d'éviter que l'apporteur soit contraint d'acquitter immédiatement l'impôt correspondant, alors que l'opération d'apport, se traduisant par un échange de droits sociaux, ne lui procure aucunes liquidités.

La directive « fusions » du 23 juillet 1990¹, applicable aux opérations intéressant des sociétés d'Etats membres différents, avait prévu que l'attribution, à l'occasion d'un échange d'actions, de titres de la société bénéficiaire de l'apport, ne devait par elle-même entraîner aucune imposition sur le revenu, les bénéfices ou les plus-values de l'apporteur, un échange d'actions étant défini comme « *l'opération par laquelle une société acquiert, dans le capital social d'une autre société, une participation ayant pour effet de lui conférer la majorité des droits de vote de cette société, moyennant l'attribution aux associés de l'autre société, en échange de leurs titres, de titres représentatifs du capital social de la première société et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des titres qui sont remis en échange* »². Ce seuil de 10% figurait déjà dans de précédentes directives en matière de fusions et scissions³.

¹ Article 8 de la directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents.

² Article 2, sous d).

La transposition de ces dispositions a été réalisée par une loi du 26 juillet 1991⁴ qui a inséré dans le CGI un article 92 B, dont les dispositions ont été transférées à compter du 1^{er} janvier 2000 à l'article 150-0 B⁵, lequel, de toute évidence, n'a pas entendu appliquer un traitement différent aux opérations qui sont dans le champ de la directive et à celles qui sont réalisées uniquement entre sociétés françaises⁶.

Jusqu'en 1999, l'article 160 ancien du CGI précisait qu'en cas d'apport avec soulte, « *la partie de la plus-value correspondant à la soulte reçue est imposée immédiatement* ».

La loi de finances pour 2000 a changé la donne.

L'article 150-0 B, issu de ce texte, a institué un sursis d'imposition automatique en ce qu'il s'applique sans que le contribuable ait à en faire la demande. Il a ainsi prévu que les dispositions de l'article 150-0 A, relatives à l'imposition des plus-values mobilières, ne sont pas applicables, au titre de l'année de l'échange des titres, aux plus-values réalisées dans le cadre d'une opération d'apport de titres à une société soumise à l'IS. Son second alinéa a parallèlement prévu que « *Les échanges avec soulte demeurent soumis aux dispositions de l'article 150-0 A* » (donc sont immédiatement imposables) « *lorsque le montant de la soulte reçue par le contribuable excède 10 % de la valeur nominale des titres reçus* », ce dont il se déduit que des échanges donnant lieu au versement d'une soulte n'excédant pas 10% sont éligibles au bénéfice du sursis d'imposition.

La loi fiscale autorisait donc que l'apporteur encaisse la soulte, sans que ce versement en argent n'appelle une imposition immédiate⁷, alors même que le contribuable disposait, par construction, des liquidités lui permettant d'acquitter l'impôt qui aurait été assis sur le montant de la soulte.

Le champ d'application de l'article 150-0 B a été modifié par l'article 18 de la loi de finances rectificative pour 2012⁸, en vue d'exclure du bénéfice du sursis d'imposition les plus-values d'apport de titres effectués au profit d'une société contrôlée par l'apporteur, l'administration fiscale ayant entendu dissuader certains montages d'apport-cession, qui permettaient à des contribuables, tout à la fois, de bénéficier du sursis d'imposition au titre de

³ Articles 3 § 1 et 4 §1 de la 3^{ème} directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 octobre 1978 concernant les fusions des sociétés anonymes et article 2 § de la 6^{ème} directive du Conseil du 17 décembre 1982 concernant les scissions des sociétés anonymes, transposés par la loi n° 88-17 du 5 janvier 1988 à l'article 371 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales et dont les dispositions sont reprises à l'article L. 236-1 du code de commerce.

⁴ Article 24 de la loi n° 91-716 du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

⁵ Par l'article 94 de la loi n° 99-1172 du 30 décembre 1999 de finances pour 2000.

⁶ Cf., s'agissant de l'article 210 A du CGI : 9^{ème} et 10^{ème} ssr, 17 juin 2011, *SARL Méditerranée Automobiles*, n° 324392, rec. p. 301, RJF 2011 n° 1035, concl. P. Collin BDCF 2011 n° 110 ; CJCE, Plén., 17 juillet 1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, RJF 1997 n° 1002.

⁷ Ainsi que le retiennent les commentaires administratifs publiés au BOFIP sous la référence BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-20150702 § 160 : « *Lorsque la condition relative à l'importance de la soulte est remplie (soulte reçue inférieure à 10 % de la valeur nominale des titres reçus), la plus-value constatée lors de l'opération d'apport est placée en report d'imposition, y compris en ce qui concerne le montant de la soulte reçue qui n'est donc pas imposé immédiatement* ».

