

## CONCLUSIONS

**M. Yohann BENARD, rapporteur public**

**Le réalisme du droit fiscal autorise l'administration à rechercher la réalité par-delà les apparences mais lui interdit, par définition, de substituer ce qui aurait pu ou dû être à ce qui a effectivement été.** Limpide en théorie, cette distinction est des plus délicates en pratique, tout particulièrement dans le cas de la valorisation des actifs : lorsqu'une transaction a effectivement eu lieu à un prix minoré ou majoré, faut-il considérer que ce qui est fait est fait, ou autoriser au contraire l'administration à reconstituer ce qui aurait dû être fait, au risque de la laisser s'immiscer dans les choix économiques des contribuables ?

**1. Votre jurisprudence a résolu ce dilemme en recourant, pour distinguer le bon grain de l'ivraie, à la notion de libéralité et à son avatar, l'acte anormal de gestion, applicable lorsque sont en cause des relations entre entreprises :**

- Sanctuarisant le bon grain, vous jugez ainsi de façon générale que l'inscription d'un bien à l'actif pour un prix excessif ou au contraire minoré n'entraîne en elle-même la constatation d'aucun profit, ni d'aucune perte (CE 17 novembre 2000 n°179294, *min c/ SA Service de Presse Edition et Information (SPEI)* : RJF 2/01 n°144) et que « l'administration n'est pas en droit de rehausser les bases de l'impôt du seul fait qu'un élément de l'actif immobilisé a été acquis pour un prix anormalement élevé » (CE 27 avril 2001 n°212680, *Sté GTI* : RJF 7/01 n°905, concl. J. Courtial BDCF 7/01 n°87) ;
- Ces affirmations doivent toutefois être entendues, ainsi que le soulignait notre collègue Frédéric Bereyziat dans sa chronique consacrée notamment à ces deux décisions à la RJF 2005, comme réservant ce que nous appelions à l'instant l'ivraie, c'est-à-dire les hypothèses dans lesquelles la majoration ou la minoration de la valeur d'un élément d'actif revêt le caractère d'une libéralité constitutive d'un acte anormal de gestion. Vous jugez en effet constamment que la valeur d'origine, à laquelle les éléments d'actif doivent être comptabilisés, n'est opposable à l'administration fiscale que pour autant que sa comptabilisation se rattache à une gestion commerciale normale (CE 1<sup>er</sup> février 1978, n°3402 : RJF 3/78 n°74 ; dans le même sens, Plén. 26 juillet 1982 n°2533 et 19645 : RJF 10/82 n°903 avec chronique P. -F. Racine p. 439)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Mentionnons également, dans cette veine, deux décisions jugeant que l'article 38 *quinquies* de l'annexe III au CGI, qui dispose que les immobilisations sont inscrites au bilan pour leur valeur d'origine, ne font pas obstacle à la comptabilisation d'un apport pour une valeur différente de sa valeur vénale (CE 5 mars 2007 n°284457 *Sté Selarl Pharmacie des Chalonges* : RJF 5/07 n°600, conclusions P. Collin p. 426, obs. O. Fouquet Dr. Fisc. 20/07 c. 522 ; et CE 27 avril 2011 n°327705, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s. -s., *Sté Selarl Pharmacie des Chalonges* : RJF 7/11 n°781, concl. L. Olléon BDCF 7/11 n°80). Il en résulte que la valeur d'origine peut différer de la valeur vénale, sous

**Par la diversité des transactions en litige, qui incluent à la fois une cession à titre onéreux, un apport rémunéré par des actions et une cession rémunérée par des obligations convertibles, la présente affaire vous donne l'occasion d'énoncer une règle de portée générale,** applicable à l'ensemble des minorations d'actifs y compris lorsqu'elles résultent d'un apport. Nous vous proposerons de poursuivre dans la voie tracée par votre jurisprudence en généralisant une solution déjà appliquée par votre décision *Raffypack* du 5 janvier 2005, selon laquelle « *dans le cas où le prix de l'acquisition d'une immobilisation a été volontairement minoré par les parties pour dissimuler une libéralité faite par le vendeur à l'acquéreur, l'administration est fondée à corriger la valeur d'origine de l'immobilisation, comptabilisée par l'entreprise acquéreuse pour son prix d'acquisition, pour y substituer sa valeur vénale, augmentant ainsi son actif net dans la mesure de l'acquisition faite à titre gratuit* » (CE 5 janvier 2005 n°254556 *min c/ Sté Raffypack* : RJF 3/05 n°213 avec chronique F. Berezziat p. 314 et concl. E. Glaser BDCF 3/05 n°25<sup>2</sup>). Ce faisant, vous confirmerez le raisonnement qui sous-tend l'arrêt attaqué de la cour administrative d'appel de Paris<sup>3</sup>.

