

ORGANISÉE PAR LA COMMISSION FISCALITE DES ENTREPRISES DE L'IACF

A pair of silver scales of justice is shown in the foreground, slightly out of focus. The scales are set against a background of a bookshelf filled with books, all rendered in a monochromatic blue color. The lighting is soft, highlighting the metallic texture of the scales.

IACF

INSTITUT DES AVOCATS
CONSEILS FISCAUX

VISIOCONFÉRENCE

ORGANISÉE PAR LA COMMISSION
FISCALITE DES ENTREPRISES
DE L'IACF

IACF
INSTITUT DES AVOCATS
CONSEILS FISCAUX

LE 11 MAI 2021

Rémunération des apports et libéralité

Animée par

Pascal Coudin, Laurent Olléon, Anne-Sophie Rostaing et Jean Toutté, avocats membres de l'IACF.

- La jurisprudence *Cérès* sur les apports à prix minoré suscite encore, trois ans plus tard, de nombreuses interrogations.
- Dans la mesure où la décision *Cérès* a été rendue en 2018 en plénière fiscale, un revirement de jurisprudence à brève échéance est difficilement concevable. Si cela n'interdit pas la critique, il faut pour le moment s'accommoder de cette jurisprudence, ce qui incite à s'interroger non seulement sur les limites de son champ d'application, mais aussi sur les modalités de sa mise en œuvre, s'agissant en particulier de l'appréciation de l'existence d'une libéralité et du cumul possible des effets des jurisprudences administrative et judiciaire.
- Tel est l'objet de ce petit-déjeuner, qui s'attache également à apporter des précisions sur les conséquences fiscales pour l'apporteur, pour la société bénéficiaire de l'apport et pour les actionnaires de celle-ci des hypothèses situées en dehors du champ de la jurisprudence *Cérès* :
 - apports à prix majoré ;
 - apports pour lesquels la valeur d'apport correspond à la valeur réelle (ex : apport en numéraire) mais qui sont rémunérés sur la base d'une parité calculée à partir de la VNC.

Sommaire

1. Brefs rappels sur la décision *Cérés* de 2018
2. Apports qui ne relèvent pas de l'enregistrement aux valeurs comptables
Conséquences d'une minoration de la valeur d'apport pour l'apporteur, pour la société bénéficiaire et pour les associés de celle-ci
3. Apports en VNC ou de numéraire
Conséquences d'une minoration de la parité d'échange pour l'apporteur, pour la société bénéficiaire et pour les associés de celle-ci
4. Apports à prix majoré
5. Appréciation de la libéralité

1. Brefs rappels sur la décision *Cérès*

L'acquisition d'une immobilisation est sans effet sur la valeur de l'actif net

Comptablement, lorsqu'une entreprise acquiert une immobilisation à titre onéreux, cette opération est en principe sans effet sur la valeur de son actif net :

- soit l'acquisition est réglée en cash, et l'écriture passée en immobilisations est exactement compensée par une écriture passée en contrepartie sur la trésorerie ;
- soit l'acquisition a été financée par un emprunt, qui lui-même ne modifie pas la valeur de l'actif net de l'entreprise : il y aura, en revanche, déduction des frais financiers sur la durée de l'emprunt ;
- soit l'acquisition est opérée à crédit, et alors l'écriture passée en immobilisations est exactement compensée par une écriture de dette au passif (dettes sur fournisseur d'immobilisations).

1. Brefs rappels sur la décision *Cérès*

CE 5 janvier 2005, n° 254556, *Ministre c/ Sté Raffypack*

Lorsque des immobilisations ont été acquises à titre onéreux à un prix délibérément minoré qui dissimule une libéralité faite par le vendeur à l'acquéreur, est-on corseté par les termes de l'article 38 quinquies de l'annexe III au CGI, qui imposent de retenir pour valeur d'inscription au bilan le coût d'acquisition, ou bien peut-on s'écarter de ces règles ?

Le Conseil d'Etat a choisi d'admettre que l'administration fiscale puisse corriger la valeur d'origine pour tenir compte du fait qu'une part de l'immobilisation a été acquise à titre gratuit, en substituant au prix d'acquisition la valeur vénale de l'immobilisation, qui est en principe la valeur retenue lorsqu'une immobilisation a été intégralement acquise à titre gratuit.

Cette correction a pour effet d'augmenter l'actif net de l'entreprise dans la mesure de l'acquisition faite à titre gratuit : la correction opérée sur la valeur d'inscription au bilan de l'immobilisation n'a en effet, par construction, pas de contrepartie.

La jurisprudence *Raffypack* apporte donc une entorse à la neutralité de principe de l'opération lorsque l'actif a été sous-évalué en raison d'une libéralité consentie par le vendeur à l'acquéreur.

1. Brefs rappels sur la décision Cérés

L'extension aux apports à prix minoré de la jurisprudence *Raffypack*

L'enjeu : fallait-il étendre la jurisprudence *Raffypack* au cas des immobilisations apportées à l'entreprise, dont l'article 38 quinquies de l'annexe III au CGI prévoit qu'elles doivent être comptabilisées à leur valeur d'apport ? En d'autres termes, fallait-il appliquer ce raisonnement en présence d'un apport opéré à une valeur minorée, qui masque une libéralité ?