⁸ Loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012 de finances rectificative pour 2012.

l'apport et, indirectement, des liquidités procurées par la cession des titres apportés par la société bénéficiaire de l'apport et dégageant elle-même une plus-value faible ou nulle. A ainsi été créé un article 150-0 B *ter* créant, à compter du 14 novembre 2012, un mécanisme de report d'imposition en cas d'apport à une société bénéficiaire contrôlée par le contribuable, le deuxième alinéa du I de l'article prévoyant, comme l'article 150-0 B, que « *Les apports avec soulte demeurent soumis à l'article 150-0 A lorsque le montant de la soulte reçue excède 10 % de la valeur nominale des titres reçus* ».

Dans le cas du sursis (article 150-0 B), la plus-value résultant de l'échange de titres, qui revêt un caractère purement intercalaire, n'est ni constatée, ni déclarée l'année de l'échange. Elle ne l'est qu'au titre de l'année de la cession des titres remis à l'échange, étant observé que la plus-value en sursis peut être définitivement exonérée en cas de transmission à titre gratuit des titres reçus en échange. Dans le cas du report (article 150-0 B *ter*), la plus-value d'apport est cristallisée et d'ailleurs déclarée dès l'année de l'apport mais l'imposition n'est déclenchée que par un événement mettant fin au report, notamment la cession des titres reçus en rémunération de l'apport ou la cession des titres apportés, étant observé que la plus-value peut aussi être définitivement exonérée en cas de transmission à titre gratuit des titres reçus en échange non suivie d'une cession dans un certain délai.

C'est finalement l'article 32 de la loi de finances rectificative pour 2016⁹ qui a sifflé la fin de la partie : tout en maintenant le bénéfice du sursis ou du report pour les opérations stipulant une soulte n'excédant pas 10%, le législateur en a sans doute considérablement réduit l'intérêt en complétant les articles 150-0 B et 150-0 B *ter* pour prévoir qu'en ce cas, « *la plus-value est, à concurrence du montant de cette soulte imposée au titre de l'année de l'échange* » ou « *de l'apport* ». En pratique, cela signifie que, pour un gain net de cession de 50 et une soulte de 10, le sursis ou le report bénéficie à hauteur de 40 et l'impôt est établi immédiatement sur une assiette de 10, cet impôt pouvant facilement être acquitté grâce aux liquidités que procure la soulte de 10. Bien sûr, si toutefois la plus-value de cession est inférieure au montant de la soulte, alors l'impôt est immédiatement établi sur la totalité de la plus-value et il n'y a aucune imposition à laquelle il conviendrait de surseoir ou qu'il conviendrait de reporter.

Il reste qu'un nombre non négligeable d'opérations d'apport prévoyant une soulte généralement fixée au taux plafond de 10% ont été réalisées par des contribuables puis remises en cause par les services de contrôle de la DGFIP sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, soumises pour certaines d'entre elles à l'avis du comité de l'abus de droit fiscal et portées depuis lors devant divers tribunaux administratifs.

Sur un plan purement abstrait, vous avez déjà jugé, par une décision C... du 12 juillet 2017 (8^{ème} et 3^{ème} chr, n° 401997, aux T. sur des questions de recevabilité, RJF 2017 n° 1109, à nos concl. C1109, Dr. Fisc. 2017 n° 37 c. 446), à l'occasion d'un recours en excès de pouvoir dirigé contre des commentaires administratifs de l'article 150-0 B *ter*¹⁰ énonçant que

⁹ Loi n° 2016-1918 du 29 décembre 2016 de finances rectificative pour 2016.

¹⁰ Cf. le § 170 des commentaires administratifs de l'article 150-0 B *ter* du CGI publiés par le ministre des finances et des comptes publics au BOFiP-Impôts le 4 mars 2016 sous la référence BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

« l'administration a toujours la possibilité, dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal (...) d'imposer la soulte reçue, s'il s'avère que cette opération ne présente pas d'intérêt économique pour la société bénéficiaire de l'apport, et est uniquement motivée par la volonté de l'apporteur d'appréhender une somme d'argent en franchise immédiate d'impôt et d'échapper ainsi notamment à l'imposition de distributions du fait de ce désinvestissement », qu'en l'absence de toute mention explicite en ce sens, il ne résultait pas des dispositions de l'article 150-0 B *ter* que le législateur ait entendu exclure la possibilité pour l'administration fiscale de faire application aux opérations d'apport entrant dans leurs prévisions, notamment aux opérations d'apports avec soulte lorsque le montant de celle-ci est inférieure à 10 % de la valeur nominale des titres reçus, de la procédure d'abus de droit, lorsque les conditions de mise en œuvre de cette procédure sont réunies.

Cela allait presque sans dire, la fraude à la loi étant, en vertu d'un principe général du droit¹¹, toujours réservée, mais la décision *Bourgeois* invalide malgré tout l'idée que le législateur aurait accordé aux apporteurs un droit de tirage inconditionnel, une permission légale absolue, en leur garantissant par avance qu'une soulte n'excédant pas le seuil de 10% bénéficierait nécessairement du report ou du sursis.