**2. Etendant ainsi cette jurisprudence au cas des apports, vous jetterez une lumière crue – et c'est ici que réside la seconde difficulté de cette affaire – sur le paradoxe auquel mène la confrontation des notions de libéralité et d'autonomie fiscale des personnes morales.**

**Nul ne peut donner que ce dont il dispose.** Une libéralité est donc en principe symétrique, ce qui signifie qu'elle ne peut *a priori* exister que si une transaction conduit à l'appauvrissement de l'un et à l'enrichissement de l'autre. C'est bien ainsi que l'entend votre jurisprudence de section *ministre c/ Théron* du 28 février 2001<sup>4</sup>. Selon cette décision, l'existence d'une libéralité suppose la réunion de deux conditions : un **élément matériel** constitué par un écart significatif<sup>5</sup> entre le prix convenu et la valeur vénale du bien cédé<sup>6</sup> ; et

---

réserve des cas dans lesquels les règles comptables elles-mêmes exigent une comptabilisation à la valeur vénale (voir sur ce point les conclusions relatives à ces deux décisions et le commentaire paru à la documentation pratique Francis Lefebvre BIC-IV-17022)

<sup>2</sup> Précisons qu'étant donné la nature asymétrique des libéralités contraires à l'intérêt de l'entreprise, qui sont taxables pour celui qui les reçoit mais non déductibles par celui qui les consent, les conséquences d'une réévaluation diffèrent, pour la société bénéficiaire, selon que la valeur de l'élément d'actif qui lui a été transmis a été sciemment majorée ou bien minorée. Dans le cas d'une **majoration**, en cause dans l'affaire *Sté GTI* déjà mentionnée, la correction effectuée par l'administration peut certes affecter les amortissements, provisions et plus-values ultérieurs de la société bénéficiaire mais n'entraîne par elle-même aucun redressement l'année de la cession puisqu'une libéralité n'est jamais déductible. A l'inverse, dans le cas d'une **minoration**, qui était en cause dans l'affaire *Raffypack*, le prix peut être redressé chez le cessionnaire car la libéralité reçue est imposable. Pour un panorama plus général, ne se limitant pas à l'examen du cas du bénéficiaire, voir les conclusions de P. Collin sur la décision du 5 mars 2007 *Pharmacie des Chalonges*, déjà mentionnée.

<sup>3</sup> Dans le même sens, plus récemment, v. CAA Versailles 28-2-2017 n°15VE03250, *SAS Sté nouvelle Cap Management* : RJF 10/17 n°905, concl. S. Rudeaux C 905.

<sup>4</sup> CE Section 28 février 2001 n°199299, *min c/ Théron* : RJF 5/01 n°620 avec chronique J. Maia p. 395 et conclusions G. Bachelier BDCF 5/01 n°67.

<sup>5</sup> Notons à cet égard qu'un écart de 14,75% entre prix convenu et valeur vénale n'a pas été jugé suffisant dans une espèce concernant une distribution occulte (CE 31 mars 2010 n°297306, *Petit* : RJF 6/10 n°605, concl. J. Burguburu BDCF 6/10 n°67). Dans une autre affaire, votre rapporteur public Laurent Olléon avait estimé qu'un écart supérieur à 20% pourrait être considéré comme significatif (CE 3 juillet 2009 n°306363, *Plessis de Pouzilhac* : RJF 11/09 n° 941).

<sup>6</sup> Précisons que **l'élément matériel de la libéralité alléguée doit être caractérisé en comparant non pas la valeur d'origine de l'élément d'actif à sa valeur vénale, mais bien cette dernière avec la valeur des contreparties reçues.** Cette règle ressort clairement du considérant de principe de la décision *Théron* s'agissant des cessions à titre onéreux. Le Conseil d'Etat a également eu l'occasion d'en rappeler l'applicabilité aux apports, en jugeant que l'existence d'une libéralité devait s'apprécier par différence entre la valeur réelle du bien apporté et celle des titres reçus en contrepartie (CE 14 juin 1978 n°9403 : RJF 7/78 n°316 avec conclusions B. Martin-Laprade p. 214 ; CE 22 février 1992 n°315156, *Sté Générale Textile de Balson* : RJF 11/12 n°984). Par application de ce principe, a été censuré un arrêt qui avait jugé « *qu'en toute hypothèse seule doit être prise en compte, pour le calcul de la plus-value réalisée à l'occasion de l'apport, la valeur réelle de cet apport, sans qu'il y ait lieu de prendre en compte la valeur des titres remis en contrepartie* » (CE 14 novembre 2005

un **élément intentionnel** apprécié au vu des conditions de l'opération et constitué par la double intention, pour l'une des parties d'octroyer, et pour l'autre de recevoir une libéralité.