Le Conseil d'Etat répond par l'affirmative dans sa décision de plénière fiscale de 2018 : « *Si les opérations d'apport sont, en principe, sans influence sur la détermination du bénéfice imposable, tel n'est toutefois pas le cas lorsque la valeur d'apport des immobilisations, comptabilisée par l'entreprise bénéficiaire de l'apport, a été volontairement minorée par les parties pour dissimuler une libéralité faite par l'apporteur à l'entreprise bénéficiaire. Dans une telle hypothèse, l'administration est fondée à corriger la valeur d'origine des immobilisations apportées à l'entreprise pour y substituer leur valeur vénale, augmentant ainsi l'actif net de l'entreprise dans la mesure de l'apport effectué à titre gratuit* ».

Dans la mesure où l'apporteur devient (ou était déjà) actionnaire de la société bénéficiaire, le Conseil d'Etat fait prévaloir une approche fiscale sur l'approche économique de la libéralité, qui aurait consisté à tenir compte, dans l'appréciation de la libéralité, de la valeur de la participation détenue par l'apporteur à l'issue de l'opération.

Conséquence : même lorsque l'apporteur détenait déjà 100% du capital de la société bénéficiaire avant l'apport, cette dernière ne devrait pas échapper à une rectification sur le terrain de la jurisprudence Cérés (cf. conclusions dans l'affaire Lafarge).

2. Apports qui ne relèvent pas de l'enregistrement aux valeurs comptables

Conséquences fiscales pour la société bénéficiaire de l'apport

La modalité retenue par le CE pour transposer la jurisprudence Raffypack aux apports est problématique car elle conduit mécaniquement à traiter comme une libéralité tout écart significatif entre la valeur vénale de l'apport et sa valeur d'inscription au bilan.

Or le montant de la libéralité n'est pas fonction de la valeur d'apport (i.e. la valeur d'inscription au bilan) mais de la valeur vénale des titres reçus par l'apporteur (valeur déterminée sans prendre en compte l'effet de revalorisation indirecte des titres qui résulte de la sous-évaluation de l'apport, pour tenir compte de ce qui constitue le fondement de la décision Cérés).

C'est d'ailleurs la solution retenue:

- du côté de la société pour les apports réalisés aux valeurs comptables (subvention dans l'intégration) ;
- du côté de l'apporteur pour déterminer sa plus-value.

Contra : Madame Bokdam-Tognetti dans ses conclusions dans l'affaire Lafarge.

2. Apports qui ne relèvent pas de l'enregistrement aux valeurs comptables

Conséquences fiscales pour la société bénéficiaire de l'apport

Si les titres reçus valent plus que leur nominal il se pourra que l'apporteur reçoive en définitive une contrepartie équivalente à la valeur de ce qu'il apporte : une sous-évaluation (celle des titres émis avec une prime d'émission insuffisante) peut en corriger une autre (celle de l'apport minoré) en tout ou en partie.

Illustration :

La société M a un capital de 1 000 divisé en 100 actions et vaut 5 000. Valeur unitaire réelle du titre : 50.

Elle reçoit de Monsieur X un apport d'une valeur réelle de 5 000, mais évalué seulement à 2 000 dans le traité d'apport. La valeur réelle de la société à l'issue de l'apport est de 10 000.

Si l'on applique littéralement le considérant de la décision Cérés la libéralité est de 3 000 (valeur vénale moins valeur d'apport). Mais il faut raisonner par référence à la valeur des titres reçus.

Par hypothèse, l'apport a été rémunéré par l'émission de 80 actions (enregistré chez la bénéficiaire de l'apport comme suit : 800 de capital + 1 200 de prime).

La « valeur économique » des 80 titres est de 4 444 ($10\,000 \times 80 / 180$). Mais pour donner son plein effet à la décision Cérés, il convient d'ignorer l'effet de revalorisation indirecte pour l'apporteur des titres (444), qui résulte de la sous-évaluation de son apport.

La valeur des titres prise en compte pour déterminer la libéralité fiscale n'est ainsi que de 4 000 (80×50 , soit le nombre de titres émis multiplié par la valeur réelle du titre immédiatement avant l'apport)

La libéralité éventuellement taxable n'est donc que de 1 000.

2. Apports qui ne relèvent pas de l'enregistrement aux valeurs comptables

Conséquences fiscales pour la société bénéficiaire de l'apport

Le CE a raisonné dans l'affaire Cérés comme si la valeur d'apport inscrite au bilan reflétait toujours la valeur des titres reçus.

Correction de la valeur d'inscription de l'actif apporté :

- Valeur d'inscription : 2 000
- Valeur d'inscription corrigée de la libéralité : 3 000
- Manquent encore 2 000 pour arriver à 5 000 ...

Comptablement, que représentent ces 2 000 ?

Lorsque la société inscrit le bien apporté pour un coût d'entrée inférieur à la valeur vénale des titres émis elle commet une erreur comptable.