Si donc vous avez écarté la thèse selon laquelle un apport avec soulte respectant le seuil de 10% ne pourrait jamais être remis en cause sur le fondement de l'abus de droit, il est exclu de juger que la stipulation d'une soulte, fût-elle fixée au taux maximum de 10%, caractériserait toujours un abus de droit.

Il faut donc tracer une voie médiane et tenter de fixer des critères d'appréciation.

Ceci implique d'abord de s'intéresser à la fonction de la soulte dans un traité d'apport.

La soulte, dont l'étymologie latine (*solvere*) nous renvoie simplement à la notion de paiement¹², doit d'abord être regardée comme un instrument d'ajustement.

En droit civil, la soulte est une somme d'argent qu'un copartageant ou un époux doit verser aux autres parties dans le cadre du partage de biens indivis ou de la liquidation d'un régime matrimonial, lorsque les lots sont inégaux en valeur. La stipulation d'une soulte est par ailleurs « monnaie courante » dans les contrats d'échange, définis comme les contrats dans lesquels « *les parties se donnent respectivement une chose pour une autre* »¹³, là aussi pour tenir compte de l'inégale valeur des choses qui sont permutées.

L'apport de droits sociaux rémunéré par la remise d'autres droits sociaux s'analysant, civilement, comme un contrat d'échange, il n'est guère surprenant qu'une soulte vienne en complément de la remise d'une certaine quantité de titres, pour équilibrer l'opération.

¹¹ Section, 27 sept. 2006, *Sté Janfin*, n° 260050, rec. p. 401 ; Plén., 25 oct. 2017, *M. D... et autres*, n° 396954, rec. p. 321.

¹² Comme d'ailleurs les versions anglaise (*cash payment*) et allemande (*baren Bezahlung*) de la directive fusions.

¹³ Article 1702 du code civil.

Mais il nous semble qu'au-delà des difficultés résultant de la détermination d'une parité d'échange des titres qui ne permet pas toujours d'attribuer un nombre entier de titres et fait apparaître des « rompus », il faut aussi envisager, plus largement, qu'une soulte, notamment dans le cas où l'apporteur ne contrôle pas la société bénéficiaire, soit le moyen idoine trouvé pour déterminer un apporteur, eu égard à son pouvoir de négociation, à consentir à remettre ses titres à l'échange et permettre la conclusion de l'opération de restructuration, en compensant certains désavantages qui pourraient résulter pour lui de l'apport : dilution de la participation entraînant la réduction des droits de vote financiers ou la perte d'une minorité de blocage, stipulation dans les statuts constitutifs de la société bénéficiaire de l'apport de clauses d'agrément entravant la cessibilité des titres remis en échange, contraintes analogues résultant de la conclusion d'un pacte d'actionnaires empêchant l'apporteur de sortir avant un terme donné...

Si vous nous permettez cette expression, la soulte a pour fonction de mettre de l'huile dans les rouages de la négociation préalable à la conclusion du traité d'apport et elle se marie très bien avec la finalité générale des dispositions fiscales qui est de favoriser les opérations de restructuration d'entreprises.

Quant à la fixation d'un taux plafond de 10%, la justification fiscale paraît assez claire.

Ainsi que le Conseil constitutionnel l'a jugé dans sa décision n° 2017-638 QPC du 16 juin 2017 relative au troisième alinéa de l'article 150-0 B, le législateur a entendu éviter, au nom de la lutte contre l'évasion fiscale, que bénéficient du sursis d'imposition « *celles de ces opérations qui ne se limitent pas à un échange de titres, mais dégagent également une proportion significative de liquidités* » et qu'« *[à] cette fin, poursuivant ces buts d'intérêt général, il a prévu que les plus-values résultant de tels échanges avec soulte soient soumises à l'impôt sur le revenu au titre de l'année de l'échange, lorsque le montant des liquidités correspondant à la soulte dépasse une certaine limite* » (paragr. 6).

C'est la même interprétation qu'a retenue Mme Juliane Kokott dans ses conclusions sur un arrêt *Kofoed* de la CJCE (1^{ère} ch., 5 juil. 2007, n° C-321/05), en faisant valoir que si la directive « fusions » poursuit l'objectif d'éliminer les désavantages fiscaux qui résulteraient d'une imposition immédiate lors de l'échange de titres, « *les contribuables ne doivent pas pouvoir comme bon leur semble soustraire à l'impôt des bénéfices qui seraient en soi imposables si les actions étaient cédées sur le marché, simplement parce qu'ils sont réalisés dans le contexte d'une restructuration. Mais le plafond de 10% permet aux parties à la restructuration de conserver une certaine marge de manœuvre pour verser des soultes en espèces qui peuvent être indispensables lors d'un échange de titres, aux fins de compensation de valeur* » (point 37).

