

Étude



Jean-Philippe
DELSOL
Avocat associé,
docteur en droit,
Cabinet DELSOL
AVOCATS



Laure
GAY-BELLILE
Avocat of counsel,
Cabinet DELSOL
AVOCATS

Une remise en cause du régime fiscal des soultes est-elle justifiée ?

Depuis quelques années, la constitution d'une soulte à l'occasion d'une restructuration du capital de sociétés assujetties à l'impôt sur les bénéfices est devenue plus fréquente, notamment pour favoriser la mise en œuvre de ces opérations en dégageant des liquidités ou en modifiant, même marginalement, la répartition du capital entre actionnaires, ou souvent encore en facilitant une transmission de capital... À cette occasion et jusqu'au 1^{er} janvier 2017, la soulte suivait le régime fiscal du sursis ou du report d'imposition de l'opération principale sous réserve qu'elle ne représente pas plus de 10 % de la valeur nominale des titres reçus dans le cadre de l'opération dont elle est l'annexe, sans condition supplémentaire.

En effet, selon les dispositions de l'article 150-0 A du CGI, « les gains nets retirés des cessions à titre onéreux (...) de valeurs mobilières, de droits sociaux, (...) sont soumis à l'impôt sur le revenu ». Toutefois, deux régimes y dérogent en plaçant les plus-values en sursis ou en report d'imposition.

L'article 150-0 B du CGI précisait, avant sa modification par la loi de finances rectificative pour 2016⁽¹⁾, que « sous réserve des dispositions de l'article 150-0 B ter, les dispositions de l'article 150-0 A 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'offre publique, de fusion, de scission, d'absorption d'un fonds commun de placement par une société d'investisse-

ment à capital variable, de conversion, de division, ou de regroupement, réalisée conformément à la réglementation en vigueur ou d'un apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés (...). Les échanges avec soulte demeurent soumis aux dispositions de l'article 150-0 A lorsque le montant de la soulte reçue par le contribuable excède 10 % de la valeur nominale des titres reçus ».

Pour sa part, l'article 150-0 B ter du CGI prévoyait que, dans certaines conditions, la plus-value réalisée « (...) dans le cadre d'un apport de valeurs mobilières, de droits sociaux, de titres ou de droits s'y rapportant tels que définis à l'article 150-0 A à une société soumise à l'impôt sur les sociétés ou à un impôt équivalent est reportée (...) » et il précisait : « 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. »

Jusqu'à peu, le sort des soultes apparaissait donc naturellement lié à celui des opérations de restructuration du capital bénéficiant du sursis ou du report d'imposition. Mais c'est vrai que cette pratique consistant à octroyer à l'apporteur une soulte en numéraire permettait au bénéficiaire de la soulte de recevoir une somme, correspondant au montant de celle-ci, en franchise fiscale temporaire, contrairement à une distribution de dividendes qui aurait entraîné une imposition au barème progressif de l'impôt sur le revenu après application d'un abattement de 40 % outre prélèvements sociaux. Aussi, et sans doute par suite de la généralisation des opérations avec soulte et peut-être d'excès dans leur utilisation, l'Administration semble vouloir appliquer l'abus de droit de manière très systématique pour remettre en cause les soultes pratiquées jusqu'en 2016. Cette dernière multiplie actuellement les contrôles fiscaux afin de redresser les contribuables qui auraient pris part à des opérations d'échange d'actions incluant des soultes.

Nous ne pensons pas que l'administration fiscale soit dans son droit sauf cas particulier. L'intervention impromptue, par voie d'amendement en deuxième lecture au Sénat, le 15 décembre 2016, d'un article nouveau et inopiné dans la loi de finances rectificative pour 2016 pour permettre de taxer les soultes à l'avenir semble confirmer d'ailleurs que l'Administration n'avait pas antérieurement les moyens d'imposer ces soultes.