**En première analyse, l'application des principes ainsi énoncés laisse penser qu'un transfert de richesse consenti à une entreprise par son actionnaire n'est pas une libéralité.** En effet, l'actionnaire ne s'appauvrit pas réellement car il reprend d'une main, par l'effet de la revalorisation de ses titres, ce qu'il a donné de l'autre. Dès lors qu'il ne s'est pas appauvri, l'entreprise ne saurait, par symétrie, s'être enrichie à ses dépens. Selon ce raisonnement, il ne pourrait jamais y avoir libéralité entre une entreprise et son actionnaire unique, hormis dans le cas particulier où l'actif net de l'entreprise est négatif ; et en cas de pluralité d'actionnaires, le transfert de richesse opéré par l'un d'entre eux au profit de l'entreprise ne constituerait une libéralité qu'au prorata des titres détenus par les autres actionnaires à l'issue de l'opération<sup>7</sup>.

---

n°233489, *Dannoot* : RJF 2/06 n°140, concl. C. Vérot BDCF 2/06 n°15). Ces décisions ne font qu'apporter la sanction de votre jurisprudence à un principe inhérent à la notion même de libéralité, qui suppose un enrichissement ou un appauvrissement effectif et ne saurait donc s'apprécier que par comparaison entre des valeurs vénales – ou, si l'on préfère, entre deux valeurs réelles – et non entre une valeur vénale et une valeur comptable. Dès lors que seules comptent les valeurs vénales, il s'en déduit que le montant de la libéralité reçue est nécessairement égal à celui de la libéralité consentie. Ajoutons enfin, ce qui renforce d'ailleurs l'intérêt pratique des confirmations jurisprudentielles que nous venons d'évoquer, que **la caractérisation d'une libéralité implique à notre avis la prise en compte de toutes les contreparties reçues en échange du bien litigieux**, même lorsque celles-ci ne sont pas d'ordre pécuniaire ou n'ont, le cas échéant, pas à être comptabilisées par les entreprises en cause. Vous n'avez certes pas eu l'occasion d'énoncer cette règle de manière générale mais votre jurisprudence en comporte des illustrations. Ont ainsi été considérées comme des contreparties suffisantes pour écarter la qualification de libéralité ou d'acte anormal de gestion l'octroi d'un prêt sans intérêt consenti par les acquéreurs d'un bien à la société cédante (CE 16 juin 1993 n°78950, *SARL Copag* : RJF 9/93 n°1195, conclusions F. Loloum BDCF 5/93 p. 27), un avantage commercial tenant à la faculté donnée à une entreprise de réorganiser sa production (CE 13 janvier 1967 n°65377 : Dupont p. 204) ou encore un avantage concurrentiel (CE 17 mai 1961 n°45534 : REI 14025-18).

<sup>7</sup> **De manière générale en effet, la cession à titre onéreux ou l'apport en nature d'un bien à une société pour une valeur majorée ou minorée influe mécaniquement sur la valeur économique des titres donnant accès à son capital**, qu'il s'agisse d'actions ou d'obligations convertibles : si la valorisation du bien a été minorée – quelle qu'en soit la raison, que la société ait fait une bonne affaire ou ait bénéficié d'une libéralité – le gain économique correspondant accroît la valeur réelle de ses titres ; et inversement en cas de majoration.

**Si le cédant d'un bien dont le prix est artificiellement minoré est détenteur de tels titres, parce qu'il les détenait antérieurement ou parce que la cession est intervenue par voie d'apport, il va donc reprendre d'une main ce qu'il a donné de l'autre.** *A priori* toutefois, la compensation est seulement partielle, puisqu'elle n'intervient qu'à concurrence de sa participation dans le capital de la société. Elle peut être nulle ou quasi-nulle dans certains cas extrêmes, par exemple si la société bénéficiaire connaît de sérieuses difficultés financières ou si ses titres ont une valeur très supérieure à celle du bien cédé. Ainsi, l'actionnaire d'une grande entreprise cotée qui lui consentirait pour 1.000 € l'apport d'un bien valant 2.000 € recevrait en contrepartie des actions d'une valeur de 1.000 € + epsilon, cette minoration de prix ayant une incidence négligeable sur la valeur de l'action compte tenu de la taille de l'entreprise. A l'autre extrême, il peut arriver que la compensation soit totale, par exemple lorsque l'apporteur est le seul actionnaire, ou lorsque l'apport a été consenti par l'ensemble des détenteurs des titres de la société bénéficiaire à proportion de leurs participations respectives.