Ces réflexions raisonnent avec des débats qui ont traversé la jurisprudence et la doctrine civiles. La Cour de cassation a pu hésiter sur la qualification à réserver à un échange assorti d'une soulte. Tantôt elle a décomposé le contrat unique en deux opérations (une vente à proportion de la soulte et un échange pour le reste), selon une conception dualiste. Tantôt elle y a vu, lorsque la soulte est d'une importance anormale, une vente pour le tout,

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

l'existence de cette soulte importante transformant le contrat d'échange en vente (Cass., 3^{ème} Civ., 26 juin 1973, *Cts Saguier c/ Carbonneaux*, n° 72-12.489, *Bull. civ. III* n° 436), ce « *changement quantitatif entraînant ainsi un changement qualitatif* » (Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Droit civil, Droit des contrats spéciaux*, LGDJ sept. 2020 n° 547).

Ceci étant précisé, la bonne méthode, pour le juge de cassation, n'est sans doute pas de dresser *a priori* un inventaire de situations dans lesquelles une soulte inférieure ou égale à 10% aurait été légitimement stipulée.

La démonstration par l'administration d'un abus de droit par fraude à la loi impliquant de faire la preuve que le contribuable, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n'a été inspiré par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer la charge fiscale que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportée eu égard à sa situation et à ses activités réelles, il semble logique de tenir, même si c'est évidemment un peu circulaire, que le régime du sursis d'imposition ou du report d'imposition sous lequel un contribuable a placé la soulte qui lui a été versée ne peut être remis en cause que s'il est fait la démonstration que cette soulte n'avait nullement pour fonction de permettre la réalisation d'une opération de restructuration d'entreprise, mais avait en revanche pour seule justification de permettre à l'apporteur d'appréhender tout de suite, en franchise d'impôt, des liquidités, étant rappelé que le fait de bénéficier d'un différé d'imposition de la plus-value peut caractériser un abus de droit, alors même qu'une imposition serait susceptible d'intervenir ultérieurement (pour un report d'imposition : 8 oct. 2010, *Min. c/ M. et Mme E...*, n° 313139, T. p. 716 et 9^{ème} et 10^{ème} chr, 10 juil. 2019, *M. et Mme F...*, n° 411474, T. p., RJF 2019 n° 948 ; pour un sursis d'imposition : 10^{ème} et 9^{ème} ssr, 27 juil. 2012, *M. et Mme G...*, n° 327295, T. p. 685-710).

Nous pouvons à présent en venir aux deux affaires qui vous sont soumises.

3.- M. Daniel B..., qui est né en 1935, a fondé, en 1959, en Bretagne, le groupe industriel qui porte son nom et qui est aujourd'hui un leader mondial dans le secteur de la nutrition végétale et animale. Ce groupe indépendant compte 9 200 collaborateurs pour un chiffre d'affaires consolidé de 2,5 milliards d'euros. Il est contrôlé par la famille B..., au travers d'une holding animatrice ayant la forme d'une société anonyme, la Compagnie financière de participation B... (CFPR).

Au cours de l'année 2010, M. B..., alors âgé de 75 ans, a organisé la transmission des actions de la SA CFPR. A cette date, les 39 972 titres de la société étaient pour l'essentiel¹⁴ répartis de la manière suivante :

- 42% en pleine propriété pour M. B... (16 668 actions) ;
- 10% en pleine propriété pour la société d'acquêts constituée en juillet 2001 entre M. B... et sa seconde épouse en complément de leur régime matrimonial de séparation de biens (3 997 actions) ;
- 2% en pleine propriété pour les cinq filles de M. B..., selon des quotités inégales¹⁵ (852 actions) ;

¹⁴ Il reste 77 actions détenues par la famille et des tiers.

¹⁵ Les cinq filles de M. B... détenaient respectivement en pleine propriété 525, 244, 79, 2 et 2 actions.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

- les 46% restants (18 378 actions) étant démembérés, l'usufruit revenant à M. B... et la nue-propiété à ses filles.

Deux opérations d'apport au profit de deux bénéficiaires distincts ont été réalisées le 15 décembre 2010.

D'une part, la société d'acquêts a apporté ses titres CFPR à la société civile D2R, constituée entre M. et Mme B..., pour une valeur fixée à 75 M€. La société d'acquêts, apporteuse, s'est vu remettre des parts de D2R, pour une valeur fixée à 68,7M€ et elle s'est vu verser, en complément, une soulte de 6,3 M€.

D'autre part, M. B... et ses filles ont apporté les titres CFPR qu'ils détenaient en pleine propriété et en usufruit ou nue-propiété à la société civile Famille B... Avenir Développement (FRAD), pour une valeur fixée à 670 M€. Les apporteurs ont reçu en échange des parts sociales de la société FRAD (61 500 000) pour une valeur fixée à 615 M€ et une soulte dont le montant global est de 55 M€¹⁶.