Une nouvelle suspicion

La question de la remise en cause des apports avec soulte sur le fondement de l'abus de droit n'a jamais été explicitement évoquée par l'administration fiscale jusqu'à l'été 2015. Dans sa mise à jour du BOFiP-impôts du 2 juillet 2015⁽²⁾, l'Administration fiscale a visé les apports avec soulte en émettant pour la première fois une mise en garde au regard de l'abus de droit.

Par ailleurs, les échanges de titres avec soulte sont, depuis mars 2016, expressément mentionnés par l'administration fiscale dans la liste des montages pouvant être abusifs. Sur son site impots.gouv.fr, l'administration fiscale explique de manière synthétique aux contribuables le procédé de la fraude qu'elle entend remettre en cause sur le fondement de l'abus de droit :

« Un particulier réalise un apport de droits sociaux, avec soulte, à une société relevant de l'impôt sur les sociétés. Le montant de la soulte, inférieur à 10 % de la valeur nominale des titres reçus, fait l'objet d'une inscription au crédit du compte courant de l'apporteur. Les dividendes perçus par la société bénéficiaire de l'apport permettent ensuite de rembourser le montant de la soulte dû à l'apporteur. Le procédé consiste, sous couvert d'une

opération d'échange de droits sociaux avec soulte, à appréhender des liquidités en franchise d'impôt. En effet, en l'absence d'interposition de la société bénéficiaire de l'apport, les dividendes attachés aux titres apportés auraient été soumis à l'impôt sur le revenu entre les mains de l'apporteur. »

L'administration fiscale semble ainsi vouloir, en cas de stipulation d'une soulte considérée par elle comme abusive, ne remettre en cause que l'imposition de la soulte sans entraîner la remise en cause du reste de la plus-value d'apport. Elle a d'ailleurs complété sa fiche descriptive de l'utilisation abusive des soultes en mentionnant l'avis du Comité de l'abus de droit fiscal dans les affaires n° 2016-20, 2016-22 et 2016-23 dans sa séance du 13 octobre 2016.

Origine et fondement du dispositif actuel

Les régimes de sursis et de report d'imposition en vigueur jusqu'au 31 décembre 2016 prévus respectivement par l'article 150-0 B du CGI⁽³⁾ et l'article 150-0 B ter du même Code⁽⁴⁾ ont été mis en place afin de respecter les exigences de neutralité fiscale applicables aux opérations d'échange d'actions, édictées par les dispositions de la directive du Conseil européen du 23 juillet 1990⁽⁵⁾ réitérées par la directive du 19 octobre 2009⁽⁶⁾.

Il y a lieu de préciser que le régime du sursis d'imposition prévu par l'article 150-0 B du CGI applicable aux opérations d'échange d'actions réalisées depuis le 1^{er} janvier 2000 a notamment eu pour objet d'unifier les anciens régimes de différés d'imposition (essentiellement des mécanismes de report d'imposition) prévus par les articles 92 B à 92 K et 160, I ter du CGI⁽⁷⁾.

Ces directives européennes ont été instituées afin de ne pas entraver la constitution de groupes européens par « des restrictions, des désavantages ou des distorsions particuliers découlant en particulier des dispositions fiscales des États membres »⁽⁸⁾.

Elles s'appliquent notamment aux opérations d'échanges d'actions de sociétés telles que définies ci-après :

« e) "échange d'actions", l'opération par laquelle une société acquiert, dans le capital social d'une autre société,

(3) issu de l'article 94 de la loi de finances pour 2000 (L. fin. 2000, n° 99-172, 30 déc. 1999, JO 31 déc.).

(4) issu de l'article 18 de la troisième loi de finances rectificative pour 2012 (L. fin. rect. 2012, n° 2012-1510, 29 déc. 2012, JO 30 déc.).

(5) Dir. CEE, n° 90/434, 23 juill. 1990.

(6) Dir. CE, n° 2009/133, 19 oct. 2009.

(7) issus de l'article 24 de la loi du 26 juillet 1991 transposant l'article 8 de la directive CEE n° 90/434, du 23 juillet 1990.

(8) Considérant figurant dans le préambule des directives européennes concernées.

(1) L. fin. rect. 2016, n° 2016-1918, 29 déc. 2016, JO 30 déc.