Si l'administration prend l'initiative de la corriger, il ne peut en résulter aucun rehaussement de son bénéfice imposable (cf. conclusions de Pierre Collin dans la première décision Pharmacie des Chalonges - CE 5 mars 2007 n° 284 457 - pour les opérations réalisées à compter de 2005).

2. Apports qui ne relèvent pas de l'enregistrement aux valeurs comptables

Conséquences fiscales pour l'apporteur

L'apporteur est une entreprise

La plus-value d'apport est calculée en fonction de la valeur réelle, à la date de l'apport, des actions émises (CE 24 juin 1978 n° 9403, 7^e et 8^e s.-s ; CE 14 novembre 2005 n° 233 489, 10^e et 9^e s.-s, Dannoot; CE 22 février 2012 n° 315 156, 10^e s.-s, Textile Balsan).

Articulation avec la jurisprudence Cérès : la valeur des titres est-elle appréciée un instant de raison avant l'apport (auquel cas elle n'intègre pas « l'effet indirect » de revalorisation résultant de la libéralité) ou bien en intégrant les effets économiques de l'apport ?

Le Conseil d'Etat n'a pas d'autre choix que de retenir la première solution par cohérence avec la jurisprudence Cérès (montant de la libéralité identique côté apporteur et côté bénéficiaire) avec les conséquences suivantes :

- en l'absence d'acte anormal de gestion, moindre plus-value d'apport imposable ;
- en présence d'une libéralité constitutive d'un acte anormal de gestion, elle doit être prise en compte pour le calcul de la plus-value et imposée dans les mêmes conditions (mêmes décisions). Cette solution est beaucoup plus généreuse que celle retenue pour les ventes (en dernier lieu CE 6 février 2019 n°410 248- Sarl Alternance) sans que cette différence de traitement soit justifiée par une différence de nature de l'opération au plan fiscal (voir conclusions de la rapporteure publique dans l'arrêt Kerry).

L'apporteur n'est pas une entreprise

Toujours par cohérence avec la jurisprudence Cérès, la plus-value imposable devrait être déterminée par référence à une valeur des titres qui ne prend pas en compte « l'effet indirect » de revalorisation des titres résultant de la libéralité.

A hauteur de la libéralité, pas de taxation de la plus-value car seules sont imposables les mutations à titre onéreux.

2. Apports qui ne relèvent pas de l'enregistrement aux valeurs comptables

Conséquences fiscales pour l'apporteur

Cas particulier

La société qui reçoit l'apport relève de l'article 8 du CGI

La jurisprudence en matière de renonciation par un associé à des intérêts dus par une société de l'article 8 qui écarte la double imposition de l'associé peut-elle être étendue à une cession d'actif (notamment CE 27-7-2006, n° 274762, Marchal) ?

2. Apports qui ne relèvent pas de l'enregistrement aux valeurs comptables

Conséquences fiscales pour les associés

L'arrêt Cérés fait reposer la qualification de libéralité sur le seul enrichissement présumé / mécanique de la société bénéficiaire de l'apport (« libéralité fiscale »), sans prendre en considération la circonstance que l'apporteur s'appauvrit réellement ou non (« libéralité économique »).

Le raisonnement retenu par le CE conduit à considérer que la société bénéficiaire de l'apport est la seule récipiendaire de la libéralité fiscale et que ses associés ne sont que les bénéficiaires indirects de l'opération (parallèle avec Raffypack / écran sociétaire).

Pour autant, ce raisonnement écarte-t-il tout risque fiscal pour les associés de la société bénéficiaire d'un apport dont la valeur a été délibérément minorée ?

1. Le rehaussement de la société bénéficiaire de l'apport peut-il emporter des conséquences pour ses associés sur le fondement des articles 109 ou 111 du CGI (revenu réputé distribué aux associés) ? A priori non : ni flux sortant, ni désinvestissement (cf. Chronique A. Iljic).
2. Reconnaissance possible d'une donation indirecte par la Cour de Cassation ? (cf. Cass. com. 3-3-2009 n° 07-20.871, Sauvage : la prise en charge des pertes d'une société par un de ses associés est jugée constitutive d'une donation indirecte consentie aux co-associés).
3. Distinction entre sous-évaluation de l'apport (pb d'inscription à l'actif, Cérés) et sous-rémunération de l'apport (pb de parité, non visé par Cérés) qui pourrait être un terrain alternatif de redressement des associés : sujet commun à toutes les hypothèses d'apport (apports en valeur vénale, apports en VNC, apports de numéraire) et donc évoqué en 3^e partie...

