

N° 470958 – M. R...

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies

Séance du 13 novembre 2024
Lecture du 29 novembre 2024

CONCLUSIONS

Mme Céline GUIBE, Rapporteur publique

Vous êtes familiers des procédures d'abus de droit mises en œuvre à l'encontre d'acheteurs de « coquilles », ces sociétés sans activité, ni actifs autres que liquides, et qui étaient utilisées, avant que le législateur n'y mette bon ordre, afin d'engranger un double avantage fiscal correspondant à l'exonération de la distribution des liquidités en vertu du régime mère-fille et la déduction d'une provision pour dépréciation des titres¹.

La présente affaire renverse la perspective du côté du cédant.

M. R..., qui était le gérant et associé à 74,6% de la société Manag'Air, petite compagnie aérienne créée en 1995 et spécialisée dans le rapatriement de voyageurs au profit de sociétés d'assistance, l'acheminement en urgence de pièces mécaniques pour d'autres compagnies aériennes, et le transport d'équipes médicales effectuant des greffes d'organes, a décidé de prendre sa retraite en 2011, à l'âge de 66 ans.

La société a vendu, le 10 juin 2011, le seul avion qu'elle possédait à une compagnie aérienne située à Nouméa et, dans la foulée, elle a licencié ses deux pilotes salariés. Elle a déposé le produit de cette vente, d'un montant d'un peu plus de 1,1 millions d'euros, sur un compte bancaire ouvert à cet effet au Luxembourg, puis, le 10 novembre 2011, elle en a placé une partie, à savoir 880.000 euros, par souscription d'un contrat d'assurance capitalisation auprès d'une société domiciliée au Lichtenstein. Le 15 novembre 2011, la direction générale de l'aviation civile a retiré son certificat de transporteur aérien.

Le 16 décembre 2011, M. R... et son principal associé au sein de la société Manag'Air ont, moyennant un prix total de 548.033 euros, cédé leurs parts à la société Air First Company,

¹ Pour un exposé des enjeux, du côté du cessionnaire, v. chron. E. Bokdam-Tognetti à la RJF 11/13 sur la décision du 17 juillet 2013, Société Garnier Choiseul Holding, n° 352989, 356523 et 360706, aux tables, RJF 11/13 n° 1064, concl. F. Aladjidi BDCF 11/13 n° 119.

SAS créée le 27 août 2011 avec un capital de 20.000 euros, laquelle a financé l'acquisition des titres au moyen d'un crédit de 750.000 euros accordé par une institution financière établie – elle aussi - au Liechtenstein.

Le 25 juin 2012, la société Air First Company a absorbé la société Manag'Air sans liquidation et cette dernière a été radiée du registre du commerce et des sociétés le 3 août suivant. Depuis, la société Air First Company ne possède ni ne loue d'avion, n'a pas obtenu de certificat de transporteur aérien, n'a pas d'activité et son faible chiffre d'affaires provient pour l'essentiel de la réalisation des créances clients de la société absorbée.

M. R... a entendu bénéficier des dispositions de l'article 150-0 D *ter* du CGI, alors applicables, qui instituaient un abattement spécifique au profit des dirigeants de PME cédant leurs titres en vue de leur départ à la retraite. L'application de cet abattement a conduit à une exonération totale d'impôt sur le revenu à raison de la plus-value réalisée sur la vente des titres de la société Manag'Air, d'un montant de 327 553 euros.

L'administration a toutefois remis en cause le bénéfice de cet abattement. Suivant la procédure de répression des abus de droit prévue à l'article L. 64 du LPF, elle a considéré que la cession de titres revêtait un caractère artificiel, parce que les conditions de prononcé d'une liquidation de la société étaient réunies à cette date et que le repreneur n'avait pas l'intention de développer son activité. Elle a estimé que l'opération avait, pour M. R..., un double but, à savoir, d'une part, échapper à l'imposition dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers au profit d'une imposition dans la catégorie des plus-values de valeurs mobilières et, d'autre part, bénéficier de l'abattement spécifique prévu par l'article 150-0 D *ter* du CGI. Elle a déterminé le montant du boni de liquidation par différence entre la somme versée à M. R... par l'acquéreur des titres Air First Company, et le montant de ses apports, soit 437.746 euros, qu'elle a ensuite imposé sur le fondement des articles 111 bis et 161 du CGI.

M. R... a contesté, sans succès, les impositions supplémentaires et la majoration de 80% dont elles ont été assorties auprès du tribunal administratif d'Amiens puis de la cour administrative d'appel de Douai.