(2) BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-20150702, n° 170.

une participation ayant pour effet de lui conférer la majorité des droits de vote de cette société, ou, si elle détient déjà une telle majorité, acquiert une nouvelle participation 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. »⁽⁹⁾

À propos de la « soulte en espèces », la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), dans un arrêt du 5 juillet 2007, *Hans Markus Kofoed*⁽¹⁰⁾, ne manque pas de souligner que :

« (...) la notion de « soulte en espèces » au sens de l'article 2, sous d), de la directive 90/434 vise les prestations pécuniaires ayant le caractère d'une véritable contrepartie à l'opération d'acquisition, à savoir les prestations qui ont été convenues à titre contraignant en tant que complément à l'attribution de titres représentatifs du capital de la société acquérante, et ceci indépendamment des éventuels motifs sous-tendant l'opération. Il ressort, en effet, de l'économie et du système de la directive 90/434 que la soulte en espèces et l'opération d'acquisition font partie d'une même transaction. En effet, la soulte fait partie intégrante de la contrepartie que la société acquérante paie aux associés de la société acquise en vue d'obtenir une participation majoritaire dans cette société. »

La neutralité fiscale imposée par ces directives conduit à une absence d'imposition immédiate de la plus-value réalisée par des associés lors d'une opération d'échange d'actions.

Ainsi, l'article 8 de la directive de 2009 dispose très clairement que :

« L'attribution, à l'occasion d'une fusion, d'une scission ou d'un échange d'actions, de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire ou acquérante à un associé de la société apporteuse ou acquise, en échange de titres représentatifs du capital social de cette dernière société, ne doit, par elle-même, entraîner aucune imposition sur le revenu, les bénéfices ou les plus-values de cet associé. »

À noter que ce régime de faveur n'empêche pas, bien évidemment, la taxation du profit résultant d'une cession ultérieure des titres reçus à l'échange.

Au surplus, cette neutralité fiscale n'est pas nécessairement totale, dès lors que la directive n'empêche pas les États d'imposer, l'année de l'échange, la soulte en espèces attribuée aux associés lors d'opérations de restructuration

ou d'échanges d'actions⁽¹¹⁾. Autrement dit, la directive européenne reconnaît aux États le droit d'imposer la soulte attachée à un échange d'actions dont la plus-value bénéficiaire, elle, d'un sursis ou d'un report d'imposition.

Telle fut la position initiale du législateur français qui a imposé les soultes jusqu'au 31 décembre 1999. Ainsi, l'article 160, I ter du CGI prévoyait pour les anciens mécanismes de report d'imposition qu'ils s'appliquaient :

« aux échanges avec soulte à condition que celle-ci n'excède pas 10 % de la valeur nominale des titres reçus. Toutefois, la partie de la plus-value correspondant à la soulte reçue est imposée immédiatement. »

Depuis le 1^{er} janvier 2000 et avant la loi de finances rectificative pour 2016, le législateur français ne retenait plus l'imposition de la soulte lors de l'année de l'opération d'échange d'actions ni dans le cadre du dispositif du sursis d'imposition prévu par l'article 150-0 B du CGI ni dans le cadre du dispositif du report d'imposition prévu désormais par l'article 150-0 B ter du CGI.

L'administration fiscale peut-elle revenir sur le choix opéré par le législateur français par des voies insidieuses ?

Certes, les deux directives européennes susvisées comportent une clause dite de sauvegarde permettant aux États membres de refuser l'application du régime fiscal commun.

L'article 15 de la directive de 2009 prévoit ainsi qu'un :

« État membre peut refuser d'appliquer tout ou partie des dispositions des articles 4 à 14 ou d'en retirer le bénéfice lorsqu'une des opérations visées à l'article 1^{er} : a) comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales ; le fait que l'opération n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables, tels que la restructuration ou la rationalisation des activités des sociétés participant à l'opération, peut constituer une présomption que cette opération a comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales ; »

Mais, les articles 4 à 14 (Chapitre II, III et IV) ne visent pas la soulte, mais le bénéfice du sursis ou report d'imposition dans son ensemble.