3. Apports en VNC ou de numéraire

Conséquences pour la société bénéficiaire

- Un apport en numéraire présente le caractère d'un supplément d'apport qui n'entraîne aucune variation de l'actif net impactant le bénéfice imposable de la société bénéficiaire de l'apport (CE 21-10-2020 n° 429626, *Ministre c/ Sté Elior Group* : RJF 1/21 n° 21). Dans un apport en VNC, la valeur d'inscription est commandée par les règles comptables et ne peut pas davantage être rehaussée. Dans ces deux cas, on se situe en dehors de la jurisprudence Cérés.
- Toutefois, le Conseil d'Etat a jugé, pour l'application de l'article 223 B dans le cadre de l'intégration fiscale, qu'un apport de titres d'une valeur supérieure à celle des titres reçus en échange avait le caractère d'une renonciation à la réalisation de la plus-value correspondante, soit un avantage consenti par l'apporteur constitutif d'une subvention à la société bénéficiaire de l'apport (CE 1-7-2020 n° 418378, *Sté Lafarge SA* : RJF 10/20 n° 769).
- Reste à trancher la question de l'impact sur le résultat fiscal de la société bénéficiaire. Faut-il y voir un revenu réputé distribué (109 ou 111 c, mais uniquement si l'apporteur est une entreprise, ce qui est par hypothèse le cas dans un apport en VNC) ? La question se pose dans des termes différents depuis la modification de l'article 209 du CGI (qui renvoie désormais aux articles 108 à 117 depuis la LFR 2014, art. 88).
- Reste à déterminer l'identité du bénéficiaire : la société ou les autres associés ? On observe que l'administration recherche la société bénéficiaire (TA Montreuil n°1707095 du 19 déc. 2019, *Lafarge* ; CAA Versailles 11 décembre 2014 n°12VE01856, 6e ch., min. c/ Sté Dexia RBC Investor Services Bank France (DISB)).

3. Apports en VNC ou de numéraire

Conséquences pour l'apporteur

- Dans toutes ces hypothèses, une libéralité peut-elle résider dans la parité retenue pour la rémunération de l'apporteur ?
- Cas particulier : apports éligibles au régime de l'article 210 A
 - Le calcul de la rémunération sur la base des valeurs nettes comptables ne fait pas obstacle à l'application du régime de faveur (CE 28 nov. 2016 n° 378 793 10^e et 9^e ch, H&M).
 - Toutefois si le Conseil d'Etat décidait d'aligner sa jurisprudence relative aux apports sur la jurisprudence en matière de ventes, l'insuffisance de rémunération constitutive d'un acte anormal de gestion ne serait plus protégée par le régime de faveur qui ne s'applique qu'aux plus-values d'apport.
- La jurisprudence a choisi de traiter la question du point de vue des rapports entre actionnaires de la société, et non entre la société bénéficiaire de l'apport et l'apporteur.

3. Apports en VNC ou de numéraire

Conséquences pour les associés

- En l'absence de toute possibilité de correction fiscale du bilan de la société bénéficiaire de l'apport sur le fondement de l'article 38 quinquies, le débat se reporte sur la question de la parité.
- Or, cette question n'intéresse pas tant la société bénéficiaire de l'apport (pas d'impact sur le montant des capitaux propres, uniquement sur la répartition capital/prime) que les rapports entre les associés :
 - Avantage économique indirectement consenti par l'apporteur aux associés de la société bénéficiaire de l'apport (dilution de l'un vs. relation des autres).
 - Ccl. R. Victor sous décision Elixor : « *l'administration s'est trompée de cible* » (parallèle avec CE 28 juillet 2000 n°196129, Assoc. Ch. Dép. de la propriété immobilière du Jura : renonciation à souscrire à une augmentation de capital sans prime d'émission = acte anormal de gestion).
- Conséquences qui pourraient être tirées d'un apport rémunéré par l'émission d'un nombre insuffisant de titres :
 - Si l'apporteur est une entreprise : possible redressement des associés en RCM (article 111 c), voire en DMTG sur le fondement d'une donation indirecte (Cass. com. 7 mai 2019 n° 17-15.62, Sté Harmonie)
 - Si l'apporteur est une personne physique : possible donation indirecte consentie aux associés et assujettie à DMTG

3. Apports en VNC ou de numéraire

Conséquences pour les associés

Objections / limites à l'imposition des associés :

- Parallélisme imparfait avec la décision CE 28 juillet 2000
 - Assoc. Chbre Dép. de la propriété immobilière du Jura : l'enrichissement des associés provient directement de la renonciation de l'association à DPS
 - Elios / Lafarge : augmentation de capital réservée (absence de DPS)
- La société bénéficiaire de l'apport ne continue-t-elle pas à faire écran ?
 - Ccl. E. Bokdam-Tognetti sous Lafarge : « La difficulté à saisir une libéralité chez la société bénéficiaire de l'apport révélerait-elle que les éventuels coassociés seraient les véritables bénéficiaires ? » Non : l'opération reste une opération bilatérale d'échange entre l'apporteur et la société bénéficiaire, même si cette dernière ne peut être redressée sur le fondement de l'article 38 quinquies.
 - En pratique, c'est la bénéficiaire de l'apport, pas les associés, que l'administration redresse en 111 C (cf. 2^e arrêt Lafarge + CAA Versailles 11 déc. 2014, Dexia RBC Inv. Services Bank France)
 - NB : écran éventuel à l'imposition en 111 c, mais pas pour les DMTG.
- La nécessité de caractériser l'intention libérale demeure, quel que soit le fondement retenu (111 c ou donation indirecte) : moins simple à caractériser entre associés ?

4. Apports surévalués ou surrémunérés

Quelles conséquences fiscales ?