**Un exemple simple permet d'illustrer ce cas particulier.** Supposons qu'un père et son fils décident de créer ensemble une société à laquelle chacun apporte une pièce d'or valant 100 sous. Si la société comptabilise ces apports pour seulement 50 sous chacun, la valeur d'apport est clairement minorée, ce qui peut éventuellement prêter le flanc à une critique fondée sur la méconnaissance des règles comptables mais ne traduit, en revanche, aucune libéralité au plan économique. Le père et le fils détenaient tous deux une pièce d'or valant 100 sous avant l'opération, à l'issue de laquelle ils détiennent tous deux la moitié d'une société valant 200 sous. La valeur de leurs patrimoines respectifs, soit 100 sous chacun, n'a pas évolué. Il n'y a ni enrichissement, ni appauvrissement économique de l'un ni de l'autre au profit de la société. **Ce cas de figure est très proche de celui de l'affaire en litige, du moins si l'on fait abstraction de ses complications (v. *infra*).**

**Toutefois, malgré ses mérites arithmétiques et logiques, qui sont indubitables, cette approche économiquement consolidée ne nous semble pouvoir prospérer dans le champ fiscal qu'au prix de réserves d'interprétation.** Enoncée sans précaution, elle heurte en effet rien moins que le principe de la personnalité fiscale des sociétés, qui découle de leur autonomie juridique et dont l'un des corollaires est une dissociation stricte des intérêts respectifs des sociétés et de leurs actionnaires. Estimer qu'une transaction entre une entreprise et son actionnaire ne saurait dissimuler une libéralité à proportion de son impact sur la valorisation des titres qu'il détient revient en effet à confondre leurs intérêts respectifs, c'est-à-dire à reconnaître une forme d'intérêt propre du groupe économique qu'ils constituent. Or, si une telle idée paraît tout à fait concevable et compte encore des défenseurs convaincus et convaincants<sup>8</sup>, il se trouve qu'elle a fait l'objet, à l'initiative d'une partie de la doctrine, du tribunal administratif de Paris et, à sa suite, de la cour administrative d'appel de Paris, de débats de principe récurrents à l'issue desquels vous l'avez toujours écartée (CE 28 avril 2006 n° 278738, *min. c/ Sté Atys France* et n° 277572, *min. c/ Sté SEEEE* : RJF 7/06 n° 836 et 837 avec chronique à la RJF 6/06 p. 499 et conclusions F. Séners BDCF 7/06 n°83 et 84 ; v. antérieurement, dans le même sens, CE 17 février 1992 n° 81690 et 82782, *SA Carrefour* : RJF 4/92 n° 433 avec concl. Ph. Martin p. 267 ; CE 21 juin 1995 n° 132531, *SA Sofige* : RJF 8-9/95 n° 963 avec concl. Ph. Martin p. 559<sup>9</sup>). Tirant les conséquences de la portée conférée par ces décisions au **principe d'autonomie fiscale**, nous vous inviterons à le faire prévaloir sur une lecture strictement économique de la notion de libéralité, et à confirmer par suite la solution retenue dans la présente affaire par la cour administrative d'appel de Paris.

\*

**Les faits de l'espèce, qui se présentent sous un abord complexe, peuvent être ainsi synthétisés :** M. Marc-Henri Ménard était jusqu'en 2005 président de la société anonyme M Lefèvre, spécialisée dans la rénovation de monuments historiques, dont le chiffre d'affaires était de près de 73 millions d'euros. Souhaitant transmettre son patrimoine professionnel à ses quatre enfants tout en assurant la direction de l'entreprise à son aîné, également prénommé Marc-Henri, il a mis en œuvre à cet effet, entre la fin 2004 et la mi-2005, une transmission en plusieurs étapes. Il a tout d'abord procédé, en décembre 2004, à l'absorption par la SA M. Lefèvre de sa holding de contrôle. Au même moment était créée la SAS Cérès, destinée à devenir la nouvelle société holding du groupe et dont le capital, divisé en 3.700 actions, était détenu en quasi-totalité par son fils aîné. En février 2005, M. Ménard père lui a donné 14% du capital de la société M. Lefèvre, qu'il a immédiatement apportés à la société Cérès, recevant en contrepartie 210.000 actions. Quelques semaines plus tard, le père a vendu à la société Cérès 8% du capital de la société M. Lefèvre, puis lui en a cédé 71% par voie d'apport en nue-propriété, recevant en échange 9.000 actions et 630.000 obligations convertibles. Enfin, il a donné ces obligations convertibles, à parts égales, à chacun de ses trois autres enfants, et cédé la présidence de la société M. Lefèvre à la société Cérès, représentée par son fils aîné.