Dans l'arrêt *Leur-Bloem* du 17 juillet 1997⁽¹²⁾, la CJUE a rappelé la position de principe de la jurisprudence européenne à cet égard.

Selon l'article 11 § 1 a) de la directive susvisée :

« Un État membre peut refuser d'appliquer tout ou partie des dispositions des titres II, III et IV ou en retirer le bénéfice lorsque l'opération de fusion, de scission, d'apport d'actifs ou d'échange d'actions a comme objectif

principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscale ; le fait qu'une des opérations visées à l'article 1^{er} n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables, tels que la restructuration ou la rationalisation des activités des sociétés participant à l'opération, peut constituer une présomption que cette opération a comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscale. »

La CJUE a considéré que cet article devait être interprété en ce sens que, pour vérifier si l'opération envisagée, dans son ensemble, a comme objectif principal ou comme l'un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscale, les autorités nationales compétentes doivent procéder à un examen global de ladite opération. Un tel examen doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Conformément à l'article 11 § 1 a) de la directive, les États membres peuvent prévoir que le fait que l'opération envisagée n'ait pas été effectuée pour des motifs économiques valables peut constituer une présomption de fraude ou d'évasion fiscale. Il leur appartient de déterminer les procédures internes nécessaires à cette fin dans le respect du principe de proportionnalité. Cependant, l'institution d'une règle revêtant une portée générale excluant automatiquement certaines catégories d'opérations de l'avantage fiscal irait au-delà de ce qui est nécessaire pour éviter une telle fraude ou telle évasion fiscale et porterait atteinte à l'objectif poursuivi par la directive.

Il convient d'en déduire que les États membres ne peuvent pas prévoir une règle générale excluant automatiquement les apports avec soulte, mais la directive leur permet de mettre en place des règles venant limiter l'utilisation des dispositifs de sursis ou report, en ce compris la soulte, lorsque l'opération elle-même est entachée de fraude ou d'évasion fiscale.

Pour autant, l'administration fiscale semble aujourd'hui focaliser son attention sur l'adoption d'une procédure de remise en cause du seul versement des soultes intervenu avant le 1^{er} janvier 2017.

Sur la contestation du versement d'une soulte par l'administration fiscale sur le fondement de l'abus de droit

Pour l'application des articles 150-0 B et 150-0 B ter du CGI, les commentaires administratifs figurant dans l'instruction du 13 juin 2001⁽¹³⁾ puis repris dans le BOFIP-Impôts sous la référence BOI-RPPM-PVBMI-30-10-20, non seulement ne mentionnent en aucun cas le fait que la soulte puisse présenter un caractère abusif, mais plus encore présentent très explicitement l'attribution d'une soulte,

dans la limite de 10 %, comme une option possible, sans autre condition ni limitation.

La seule limitation rappelée par cette instruction est celle relative au seuil de 10 % conformément au texte même des articles 150-0 B et 150-0 B ter du CGI.

Les directives susvisées ne permettaient ou permettraient d'ailleurs pas qu'il en soit autrement de notre point de vue, sauf pour la loi à prévoir expressément l'imposition de la soulte, ce qui n'était pas le cas de la loi française entre le 1^{er} janvier 2000 et le 1^{er} janvier 2017.

On peut d'ailleurs penser que ce plafond relativement faible de 10 % ainsi que la référence à la valeur nominale des titres reçus, susceptible de diminuer le montant de la soulte en présence d'une société bénéficiaire des titres apportés et dont la valorisation est supérieure à son capital social, sont en eux-mêmes un rempart aux opérations de restructuration abusives.

Néanmoins, désormais le BOFIP-Impôts du 2 juillet 2015 mentionne une « possibilité » d'imposer une soulte reçue considérée comme abusive : – 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 distribution du fait de ce désinvestissement.

Ces conditions sont énoncées comme cumulatives (« et »), de telles sortes que si l'une ou l'autre est manquante, l'abus de droit ne peut être caractérisé.