Les sociétés D2R et FRAD avaient bien sûr opté pour l'IS.

Par acte authentique du 16 décembre 2010, lendemain de l'apport, M. B... a donné la nue-propiété de 5 448 724 parts de la SC FRAD à chacune de ses cinq filles et la pleine propriété de 100 000 parts de la SC D2R à chacun de ses douze petits-enfants. La plus-value en sursis d'imposition attachée à ces donations a donc été définitivement purgée.

Vous l'aurez constaté, dans chaque opération d'apport, la soulte représente moins de 10% de la valeur nominale des parts sociales reçues ; elle est d'environ 9% (6,3 M€ < 6,87 M€ ; 55 M€ < 61,5 M€).

Le montant de ces soultes a été financé par un crédit à court terme, dans le cadre d'une autorisation de découvert courant jusqu'à fin janvier 2011, dans l'attente du versement des dividendes distribués par la SA CFPR, versement qui est effectivement intervenu le 21 janvier 2011, à hauteur de 58 M€ environ pour la SC FRAD et de 6,5 M€ pour la SC D2R. Ce sont donc les bénéfices distribuables dont la société dont les titres ont été apportés était grosse qui ont permis de financer le versement de la soulte par les sociétés bénéficiaires des apports.

Les apporteurs ont estimé que les opérations d'apport entraient dans le champ des dispositions de l'article 150-0 B, y compris en tant qu'elles avaient donné lieu au versement d'une soulte, mais l'administration a remis en cause l'opération sur le fondement de l'article L. 64 du LPF, en considérant que les soultes devaient être regardées comme ayant la nature de revenus distribués au sens des dispositions du 2° du 1 de l'article 109 du CGI, donc de revenus de capitaux mobiliers, les distributions officielles par CFPR aux deux SC en janvier 2011 n'étant que l'apparence donnée à des distributions officieuses de CFPR aux apporteurs opérées en décembre 2010.

¹⁶ M. B... a reçu 28 443 621 parts FRAD en pleine propriété et 31 608 228 parts en usufruit, la nue-propiété étant attribuée à ses filles, lesquelles ont par ailleurs reçu 1 448 151 parts en pleine propriété.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Saisi, le comité de l'abus de droit fiscal s'est déclaré d'avis que l'administration était fondée à mettre en œuvre cette procédure (avis n° 2016-20 du 13 octobre 2016), basculant la charge de la preuve sur les contribuables.

Le litige, portant sur un montant global de droits et pénalités de 41 M€, a été porté par M. et Mme B... devant le tribunal administratif de Montreuil qui s'est prononcé par un jugement du 16 juillet 2019. Il a prononcé la décharge, en droits et pénalités, des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales mises à la charge de M. B... concernant l'opération d'apport à la société FRAD pour les seules actions que l'intéressé détenait en usufruit et a rejeté le surplus de la demande.

M. et Mme B... ont interjeté appel de l'article 3 du jugement rejetant le surplus de la demande de décharge et le ministre a formé un appel incident en demandant que les impositions et pénalités dont la décharge avait été prononcées soient remises à la charge des contribuables.

Par un arrêt coté C+ du 21 juin 2021, la cour administrative d'appel de Versailles a annulé le jugement en tant qu'il s'était prononcé sur la soulte versée à l'occasion de l'apport à la société FRAD pour un motif de régularité et évoquant l'affaire, elle a déchargé M. et Mme B..., en droits et pénalités, des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales mises à leur charge concernant l'opération d'apport à la société FRAD. La cour a par ailleurs rejeté le surplus de la requête d'appel, confirmant ainsi la rectification relative à la soulte versée à l'occasion de l'apport à la société D2R.

Vous êtes logiquement saisis de deux pourvois en cassation, le premier présenté par le ministre et dirigé contre l'article 2 de l'arrêt, le second présenté par les contribuables et dirigé contre l'article 3 de l'arrêt, en tant qu'il rejette le surplus de leur requête d'appel.

D'autres pourvois, dans les contentieux intéressant les filles de M. B..., sont encore au stade de la procédure d'admission.

4.- Nous commençons par le pourvoi de M. et Mme B... qui concerne donc l'apport des titres CFPR par leur société d'acquêts à la société D2R.

Les motifs de l'arrêt sont entachés d'une erreur de droit.

La cour a repris à son compte, au point 6 de l'arrêt, peu ou prou, la définition que la Cour de justice a donné, dans son arrêt *Kofoed* précité, de la soulte, comme visant « *les prestations pécuniaires ayant le caractère d'une véritable contrepartie à l'opération d'échange de titres, à savoir les prestations qui ont été convenues à titre contraignant en tant que complément à l'attribution de titres représentatifs du capital social de la société acquéreuse et ceci indépendamment des éventuels motifs sous-tendant l'opération* ».