Rappel : incidences fiscales d'une cession à prix majoré

- Traitement asymétrique d'une cession à prix minoré
- Chez l'acquéreur :
 - Aucune conséquence immédiate (cf. CE 27 avril 2001 n°212680, Sté GTI).
 - L'approche Raffypack (décomposition de l'opération en une acquisition à prix normal et une libéralité (non déductible)) aboutit à ce même résultat.
 - En revanche, la déduction ultérieure des MV (CE 5 juillet 1978 n°398), des amortissements (CE 7 janvier 1977 n°96999; CE 24 mars 1982 n°27576) et dépréciations (CE 17 mars 1976 n°91621; CE 21 juin 1995 n°132530) peut être refusée à concurrence de la libéralité incluse dans le prix d'acquisition.
- Chez le cédant : la plus-value de cession est requalifiée en RCM à concurrence de la sur-rémunération (CE 28 févr. 2001 n° 199295, Thérond)
- Chez les associés (de la société cédante/cessionnaire) : pas d'incidence

4. Apports surévalués ou surrémunérés

Quelles conséquences fiscales ?

Transposition possible des décisions GTI et Thérond dans le cas d'un apport

- Apport en valeur réelle : majoration de la valeur d'enregistrement de l'apport
 - Bénéficiaire de l'apport : pas d'incidence immédiate, mais possibilité de remise en cause ultérieure de la déduction des moins-values, amortissements ou dépréciations à concurrence de la libéralité incluse dans la valeur d'apport.
 - Apporteur : une partie de la PV est susceptible d'être requalifiée en RCM à concurrence de la sur-rémunération (art. 109, 1, 2° retenu par CE 20 juin 1973 n° 87078, CAA Nantes 28 juillet 2004 n° 01-530 et CE 11 mars 2015 n° 369174 ; quid du 111 c ?)
 - Associés : pas d'incidence, sous réserve d'un éventuel pb de parité (cf. infra)
- Apport en VNC ou de numéraire : majoration de la parité d'échange
 - Bénéficiaire de l'apport : pas d'incidence immédiate, ni future.
 - Apporteur : la sur-rémunération est susceptible d'être taxable en RCM (même fondement que supra) / alternativement : bénéficiaire d'une libéralité des associés ?
 - Associés : dilution subie = libéralité consentie à l'apporteur ? Mêmes conséquences potentielles (AAG, donation indirecte) et mêmes réserves qu'en cas de parité minorée ; configuration néanmoins moins probable compte tenu du rôle du commissaire aux apports, censé garantir l'absence de surévaluation.

5. Appréciation de la libéralité

La caractérisation d'une intention libérale conditionne la possibilité de rehausser la valeur d'apport de la « libéralité », que ce soit :

- Sur le fondement de l'AAG (CE 28/02/2001 n°199295 Thérond) : c'est la voie la plus facile, qui suppose que l'apporteur soit une société soumise à l'IS et qu'elle ait fait l'objet d'un rehaussement.
- Sur le fondement combiné des articles 38 quinquies de l'annexe III du CGI et 38-2 du CGI : la voie par défaut lorsque l'apporteur est une personne physique ou une société qui n'a pas été rehaussée sur le fondement de l'AAG.

En cas de « minoration »			
Type d'apport	Nature de l'enjeu/Cause de la libéralité	Redressement <u>chez la société bénéficiaire</u> en présence d'un	
		Apporteur société IS	Apporteur Pers. Phys.
Apport en numéraire	Parité uniquement	Non (*)	Non
Apport de branche/titres à la VNC	Parité uniquement	Non ? (**) (y compris si apporteur ne détient pas 100 % bénéficiaire ? avec alors une « asymétrie des redressements »)	N/A
Apport en nature à la valeur réelle	Parité et valeur	Oui si valeur minorée (Non /distorsion parité) quelle valeur? AAG	Oui si valeur minorée (***) 38 quinquies + 38-2

(*) Elior Group

(**) Lafarge 1

(***) Cérès

5. Appréciation de la libéralité

Les présomptions d'intention libérale sont plus facilement surmontables

Les rapporteurs publics défendent à la fois la nécessité d'une appréciation exigeante de l'intention libérale (cf. Y. Bénard déjà dans Cérés et R. Victor dans SNCM) pour cantonner la portée de cette jurisprudence mais semblent paradoxalement avoir une conception extensive de la communauté d'intérêt qui la fait présumer).

a) Rappel des présomptions applicables

- Il appartient en principe à l'administration de faire la preuve distinctement de l'existence d'un avantage et d'une intention libérale.
- Par exception, (la preuve d'une libéralité/intention libérale est réputée rapportée en présence d'une **communauté d'intérêt** des parties, que celle-ci soit :
 - de nature **familiale** (en ce sens notamment CE 23/07/2010, n° 308019, MARMAJOU et CE 5 octobre 2016, n° 390700 et 390706, BAUDRY et PERTERMANN)
 - ou **capitalistique** (en ce sens notamment CE 21 novembre 1980, n° 17055, Participations pétrolières et CE 06 juin 1984, n° 35415, Sté Cie financière de Suez).