C'est donc par référence à l'article L. 64 du LPF et sur le fondement de la fraude à la loi, une des branches de l'abus de droit fiscal, que l'administration fiscale cherche aujourd'hui à remettre en cause la stipulation d'une soulte lors d'une opération d'échange d'actions placée sous un régime de différé d'imposition.

Deux conditions s'avèrent nécessaires pour caractériser la fraude à la loi : la première consiste dans l'application d'une norme afin de bénéficier de l'avantage fiscal qu'elle contient en contradiction avec l'objectif poursuivi par son auteur et la seconde est caractérisée par l'intention exclusive du contribuable d'éluder ou d'atténuer son impôt.

Si l'administration fiscale « stigmatise » aujourd'hui les opérations d'échanges de titres avec soulte, elle se garde pourtant bien d'expliquer dans sa doctrine administrative en quoi les contribuables concernés auraient détourné l'esprit de la norme. Dans les contrôles fiscaux dont nous avons eu connaissance, l'administration fiscale reconnaît expressément la justification de l'opération d'échange d'actions, mais elle conteste la soulte dont elle soutient, et à notre point de vue sans fondement, qu'elle doit avoir sa propre justification économique.

(9) Dir. CE n° 2009/133, 19 oct. 2009, art. 2.

(10) CJUE, 5 juill. 2007, aff. C-321/05, Hans Markus Kofoed.

(11) Dir. CE n° 2009/133, 19 oct. 2009, art. 8, § 9.

(12) CJCE, plén., 17 juill. 1997, aff. C-28/95, Leur-Bloem.

(13) Instr. 13 juin 2001, BOI 5-C-01, n° 119.

Une nécessaire appréciation globale

Dans tous les cas, la soulte reste un accessoire. Mais contrairement à ce qu'invoque parfois l'Administration⁽¹⁴⁾, elle ne peut pas se justifier par le règlement des rompus puisque ceux-ci sont toujours marginaux, bien inférieurs à 10 %, et que leur indemnisation est imposable selon le traitement spécifique commenté distinctement par l'Administration au § 30 de la Fiche 2 de l'instruction du 13 juin 2001 rapportée au *BOI 5 C-1-01 du 3 juillet 2001*. D'ailleurs, l'Administration précise très clairement que les sommes versées au titre de l'indemnisation des rompus ne sont pas prises en compte pour l'appréciation tenant à la condition de la soulte (§ 31 et 32 de la Fiche 2). Cette analyse demeure puisqu'elle est reprise au BOFiP-Impôts sous la référence *BOI-RPPM-PVBM-30-10-20-20160304, n° 310*.

L'attribution d'une soulte n'excédant pas 10 % de la valeur nominale des titres reçus en contrepartie de l'apport a un impact modeste sur la répartition du capital de la société bénéficiaire des titres apportés. Certes, la soulte est susceptible de diluer ou reluer marginalement certains actionnaires et favoriser ainsi, modestement, les transmissions familiales par exemple. Elle peut aussi permettre dans certains cas d'emporter l'accord de certains actionnaires pour lesquels la soulte représentera un avantage les incitant à accepter une opération d'apport ou d'échange que différemment ils n'auraient pas d'intérêt personnel à accepter. C'est d'ailleurs probablement l'une des raisons qui a incité le législateur à instaurer l'exonération des soultes à compter de 2000 avec ce seuil de 10 %. Dans tous les cas, la soulte n'est qu'un moyen de favoriser l'opération globale dont elle est un accompagnement.

Ce n'est donc bien que dans le cadre d'une analyse globale de l'opération d'apport ou d'échange de titres que l'abus de droit pourrait éventuellement être caractérisé. En effet, ce que l'abus de droit sanctionne, c'est « le montage » écrit le rapporteur public Pierre Collin, dans ses conclusions sur l'arrêt *Saga*⁽¹⁵⁾. Montage qu'il définit ainsi :

« Il n'y a abus de droit qu'en présence d'une série d'actes cohérents et convergents, passés en vue de créer une situation juridique ou économique artificielle à seule fin d'entrer dans les prévisions d'une disposition fiscale favorable. »

L'administration fiscale ne peut pas imposer les soultes en espèces sans remettre en cause, au titre de l'abus de droit, l'ensemble de l'opération de restructuration dans le cadre de laquelle a été décidée une soulte.