Nous rappelons que, par cet arrêt *Kofoed*, la Cour de justice s'était attachée à définir des critères susceptibles de permettre d'établir qu'un versement postérieur à l'apport et auquel les parties n'avaient pas donné spontanément la qualification de soulte devait être regardé comme une soulte en espèces, pour apprécier le franchissement du seuil de 10%.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Puis au point 16, la cour administrative d'appel a conclu son raisonnement en jugeant que M. et Mme B... « *n'établissent pas l'existence d'une prestation convenue à titre contraignant en tant que complément à l'attribution de titres représentatifs du capital social de la société D2R* ».

Ce raisonnement paraît assez évidemment critiquable car il semble se diriger droit à la conclusion que la soulte dont l'imposition en litige n'en était pas véritablement une...

Or il ne fait aucun doute que la soulte litigieuse était bien une soulte. Elle avait en effet été nommée comme telle par les parties au traité d'apport. Le raisonnement que la cour devait tenir était donc de savoir si la soulte devait être regardée comme n'ayant d'autre but que d'appréhender des liquidités en franchise d'impôt.

Et en tout état de cause, si la soulte n'en était pas une, on perçoit mal pourquoi l'administration aurait eu besoin d'écarter les stipulations des actes de droit privé ayant prévu son versement. Il aurait alors suffi à l'administration de l'imposer directement dans la catégorie de revenus applicable.

5.- Le ministre critique quant à lui les motifs de l'arrêt par lesquels la cour, exerçant son pouvoir d'évocation, a accueilli la demande de décharge des droits et pénalités résultant de l'imposition de la soulte versée à l'occasion de l'apport des titres CFPR par M. B... à la société FRAD.

L'opération d'apport a eu pour conséquence de substituer, dans le portefeuille des participations détenues par M. B..., des titres FRAD à des titres CPFR.

Procédant à une lecture côte-à-côte des statuts de la société CFPR et des statuts de la société FRAD, les juges d'appel se sont montrés sensibles à l'idée que M. B... subissait, du fait de cette réorganisation de la structure du groupe, une perte de liquidité, que le versement d'une soulte aurait rendu acceptable. Ils ont relevé, par une appréciation au demeurant assez convaincante, que les parts sociales de la société FRAD étaient moins facilement cessibles que les actions de la SA CFPR, ce dont ils ont déduit que la « *perte de liquidité représente une prestation convenue à titre contraignant venant en complément à l'attribution de titres de la société FRAD en rémunération de laquelle une soulte, dont le montant est librement négocié entre les parties, [pouvait] être versée* ». Ils ont donc écarté la qualification d'abus de droit.

Ce raisonnement est exempt d'erreur de droit. Il est certain que la moindre liquidité de titres est un paramètre qui, de la même manière qu'il peut exercer une influence sur la valorisation de ces titres et justifier un abattement ou une décote (v. 8^{ème} et 3^{ème} ssr, 3 juil. 2009, H..., n° 301299, T. p. 726), peut représenter un désavantage pour l'apporteur et ainsi justifier, en théorie du moins, le versement d'une soulte.

Ce qui nous gêne cependant, dans l'appréciation portée par la cour, c'est son caractère abstrait ou purement objectif.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Les juges d'appel ont déduit des statuts la moindre liquidité – et ils ont sans doute eu raison sur ce point – mais ils n'ont pas recherché si cette moindre liquidité était réellement préjudiciable pour M. B.... Or, au point 2 de l'arrêt, retraçant de manière exhaustive les faits de l'espèce, les juges d'appel avaient eu le soin de rappeler que M. B... avait, dès le lendemain de la remise des parts de la société FRAD, soit pour mémoire, en ce qui le concerne, 28 443 621 parts en pleine propriété et 31 608 228 parts en usufruit, consenti à chacune de ses cinq filles des donations portant sur la nue-propriété de 5 448 724 parts, soit 27 243 620 parts données en nue-propriété, et des donations de la pleine propriété de 100 000 parts de la société FRAD à chacun de ses douze petits-enfants, soit 1 200 000 parts supplémentaires. Ainsi, sur les 28 443 621 parts reçues en pleine propriété le mercredi, M. B... avait donné dès le jeudi la nue-propriété ou la pleine propriété de 28 443 620 de ces parts, ne conservant ainsi qu'une seule part en pleine propriété.

Or il nous semble que la perte de liquidité de titres qu'on a soi-même volontairement démembrés ou, *a fortiori*, de titres dont on a transféré la propriété à titre gratuit, ne saurait être regardée comme une contrainte, un facteur pénalisant justifiant le versement d'une soulte, sachant que ces titres démembrés ou donnés en pleine propriété représentent un peu plus de 47% des titres remis à M. B... lors de l'échange et plus de 99% des parts reçues en pleine propriété.