5. Appréciation de la libéralité

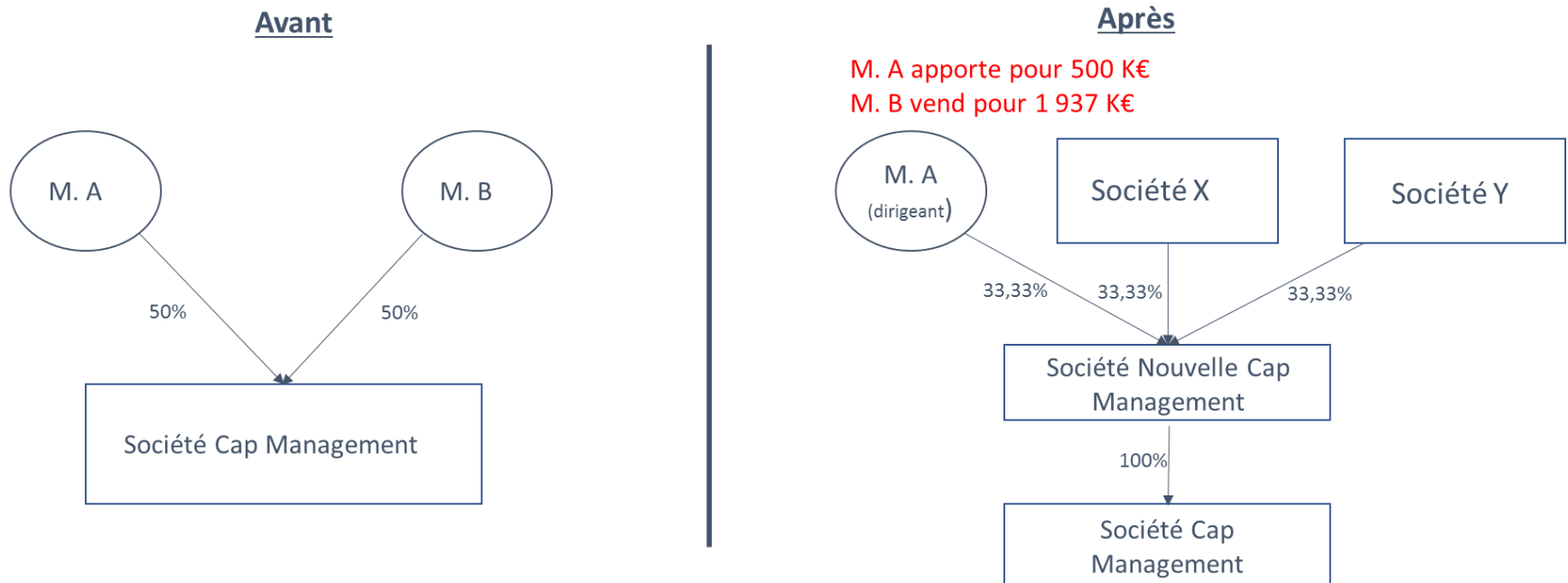
Les présomptions de libéralité sont plus facilement surmontables

- Six mois après la décision Cérès, **une nouvelle présomption** en matière d'acte anormal de gestion a été instaurée par l'arrêt **Croë Suisse** (CE 21 décembre 2018, n° 402006, plén.) en présence d'un **écart significatif** de valeur (**qualifié en l'espèce de « colossal »** par Mme le rapporteur public Aurélie Bretonneau) concernant la cession d'une **immobilisation**.
- En principe, cette nouvelle présomption n'est pas applicable en présence d'un apport par une personne physique car la théorie de l'AAG ne s'applique pas.
- En présence d'un apport par une société, il n'est pas évident que cette jurisprudence, conçue pour préciser les règles de dialectique de la preuve en AAG, trouve à s'appliquer pour apprécier l'existence d'une libéralité.
- Son application serait radicale en faisant disparaître purement et simplement la question de l'exigence de la preuve de l'intention libérale puisqu'un apport à « valeur minorée » intègre par hypothèse un écart significatif et ... qu'en cas d'apport à prix minoré l'intérêt de l'entreprise ne semble pas pouvoir être fondé la valeur des titres remis en échange.

5. Appréciation de la libéralité

Les présomptions d'intention libérale sont plus facilement surmontables

b) Une application modérée dans l'arrêt Société Nouvelle Cap Management CE, 8^e et 3^e ch. 21 octobre 2020 n° 434512



5. Appréciation de la libéralité

Les présomptions de libéralité sont plus facilement surmontables

Selon M. le rapporteur public Romain Victor :

« ...**une sévérité excessive** à l'égard du contribuable redressé pour avoir minoré la valeur d'un apport **serait de mauvais aloi** : il est en effet souhaitable, si vous nous permettez cette image, de « mettre un peu d'huile dans le vinaigre de Cérès ».