Le Comité de l'abus de droit fiscal est venu préciser à plusieurs reprises que l'appréciation de la notion d'abus de droit devait être faite en analysant l'opération dans sa

globalité⁽¹⁶⁾. En effet, le Comité s'intéresse à l'ensemble de l'opération pour apprécier l'existence de l'abus de droit, quand bien même il serait interrogé sur un aspect seulement d'une opération. C'est ce qui semble avoir été le cas de l'affaire ayant donné lieu à l'avis du Comité de l'abus de droit fiscal dans l'affaire n° 2016-20 (et qui est désormais visée dans la fiche des montages abusifs consacrée à la soulte).

En effet, il ressort ici de l'analyse du Comité que l'opération d'apport litigieuse n'avait pas de justification juridique ou économique autre que celle de pouvoir stipuler une soulte dont le paiement avait été, en amont même de la restructuration, organisé via un financement bancaire gagé sur les dividendes futurs à percevoir par la bénéficiaire de l'apport et alors même que la trésorerie et les réserves étaient d'ores et déjà disponibles pour que cette distribution puisse avoir lieu sans délai ainsi d'ailleurs qu'il fut avéré. Il ne s'agissait donc que d'un montage pour disposer immédiatement sous forme d'une soulte non imposable de sommes qui auraient pu être obtenues tout aussi immédiatement à titre de distribution de dividendes.

Dans cette affaire, il apparaît donc nettement que c'est l'opération d'apport en elle-même qui est remise en cause en ce qu'elle n'avait été téléguidée que par le seul objectif d'attribuer une soulte aux contribuables pour leur permettre de percevoir des liquidités en franchise provisoire d'impôt. Le raisonnement ainsi suivi par le Comité s'inscrit dans le sens des conclusions de l'Avocat général Juliane Kokott rendues sous l'arrêt de la CJUE du 5 juillet 2007 *Hans Markus Kofoed* précité, dans lesquelles il est indiqué qu'il est déterminant de savoir si la soulte :

« 46. (...) revêt aussi précisément le caractère d'une contrepartie à l'acquisition de la participation majoritaire et, partant, si elle a été convenue à titre contraignant en tant que complément à la contrepartie véritable, consistant en des actions dans la société acquérante. À cette fin, il est nécessaire de procéder à une appréciation objective d'ensemble de toutes les circonstances de l'espèce. »

Un motif non fiscal exclut l'abus de droit

Dès lors que l'opération d'apport considérée dans son ensemble répond à un motif non fiscal, l'Administration ne devrait pas être autorisée à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal à l'encontre de la seule soulte, qui n'est par elle-même ni un acte ni une opération. Il a en effet été souligné que la soulte n'était qu'une modalité d'exécution d'une opération plus globale⁽¹⁷⁾.

(16) CADF, aff. n°s 2013-10 et 2013-11, 23 mai 2013, et CADF, aff. n°s 2013-14 et 2013-15, 13 juin 2013.

(17) Notamment lors de la Conférence-débat sur l'actualité fiscale organisée par les Éditions Francis Lefebvre le 23 janvier 2014.

Le but exclusivement fiscal doit donc être apprécié par l'administration fiscale au regard de la décision globale de procéder à l'opération d'apport (incluant donc le versement de la soulte) et non au regard de la seule décision de procéder au versement d'une soulte à l'occasion de la réalisation de l'apport de titres.

Ceci implique que l'administration fiscale ne se contente pas de démontrer l'absence d'intérêt économique du versement d'une soulte par la société bénéficiaire de l'apport des titres mais démontre l'absence d'intérêt économique pour l'ensemble de l'opération, notamment pour défaut de substance de la société bénéficiaire de l'apport des titres, et le caractère artificiel de l'acte d'apport exprimant l'absence de tout intérêt autre que fiscal.