En outre, alors que la cour a mis en exergue la circonstance que l'objectif poursuivi lors de la restructuration des participations était de « *regrouper au sein d'une holding familiale les titres de la société opérationnelle détenus par les actionnaires familiaux et en assurer ainsi le contrôle pérenne* », il nous semble que la cour n'a pas tiré les conséquences de ces constatations et qu'à tout le moins, elle aurait aussi dû s'interroger, en ce qui concerne les titres restants (soit 1 part en pleine propriété et 31 608 228 parts en usufruit), sur l'inconvénient que représentait la moindre cessibilité des parts reçues en échange, en particulier s'agissant de parts démembrées.

5.- Nous en venons maintenant à l'affaire de M. A... qui était l'associé de deux sociétés par actions simplifiées, CVA Engineering (un bureau d'études) et CV Associés (une agence de travail temporaire), dont il détenait respectivement 500 et 20 000 actions.

En 2012, M. A... a créé, avec un autre associé, la SARL CVA Europe Holding, à laquelle il a apporté, le 2 avril 2013, ses actions CVA Engineering puis, le 15 novembre 2013, ses actions CV Associés.

Lors du premier apport, les actions CVA Engineering ont été valorisées à 800 000 €. M. A... a reçu 72 728 parts sociales de CVA Europe Holding d'une valeur de 727 280 € et une soulte de 72 720 € représentant 9,99% de la valeur nominale des titres reçus : 8 € ont été prudemment retranchés pour ne pas atteindre 10%, alors même que la loi fiscale permet d'aller jusqu'à 10% puisqu'elle prévoit l'imposition immédiate des plus-values lorsque l'apport donne lieu au versement d'une soulte dont le montant « excède 10% ».

Lors du second apport, les actions CV Associés ont été valorisées à 384 000 €. M. A... a reçu 34 910 parts sociales toujours d'une valeur unitaire de 10€, soit des titres valorisés 349 100 €, et une soulte de 34 900 €, là encore égale à 9,99%.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Ces opérations d'apport ont été couplées avec le rachat à crédit par la société CVA Europe Holding, le 27 août 2013, de 250 titres de la société CVA Engineering appartenant à M. I..., de sorte que CVA Europe Holding disposait, à l'issue des opérations, de la totalité du capital de la société CVA Engineering. La société a également racheté des parts de la société CV Associés détenues par des minoritaires, en décembre 2013 et janvier 2014, portant ainsi à 95 % les droits détenus dans le capital de CV Associés.

Le montant des deux soultes reçus par M. A... a été inscrit au crédit de son compte courant d'associé dans les écritures de la société bénéficiaire de l'apport. Le remboursement a été effectué au cours des exercices clos en 2014 et 2016 grâce au versement à la société CVA Europe Holding de dividendes distribués par les sociétés dont les titres ont été apportés et soumis au régime mère-filles.

Comme dans les dossiers précédents, les soultes ont été placées sous un régime de différé d'imposition, en l'occurrence sous le régime de report d'imposition prévu par l'article 150-0 B *ter*, s'agissant d'une société contrôlée par l'apporteur.

A l'issue d'un contrôle, l'administration a prétendu soumettre les soultes inscrites au crédit du compte courant d'associé, bien que non encore remboursées, à l'impôt sur le revenu, en tant que revenus distribués, sur le fondement du 2° du 1 de l'article 109 du CGI, mais aussi aux prélèvements sociaux sur les produits de placement, en soutenant que le versement des soultes ne répondait à aucun autre objectif que de permettre au contribuable d'appréhender les sommes correspondants en franchise immédiate d'impôt et constituait par conséquent un abus de droit.

Les inscriptions au compte courant réalisées à la suite des deux apports ayant eu lieu, pour la première, au titre d'un exercice clos le 30 juin 2013 et pour la seconde, au titre d'un exercice clos le 30 juin 2014, l'administration avait imposé la première soulte au titre de l'année 2013 et la seconde au titre de l'année 2014. Elle s'est aperçue, en appel, que la seconde soulte, inscrite dès le 15 novembre 2013 au crédit du compte courant d'associé, constituait un revenu disponible en 2013 et aurait dû être imposée au titre de cette année ; elle a donc prononcé le dégrèvement des impositions établies au titre de 2014.

Le montant total des droits et pénalités restant en litige s'établit à environ 60 000 €.

M. A... se pourvoit contre l'article 2 de l'arrêt du 27 mai 2021 de la cour administrative d'appel de Nantes ayant rejeté le surplus des conclusions de son appel contre le jugement du tribunal administratif d'Orléans ayant rejeté sa demande de décharge.

6.- La cour a, s'agissant de l'abus de droit, raisonné à l'intérieur du bon cadre juridique.