Disons-le d'emblée, l'un des moyens soulevés à l'appui du pourvoi formé par M. R... contre l'arrêt de la cour, qui critique la requalification du gain en cause comme un boni de liquidation, nous paraît fondé.

Mais avant d'aborder cette question, il n'est pas inutile de dire un mot du premier moyen soulevé, qui porte sur un maillon amont de l'analyse de l'opération.

M. R... reproche aux juges d'appel d'avoir dénaturé les faits de l'espèce en jugeant qu'à la date de la cession des titres, la société Manag'Air était dépourvue de substance économique. La cour a relevé, sur ce point, que la société cédée était tout à la fois dépourvue d'avion, de certificat de transporteur aérien et de clientèle, qu'elle n'avait plus d'activité économique depuis près de six mois et que le chiffre d'affaires réalisé en 2011, en baisse de 80 % par rapport à 2010, résultait de la réalisation de créances clients antérieures à la cession.

L'appréciation peut paraître sévère. En effet, il n'est pas évident d'affirmer que, du simple fait que six mois se soient écoulés entre la vente de l'avion en juin 2011, qui a conduit à la suspension de l'activité opérationnelle, et la vente des titres en décembre de la même année, le fichier de clientèle n'avait plus aucune valeur et ne pouvait intéresser un potentiel repreneur, alors que l'activité était exercée sur un marché de niche. Par ailleurs, M. R... avait versé au dossier des échanges faisant état d'un projet d'acquisition d'un nouvel avion, dont il n'était pas manifeste qu'ils ne seraient que simple poudre aux yeux, puisqu'ils avaient conduit au dépôt d'une demande de financement par crédit-bail auprès de la Banque populaire en janvier 2012, déclinée par celle-ci en raison de l'âge de l'avion dont le rachat était projeté.

Toutefois, dès lors que M. R... n'expliquait pas de manière convaincante pourquoi il avait cédé en juin 2011 le seul actif de la société lui permettant de réaliser son objet social, ce qui allait à l'encontre de la recherche concomitante d'un repreneur capable d'assurer la continuité de l'activité économique, étant, par ailleurs, relevé que le produit de la vente de l'avion avait été placé auprès d'une officine établie au Lichtenstein spécialisée dans l'optimisation fiscale et les investissements confidentiels, il nous paraît difficile, compte tenu de la nature de votre contrôle en cassation, de remettre en cause, sur le strict plan factuel, l'appréciation souveraine portée par les juges du fond sur les pièces du dossier qui leur était soumis.

Ce constat suffisait-il à justifier la rectification ?

Reprenons l'examen des conditions auxquelles l'article L. 64 du livre des procédures fiscales subordonne la répression des abus de droit. Le ministre ne soutenant pas que l'acte de cession des titres serait fictif, le terrain de la rectification est celui de la fraude à la loi, qui suppose que soit réunie une condition subjective, tenant à la poursuite d'un but exclusivement fiscal, et une condition objective, tenant à l'application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs.

Le constat d'un défaut de substance économique de la société cédée permettait, très certainement, à la cour de conclure que l'opération ne répondait pas à l'objectif qui a présidé à l'instauration du régime spécial d'imposition des plus-values de l'article 150-0 D *ter* du CGI, et qui était, selon les travaux préparatoires ayant conduit à son adoption, de favoriser la transmission des entreprises par les dirigeants partant à la retraite – c'est-à-dire d'en assurer la pérennité².

Il n'en découle pas mécaniquement, en revanche, que la cession des titres elle-même serait artificielle, autorisant l'imposition du produit, non comme une plus-value imposable au taux forfaitaire selon le régime de droit commun des plus-values, mais comme un boni de liquidation, imposable au taux progressif dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers.

² Cet article est issu de la loi de finances rectificative pour 2005. Sur l'objet de l'abattement, v. l'exposé des motifs de l'article 19 du projet de loi, et les rapports n° 2720 de M. G. Carrez au nom de la commission des finances de l'Assemblée nationale et n° 129 de M. Ph. Marini au nom de la commission des finances du Sénat sur ce même article.

Et l'on relèvera que cette question a, précisément, été réservée par le comité de l'abus de droit fiscal dans l'avis, favorable à l'administration, qu'il a émis sur ce dossier³.