Une telle démonstration est difficile à rapporter lorsque l'opération de restructuration implique des sociétés opérationnelles préexistantes. Elle n'est pas nécessairement plus aisée dans le cadre d'une opération d'apport de droits sociaux par un particulier à une société holding nouvellement constituée, qui plus est passive. Certes, la jurisprudence et l'actualité fiscale⁽¹⁸⁾ montrent que les sociétés holdings passives sont aujourd'hui malmenées et que de nombreux montages sont requalifiés pour défaut de substance de la société holding⁽¹⁹⁾.

Est-ce dire que les holdings pures – qui par nature exercent une activité purement financière et dont la matérialité se réduit à quelques éléments : vie sociale régulière, gestion des participations et de la trésorerie – sont dépourvues de toute substance économique et encourent par conséquent le grief de l'abus de droit ? Telle n'est pas l'analyse des juges qui considèrent qu'une société holding passive peut avoir « une substance économique » dès lors qu'elle présente un intérêt financier, juridique ou patrimonial, peu importe qu'elle ne dispose pas de personnels, qu'elle ne rende pas de prestations de services au profit des participations qu'elle gère, etc.⁽²⁰⁾

Ainsi, dès lors que l'opération est réalisée pour des buts autres que fiscaux, elle n'est pas susceptible d'abus de droit. Et quand bien même l'opération est avantageuse fiscalement pour les contribuables qui y sont parties, la jurisprudence reconnaît que « les enfants du siècle ont le droit d'être habiles ». Plus prosaïquement, le rapporteur public Laurent Vallée soulignait qu'en dehors des « montages purement artificiels », les contribuables ont la liberté de choix du chemin fiscalement le plus avantageux et que

(18) Débats parlementaires concernant la clause anti-abus introduite dans le régime mère filiale d'exonération de retenue à la source par la loi de finances rectificative pour 2015.

(19) CAA Versailles, 17 déc. 2015, n° 13VE01281 ; CE, 10 déc. 2008, n° 295977, Société Andros et Cie.

(20) Cf. CE, 27 janv. 2011, n° 320313, Bourdon ; CAA Versailles, 28 déc. 2012, n° 10VE00433, Badin ; CADF, avis n° 2013-04 à n° 2013-09 ; Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-16.835.

cette liberté est garantie par la jurisprudence du Conseil d'État ainsi qu'il en citait de nombreux exemples⁽²¹⁾.

Les limites de l'abus de droit

L'administration fiscale a cru trouver une mine d'or dans l'imposition des soultes au travers de l'abus de droit. Et pour éviter la prescription des nombreuses opérations de ce type réalisées en 2013, elle s'est empressée de notifier ses redressements avant le 31 décembre 2016 pour ladite année 2013. Mais, elle n'est sans doute guère confiante elle-même dans le succès de ses procédures. Elle a d'ailleurs motivé certains redressements en imposant les soultes à titre de dividendes, tandis que d'autres fois, elle l'a fait comme plus-values mobilières ! Bien plus, elle a favorisé la présentation inopinée au Sénat, en deuxième lecture, d'un amendement dans la loi des finances rectificative pour 2016 à l'effet de fiscaliser les soultes à compter du 1^{er} janvier 2017. Ces hésitations et cette intervention législative impromptue démontrent un peu plus encore que l'Administration est en difficulté pour invoquer la notion d'abus de droit dont il nous paraît important de rappeler les limites

Un amendement curieusement impromptu

En effet, l'amendement présenté par Messieurs Yung, Vincent et Madame André devant le Sénat au cours de la séance du 15 décembre 2016 et ayant vocation à fiscaliser les soultes immédiatement a été présenté comme ayant :

« pour objet d'imposer, au titre de l'année de l'opération d'échange ou d'apport à laquelle elles se rapportent, les soultes perçues par les particuliers et ce, quel que soit le régime d'imposition des gains en capital des particuliers (plus-values mobilière ou plus-values immobilières (...)). »

À la lecture de la présentation de cet amendement, il est donc évident que l'Administration avait une parfaite conscience que sans une loi nouvelle elle ne pouvait espérer taxer les soultes, sauf dans certains cas très particuliers comme celui visé par la décision du CAD susvisée du 13 octobre 2016. Et le législateur de 2016 était lui-même parfaitement conscient qu'il fallait légiférer pour modifier le choix délibéré de non-imposition immédiate du législateur de 1999.