... **du point de vue de M. F., qui était dans la position de l'auteur de la « libéralité présumée »** [eu égard à la relation d'intérêt de la communauté existant de toute évidence entre une société et son dirigeant social] ... **cette solution était la seule** qui garantissait, à court, moyen et long terme, la valeur de sa participation et le développement de son groupe »

L'approche retenue est :

- Certes positive lorsqu'elle admet le renversement la présomption d'intention libérale liée en l'espèce à la caractérisation d'une communauté d'intérêt ;

Et lorsqu'il est indiqué dans les conclusions « ...qu'il faut être circonspect lorsqu'on compare un apport à une cession, car le cédant est dans une position objectivement très différente de celle de l'apporteur »

- Mais discutable si elle retient **l'existence structurelle d'une présomption de communauté d'intérêt** lorsque l'apporteur **devient du fait de l'apport** actionnaire majoritaire et/ou dirigeant alors qu'il nous semble qu'il faut se placer avant l'apport pour apprécier l'existence d'une communauté d'intérêt capitalistique (sachant que le même sujet pourrait exister avec la présomption résultant de l'écart significatif de valeur même si le point n'est pas évoqué dans SNCM).

5. Appréciation de la libéralité

L'approche judiciaire de la notion de libéralité

a) Une approche plus stricte de l'intention libérale

- Pour rappel, trois conditions sont nécessaires pour caractériser une donation : une intention libérale du donateur, son appauvrissement irrévocable et l'acceptation du bénéficiaire.
- L'existence de l'intention libérale est appréciée de manière plus stricte que par le juge administratif, notamment eu égard aux conséquences en résultant en matière civile (rapport à succession, potentielles actions en réduction notamment).

Notamment, il n'est pas possible de déduire l'intention libérale du seul déséquilibre d'un acte (Cass. 1^{ère} civile 14 février 1989 n° 87-14.205).

- Dans ce cadre, Il n'y a pas de présomption d'intention libérale mais une approche par faisceaux d'indices ce qui est plus difficile ... même si parmi les indices retenus de manière pragmatique figurent notamment les communautés d'intérêts familiales et les prix décalés des valeurs de marché.

5. Appréciation de la libéralité

L'approche judiciaire de la notion de libéralité

b) Une société peut consentir ou recevoir des donations indirectes soumises aux DMTG au taux de 60 %

Cass. com. 07.05.2019, n° 17-15.621, Sté Harmonie : L'article 902 du code civil, selon lequel toutes personnes, sauf celles déclarées incapables, peuvent disposer par donation entre vifs ou par testament, n'exclut pas les personnes morales.

- En présence d'une vente d'un terrain construit à prix dérisoire (2 744 €), l'intention libérale d'une SA est retenue même si l'acte est contraire à l'intérêt social et qu'il peut être sanctionné à plusieurs égards (au plan civil et pénal).
- La vente est alors qualifiée de donation indirecte, ce qui justifie l'application des DMTG applicables au taux de 60 % en l'absence de liens de parenté.

La capacité des sociétés à recevoir des libéralités étant par ailleurs reconnue, il en résulte une possible application des DMTG entre sociétés et donc dans le cadre éventuellement d'apport à prix minoré entre sociétés.

5. Appréciation de la libéralité

L'approche judiciaire de la notion de libéralité

Quelques éléments de réflexions sur les conséquences de l'arrêt Harmonie

- L'arrêt Sté Harmonie expose « ...qu'il ne résulte ni de l'arrêt ni des conclusions de M. V. ... que celui-ci ait soutenu devant la Cour d'Appel que la donation litigieuse est en réalité un avantage occulte », ce qui peut laisser penser qu'une approche cumulative (IS-RCM-DMTG) ne serait pas admise par le juge judiciaire.
- Ne faudrait-il pas *a minima* contester la qualification de donation indirecte au profit de la donation déguisée sur un plan procédural (abus de droit rampant cf. Blog Marc Bornhauser) ?
- Cour de cassation a déjà reconnu l'existence de donations indirectes au bénéfice d'un associé :
 - un contrat de location-gérance consenti par le père à une société contrôlée sans qu'il y ait restitution effective du fond de commerce de la part de la société, constitue une donation indirecte rapportable en proportion du capital détenu par le fils (Cass. 1^{re} civ. 24 janv. 2018, n° 17-13,017 et 17-13.400) .
 - un apport à parité minorée peut constituer une donation indirecte rapportable aux autres associés d'où une imposition supplémentaire possible en DMTG (à la différence des impôts directs) - Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 1981, n° 80-15.972.

Il en résulte un risque de cumul sur une même opération d'apport en nature à prix minoré :

- d'IS et de DMTG à 60 % chez la société bénéficiaire,

....comme c'est déjà arrivé dans l'affaire de la société Techmeta Participations en présence de l'abandon pour une personne d'un usufruit sur un bien détenu en nue-propiété par une société IS contrôlée par elle et ses enfants : Imposition de la société aux **DMTG à 60 %** confirmé par la Cour de Cassation le 10 avril 2019 (Ch. com. 17-19-733) et imposition de la libéralité à l'**IS (au taux de 33 1/3 % en 2006)** confirmé par le Conseil d'Etat le 14 octobre 2019 ((3^{ième} et 8^{ième}, n° 417095).

- et de DMTG chez les autres associés de la société, particulièrement en cas de liens familiaux.