Comme le relève le pourvoi, la question n'est pas inédite dans votre jurisprudence. Dans le précédent S... du 7 juillet 2010 (n° 309009, aux tables, RJF 11/10 n° 1069), les associés d'une société exerçant une activité industrielle, qui ne trouvaient pas d'acquéreur pour cette activité à la veille de leur départ à la retraite, avaient procédé à une restructuration consistant à créer une nouvelle société pour lui céder le fonds de commerce et le matériel, la première société ne conservant plus que des liquidités et un important portefeuille de valeurs mobilières de placement. Ils avaient ensuite cédé les titres de celle-ci à un tiers. L'administration fiscale avait regardé ces opérations comme un montage à but exclusivement fiscal, destiné à dissimuler la dissolution de la société, et requalifié en bonis de liquidation les gains qui avaient été déclarés par les contribuables comme des plus-values de cession de valeurs mobilières. Vous avez censuré cette analyse au motif que le transfert de capital de la première société ne pouvait être regardé comme ayant donné lieu à la création d'un être moral nouveau, même si la société avait alors changé de dénomination, de siège et d'objet social et que si le changement d'activité et d'objet social qu'avait connu cette société emportait cessation d'entreprise, au sens du 5° de l'article 221 du CGI, justifiant l'imposition immédiate de ses bénéficiaires, il n'entraînait pas sa dissolution avec liquidation.

Cette solution est expressément fondée sur des considérations juridiques tenant à la continuité de la personnalité morale de la société – dans la lignée de ce qui avait été précédemment jugé, en matière d'impôt sur les sociétés, pour les besoins du report en avant des déficits en cas de changement d'activité d'une société (6 janvier 1986, n° 41611, RJF 3/86 n° 309). Avec la référence au 5° de l'article 221 du CGI, qui concerne l'imposition des bénéfices de la société, à raison d'un changement d'activité, la focale a été mise, dans cette décision, sur la restructuration de la société préalable à la cession des titres à un tiers, plus que sur la cession elle-même.

Les commentateurs n'en ont pas moins donné à ce précédent une portée générale, interdisant de requalifier, sur le terrain de l'abus de droit, la cession d'une société liquide à un tiers comme une liquidation, dès lors que la liquidation des actifs n'est pas, en droit des sociétés, équivalente à une liquidation du patrimoine social, laquelle suppose une dissolution préalable de la société.

Cette généralisation est-elle justifiée ?

Alors que la procédure de l'abus de droit a pour objet de permettre à l'administration de lever le voile des apparences créées par le contribuable, afin d'établir l'imposition au regard de la réalité économique de sa situation, il peut paraître paradoxal d'ériger l'absence de dissolution formelle de la société comme une barrière infranchissable. Et si cette circonstance n'apparaît pas dans les motifs de votre décision S..., la société rachetée avait poursuivi, sous l'égide des acquéreurs, une activité de gestion d'actifs financiers. La solution était donc plus évidente que

³ Affaire n° 2017-12.

lorsque la société ne reprend pas d'activité économique, après sa cession, et que le cédant a seulement entendu confier à un tiers le soin d'accomplir les actes de liquidation. Dans votre décision *Sté Groupement Charbonnier Montdiderien* du 23 juin 2014 (n° 360708, aux tables, RJF 10/14 n° 925), vous aviez d'ailleurs analysé, du côté de l'acheteur, la décote obtenue sur le prix d'acquisition d'une société liquide, par rapport à la valeur des actifs inscrits à son actif, comme le partage d'un avantage fiscal entre cédant et cessionnaire, le premier rétrocedant au second le gain résultant de l'économie réalisée sur l'impôt de distribution.

Il est acquis que la cession du capital d'une société est susceptible de donner lieu, sur le terrain de l'abus de droit, au constat d'une distribution à ses associés. Dans une affaire *H...* du 4 mai 2012 (n° 338501, RJF 8-9/12 n° 846), vous avez confirmé la remise en cause d'un montage ayant permis à une partie des actionnaires d'une holding A, via la cession des titres de cette société à une holding B créée par leurs soins et à qui avaient été concomitamment cédées les participations détenues par A, de racheter les parts des autres actionnaires sortants en appréhendant les liquidités de A. Dans cette configuration, la cession elle-même a pu être écartée sur le fondement de l'article L. 64 du LPF car elle était artificielle, sur le plan économique : il s'agissait, en réalité, d'une cession déguisée à soi-même, les associés de A récupérant les actifs de celle-ci et poursuivant son activité à travers leur nouvelle société B. En revanche, les conclusions d'Emmanuelle Cortot-Boucher soulignent que la solution n'aurait pas été la même pour les actionnaires sortants, qui n'avaient pas acquis de participation dans la société B, et qui avaient un intérêt économique à la vente.