L'abus de droit ne peut pas surmonter la loi

Et l'abus de droit ne peut pas se substituer à la loi, sauf à donner à l'Administration un pouvoir exorbitant, quand bien même il serait sous le contrôle des tribunaux. L'abus de droit ne remplace pas la loi lorsqu'elle est limpide.

(21) CE, 28 févr. 2007, n°s 284565 et 284566, Min. c/ Persicot et Crosset.

À titre d'exemple, sous certaines conditions, les soultes sont, depuis 1969, exonérées dans le cadre d'un partage sans que l'administration fiscale ne songe à invoquer l'abus de droit à leur encontre.

L'abus de droit pourrait-il être invoqué contre ceux qui profitent de l'abattement de 10 % pour frais professionnels ou de l'abattement spécial de 10 % dans le BTP, ou encore de l'abattement de 40 % sur dividendes ? Lorsque le législateur a voulu empêcher les gérants majoritaires de se verser des dividendes plutôt que des rémunérations pour échapper aux charges sociales, il a modifié la loi pour inclure les distributions dans l'assiette des cotisations sous certaines conditions tout comme du reste le législateur vient de le faire, par la loi de finances rectificative pour 2016, en revenant sur le principe de la non taxation immédiate des soultes sur les opérations d'échanges (*cf. supra*).

Dans le cadre de donations, les familles utilisent souvent les abattements et franchises disponibles jusqu'à leurs limites pour éviter tout droit sans que cette opération manifestement à objet fiscal puisse être remise en cause parce que la loi est suffisamment claire. Le même raisonnement peut être appliqué pour les exonérations d'ISF en matière d'objets d'art qui permettent à quiconque de placer sa fortune en objets d'art pour échapper à l'impôt sans que cela ne soit contestable.

Enfin, le f de l'article 787 B du CGI permet expressément⁽²²⁾ l'application de l'abattement Dutreil de 75 % au cas de donation-partage avec soulte (celle-ci n'étant pas même

plafonnée) ; la position soutenue par le Service dans le cadre du présent redressement reviendrait à faire valoir que le contribuable qui se prévaut des dispositions précitées commettrait un abus de droit, alors même qu'il ne fait que bénéficier d'un dispositif fiscal de faveur spécialement mis en place par le législateur.

Lorsqu'un avantage fiscal est clairement autorisé par le législateur qui l'a institué à dessein, chacun est libre de l'utiliser sans commettre d'abus de droit.

Il devrait donc en aller ainsi pour la soulte qui a été délibérément intégrée dans le mécanisme du sursis d'imposition, puis du report et dont l'imposition est décalée pour faciliter les opérations de restructuration et les rendre attractives comme le législateur peut rendre attrayants d'autres mécanismes fiscaux à l'image de ceux présentés ci-dessus. ■

COMMENTAIRE

Dans tous les cas, la position de l'Administration tendant à redresser les contribuables ayant bénéficié de soultes nous paraît éminemment contestable lorsque l'opération à l'occasion de laquelle cette soulte est créée n'est pas elle-même susceptible d'être qualifiée d'abus de droit. En effet, la soulte ne nous semble pas pouvoir être détachée de l'opération d'échange, apport, fusion ou autre dans son ensemble et être seule requalifiée au titre de l'abus de droit. Une clarification de la doctrine et de la jurisprudence s'impose pour éviter les dérives d'une pratique de l'abus de droit qui n'a pas vocation à permettre à l'Administration de faire évoluer la loi mais seulement d'en empêcher les utilisations manifestement abusives.

(22) BOI-ENR-DMTG-10-20-40-20-20130909, n° 120.