Elle a rappelé, sans évidemment commettre d'erreur de droit, les termes de votre décision *Bourgeois*, ainsi que l'objectif poursuivi par les dispositions de l'article 150-0 B *ter*, en retenant que cet objectif « *n'est pas respecté si l'octroi de la soulte n'est pas destiné à favoriser la réalisation d'une opération de restructuration d'entreprises mais est, en réalité,*

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

uniquement motivé par la volonté de l'apporteur des titres d'appréhender en franchise immédiate d'impôt des liquidités détenues par la société dont les titres sont apportés ». Sur ce point, et inspirée par les faits de l'espèce, la cour a ajouté que la contrariété à l'objectif poursuivi par le législateur pouvait le cas échéant être déduit de la circonstance que la société bénéficiaire de l'apport et partie au traité d'apport, n'a elle-même aucun intérêt à verser la soulte, notamment lorsque ce versement revient à la priver d'une partie de la richesse logée dans la société dont les titres sont apportés.

La cour, qui a porté sur les faits de l'espèce une appréciation exempte de dénaturation, a ensuite relevé que la société bénéficiaire de l'apport ne disposait pas des liquidités nécessaires pour procéder au remboursement immédiat de la totalité des sommes inscrites à ce titre au crédit du compte courant d'associé de M. A... et qu'elle n'avait été solvabilisée que par les dividendes qui lui ont par la suite été versés, sous le bénéfice du régime des sociétés mères, par les deux sociétés dont les titres lui ont été apportés.

Elle en a déduit que cette construction, qui n'était donc pas la condition de la restructuration, caractérisait une appréhension par M. A..., en franchise immédiate d'impôt, des liquidités des sociétés dont il avait apporté les titres à la société CVA Europe Holding, qu'il contrôlait, au travers du versement de dividendes par les premières à cette dernière. Elle a en quelque sorte signifié à M. A..., qui se trouvait des deux côtés de l'opération d'apport, qu'il aurait pu appréhender par un circuit court mais fiscalisé, ce qu'il a appréhendé par un circuit long et défiscalisé, et ces motifs sont exempts d'erreur de qualification juridique, le requérant peinant véritablement à justifier de l'intérêt que les parties aux contrats d'apport auraient eu à stipuler une soulte.

7.- Il reste toutefois à s'interroger, et c'est le sens d'un moyen qui a été communiqué aux parties en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, sur la catégorie de revenus dans laquelle l'imposition doit être établie, une fois écarté le bénéfice du report d'imposition, lorsque l'administration, comme en l'espèce, ne remet pas en cause sur le terrain de l'abus de droit l'apport lui-même, dans son principe même ou sa globalité, mais seulement la stipulation d'une soulte.

La cour a validé l'approche de l'administration consistant à traiter l'inscription au crédit du compte courant d'associé du montant des soultes octroyées à M. A... comme des revenus distribués au sens du 2° du 1 de l'article 109 du CGI. Cela conduit à envisager une situation dans laquelle il convient de combiner l'imposition (ultérieure) de la plus-value en report selon le régime des plus-values mobilières et l'imposition (immédiate) de la soulte selon le régime des revenus de capitaux mobiliers.

Mais cette solution dualiste présente l'inconvénient de maintenir l'imposition selon le régime des plus-values mobilières d'un apport de titres sous-rémunéré.

Il nous semble en définitive que l'imposition de la soulte en tant que plus-value devrait être préférée.

Outre que cette solution était celle d'avant le 1^{er} janvier 2000 et qu'elle est celle d'après le 31 décembre 2016, de sorte qu'elle présente l'avantage d'une certaine cohérence

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

historique, il nous semble aussi qu'elle peut s'appuyer sur une autre lecture de la divisibilité de l'opération d'apport avec soulte abusive.

Plutôt que de voir dans cette opération un échange (imposable selon le régime des plus-values mobilières) doublé d'une distribution (imposable dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers), il semble en effet permis d'y voir un échange doublé d'une vente, l'un et l'autre imposables dans la catégorie des plus-values mobilières.

Si vous nous suivez, vous approuverez donc la qualification d'abus de droit retenue par la cour, mais pas l'imposition dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, une fois écartées les stipulations relatives aux soultes de 9,99%, ce dont il découlera nécessairement des conséquences sur les contributions sociales applicables, qui sont celles afférentes aux revenus du patrimoine et non celles applicables aux revenus de placement, qui ont été mises en recouvrement.

PCMNC :

Sous le n° 454288 :

- à l'annulation de l'article 2 de l'arrêt attaqué ;
- au renvoi, dans cette mesure, de l'affaire à la cour administrative d'appel de Nantes

;

- au rejet des conclusions présentées par M. A... au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Sous les n° 455349 et 455807 :

- à l'annulation de l'article 2 de l'arrêt attaqué et à l'annulation de son article 3, en tant qu'il rejette le surplus de la requête d'appel de M. et Mme B... ;

- au renvoi, dans cette mesure, de l'affaire à la cour administrative d'appel de Versailles ;

- au rejet des conclusions présentées par M. et Mme B... au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.