En revanche, dans le cas d'un transfert au profit d'un « vrai tiers », vous n'avez, postérieurement à la décision *S...*, jamais assimilé la cession de titres d'une société liquide à une liquidation de ses actifs. Le ministre se méprend sur la portée de votre décision *Langelaan et Dewolf* du 4 mai 2012 (n° 354174, RJF 6/14 n° 598), mettant en jeu une société qui s'était dé faite de l'ensemble de ses actifs opérationnels, à l'exception d'un immeuble faisant l'objet d'une promesse de vente, cette société étant vendue à une officine de désinvestissement qui avait subordonné l'opération à la condition que les cédants trouvent un acquéreur au bien immobilier. Alors que les cédants avaient placé le produit de la vente sous le régime spécial applicable aux plus-values de cession de sociétés à prépondérance immobilière prévu par l'article 150 A *bis* du CGI, qui permet, à l'instar des cessions d'immeubles, d'appliquer un abattement pour durée de détention sur l'assiette de la plus-value imposable, l'administration fiscale avait requalifié la somme comme un boni de liquidation sur le terrain de l'abus de droit. Vous vous êtes bornés à juger que, la cession n'ayant pas eu pour objet de céder un immeuble, les cédants avaient abusivement recherché le bénéfice du régime spécial, sans vous prononcer sur l'application du régime de droit commun d'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières, dont F. Aladjidi indiquait, dans ses conclusions, qu'elle n'avait pas été réclamée par le contribuable, et qu'elle n'était pas d'ordre public.

Si elle met en jeu un autre régime d'imposition spécial des plus-values, l'affaire dont vous êtes aujourd'hui saisis est l'exact décalque de ce précédent, et nous vous proposons de trancher la question que vous aviez alors réservée.

Ce qui nous semble décisif ici, c'est la réalité économique du transfert de propriété, qui interdit de voir, dans cette cession, un simple artifice. Nous rejoignons O. Fouquet (Dr. fisc. n° 43-44, oct. 2014, n° 597) pour penser qu'une cession faite à un tiers, qui a pour effet de transférer définitivement la société cédée à son acquéreur, sans montage permettant au cédant de récupérer de façon déguisée les actifs de cette société, ne peut normalement pas être constitutive d'un abus de droit.

Certes, lors de la cession d'une société « tirelire », l'acquéreur cherche à mettre la main sur les liquidités, plus que sur la société elle-même alors que le cédant récupère, symétriquement, des liquidités pour paiement du prix de la vente. Cette circonstance ne nous paraît toutefois pas décisive. Dans la mesure où la société conserve une existence propre, l'associé qui souhaite s'en séparer a le choix, sur le plan économique, entre procéder à sa dissolution, suivie de sa liquidation, ou la vendre à un tiers, pourvu qu'il trouve preneur. Il y a un intérêt pour lui, autre que fiscal, à choisir la seconde option, qui est de s'éviter, matériellement, l'accomplissement des opérations nécessaires à la liquidation, qui peuvent s'étaler sur plusieurs années : en l'occurrence, il se trouvait encore, au sein de la société Manag'Air, des créances clients à réaliser, ces opérations ayant incombé à l'acheteur. Et si les deux options emportent des conséquences fiscales différentes, le contribuable ne va pas à l'encontre de l'intention du législateur en optant pour la voie fiscalement la plus avantageuse.

Par ailleurs, le devenir de la société entre les mains de l'acquéreur doit, en principe, demeurer indifférent pour apprécier l'existence, ou non, d'un abus commis par le cédant. En effet, sauf collusion entre cédant et cessionnaire, qui n'est certes pas inenvisageable même si elle serait bien difficile à démontrer pour l'administration, le cédant n'a pas la maîtrise des opérations auxquelles se livre le second postérieurement à la cession. Le choix du cessionnaire de poursuivre une activité à partir des actifs cédés, comme c'était le cas dans l'affaire S..., ou, au contraire, de procéder à leur liquidation pour récupérer la trésorerie, ne peut donc être pris en compte pour caractériser un abus dans le chef du cédant.

Nous sommes d'avis qu'en l'espèce, l'administration fiscale, et la cour à sa suite, ne pouvait pas écarter l'acte de cession pour requalifier l'opération comme une liquidation de la société Manag'air.

Si vous nous suivez, vous annulerez l'arrêt pour erreur de droit, et vous renverrez l'affaire à la cour, le sort de la requête d'appel de M. R... ne découlant pas nécessairement du motif d'annulation retenu. Il reviendra aux juges d'appel, si le ministre réclame une substitution de base légale en ce sens, d'apprécier si la rectification peut être partiellement maintenue sur le fondement des dispositions de droit commun applicables aux plus-values de cession de valeurs mobilières, en procédant à un nouvel examen de l'intérêt économique, pour un reprenneur opérationnel, des actifs de la société Manag'Air à la date de la cession.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt attaqué, au renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel de Douai et à ce qu'il soit mis à la charge de l'Etat une somme de 3000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.