5. Appréciation de la libéralité

Etat des lieux des risques d'impositions cumulées

Redressements potentiels / valeur minorée		Redressements Apporteur		Bénéficiaire	Associés
Type d'apport	Nature de l'enjeu/Cause de la libéralité	Société IS	Personne physique		
Apport en numéraire	Parité uniquement	Redressement / libéralité aux autres associés ? (*) (**) + sujet repart. CT/LT	Non	Non (*)	IS: Non ? DMTG: Oui ?
Apport à la VNC	Parité uniquement	Non ? + sujet repart. CT/LT	N/A	IS : Non ? (***) DMTG : Non	IS : Non (***) DMTG : Oui ?
Apport en nature à la valeur réelle	Parité et valeur	Oui + sujet repart. CT/LT	Non	IS : Oui/écart valeur (***) Non/écart parité DMTG : Oui ?	IS : Non DMTG : Oui ?

(*) Elior Group

(**) ACDPI du Jura

(***) Lafarge

(****) Cérés

Et ... en cas d'apport à valeur majorée : DMTG / société bénéficiaire (donation directe) et / autres associés (donation indirecte) ?

5. Appréciation de la libéralité

Sur la possibilité d'une QPC en cas d'impositions cumulées

- La question se poserait seulement si l'imposition cumulée se présentait in concreto. Dans ce cas, le taux d'imposition cumulé serait supérieur à 75 %.
- Dans un telle hypothèse, le sujet serait celui d'une imposition confiscatoire ou faisant peser sur une catégorie de contribuable une charge excessive au regard du principe d'égalité devant les charges publiques - Article 13 DDHC. (Cons. Const., 29 décembre 2012, n° 2012-662 DC, Loi de Finances pour 2013 ; Cons. Const. 15 janvier 2019, n° 2018-755 ; Cons. Const. 29 décembre 2005 n° 2005-530).
- La difficulté est que les Sages apprécient l'existence d'une situation confiscatoire au regard de chaque imposition prise isolément (Cons. Const. 18 décembre 1997, n°97-393 de loi de financement de la sécurité sociale pour 1998) mais il existe des exceptions ...
- Ce sujet est bien étudié par Messieurs N. Vergnet et j.-Ph Coiffard dans leur article relatif à l'arrêt Harmonie (Droit Fiscal n° 26, 27 juin 2019, comm. 310).

Quelles perspectives à long terme ?

La jurisprudence Cérés repose sur un parti pris qui conduit à des conséquences économiquement discutables, alors qu'une autre solution était juridiquement envisageable :

- Elle conduit à imposer la société bénéficiaire de l'apport en l'absence de libéralité économique consentie par l'apporteur. Le rapporteur public reconnaît lui-même que la solution retenue « *mène à des conséquences artificielles* ».
- Or, le principe d'autonomie de la personnalité fiscale qui explique la décision Cérés n'aurait pas été mis en danger par une solution alternative qui aurait permis d'éviter ces conséquences, tout en respectant mieux le réalisme du droit fiscal.

Certes, par plusieurs décisions de l'année 2006 le Conseil d'Etat a réaffirmé avec force que la normalité d'une opération ne peut s'apprécier qu'au regard du seul intérêt individuel de l'entreprise et a écarté la prise en compte de l'intérêt du groupe auquel elle appartient.

En présence d'un apport minoré il a estimé que « l'effet indirect » de revalorisation des titres qui résulte de la minoration de la valeur d'apport ne pouvait être pris en compte sans porter atteinte à ce pilier jurisprudentiel car cela conduirait à s'attacher à l'intérêt de la société qui reçoit l'apport, laquelle est une entreprise distincte de l'apporteur.

Quelles perspectives à long terme ?

Cet « effet indirect » étant ignoré du côté de l'apporteur, celui-ci est donc réputé avoir consenti une libéralité à la société et c'est par un effet incident que cette dernière se trouve imposée.

Dans les affaires de 2006 des entreprises invoquaient l'intérêt de groupe pour échapper aux conséquences d'une rectification portée sur le terrain de l'acte anormal de gestion.

Or la question de l'acte anormal de gestion et donc celle de l'intérêt de groupe est étrangère au débat qui concerne l'apport à valeur minorée : la prise en compte de sa valeur réelle pour apprécier la valeur des titres reçus n'est pas mise en avant pour éviter l'imposition de l'apporteur sur la plus-value. Bien au contraire elle la justifie.

La plus-value de l'apporteur étant déterminée par référence à la valeur réelle des titres émis à la date de l'apport et cette valeur intégrant nécessairement la valeur du bien apporté, il en résulte que l'apporteur se trouve imposé dans les mêmes conditions que si on lui imputait un acte anormal de gestion sans que la société qui reçoit l'apport ne soit réputée avoir reçu une libéralité.

Cette solution, plus conforme à la réalité économique et au bon sens, est d'ailleurs celle retenue par la plupart des fiscalités étrangères modernes.

IACF

INSTITUT DES AVOCATS
CONSEILS FISCAUX

**Merci de compléter
le formulaire
d'évaluation**

Suivez l'IACF sur