**A l'issue de ces opérations,** M. Ménard avait donc, d'une part, transmis son capital professionnel à parts financièrement équivalentes à ses quatre enfants, et d'autre part, assuré

---

<sup>8</sup> V. P. Carcelero et C. Guincestre, *Appréciation de l'intention libérale dans le contentieux de l'acte anormal de gestion : des questions anciennes mais toujours d'actualité* : Etude parue à la RJF 4/18.

<sup>9</sup> Notons, pour être complet, que le Conseil d'Etat n'a certes pas invalidé un arrêt qui avait jugé qu'une aide consentie à une société civile immobilière n'était constitutive d'un acte anormal de gestion qu'à proportion de la participation détenue par les autres associés (CE (na) 31 mars 1999 n°194517, *CRCAM Pyrénées-Gascogne* : RJF 6/99 n°682) mais cette solution était justifiée par la nécessité d'éviter une double imposition, la société bénéficiaire étant en l'espèce fiscalement translucide. Cette solution ne constitue donc pas une exception au principe de dissociation stricte des intérêts respectifs des sociétés et de leurs actionnaires, qu'elle souligne au contraire en contrepoint, et n'est pas transposable à la société Cérès, qui est soumise à l'impôt sur les sociétés.

la direction effective de l'entreprise à son fils aîné tout en conservant grâce à l'usufruit des actions M. Lefèvre la possibilité de reprendre la main.

**La société Cérès a fait l'objet d'une vérification de comptabilité portant sur les exercices clos en 2005 et 2006, à l'issue de laquelle l'administration a estimé que la valeur des titres M. Lefèvre retenue dans le cadre de ces différentes transactions avait été sous-estimée.** Etayée par deux rapports d'évaluation établis par un cabinet d'avocats et par un expert-comptable, cette valeur était le fruit d'une pondération entre plusieurs approches, combinant valeur de comparaison, valeur de productivité et valeur mathématique. L'administration a contesté les modalités de mise en œuvre de cette méthode, notamment la pertinence des termes de comparaison choisis, trop anciens à ses yeux, ainsi que l'année de référence retenue pour le calcul de la valeur mathématique, ou encore le coefficient de capitalisation retenu. En conséquence, elle a réévalué à 1.291 euros par action, au lieu de 687 euros, la valeur des actions de la société M. Lefèvre. Estimant que la différence était constitutive d'une libéralité, l'administration a réintégré le montant correspondant, soit 8,5 millions d'euros au total, au résultat imposable de la société, sur le fondement du 2 de l'article 38 du code général des impôts.

**S'en est suivi un intense débat, au cours duquel l'administration, tout en maintenant l'essentiel du redressement, a consenti deux dégrèvements partiels,** d'abord au stade de l'interlocution régionale puis en cours d'instance devant le tribunal administratif, ramenant finalement à 1.026 euros la valeur unitaire retenue. Saisis par la société Cérès, le tribunal administratif puis la cour administrative d'appel de Paris ont successivement rejeté ses demandes tendant à la décharge des suppléments d'impôt sur les sociétés non dégrévés par l'administration.

**L'arrêt attaqué** cite tout d'abord les termes du 2 de l'article 38 du code général des impôts, selon lesquels « *Le bénéficiaire net est constitué par la différence entre les valeurs de l'actif net à la clôture et à l'ouverture de la période dont les résultats doivent servir de base à l'impôt diminuée des suppléments d'apport et augmentée des prélèvements effectués au cours de cette période par l'exploitant ou par les associés* ». Il rappelle ensuite qu'aux termes de l'article 38 *quinquies* de l'annexe III, la valeur d'origine s'entend de la valeur d'apport pour les apports et du coût d'acquisition pour les immobilisations acquises à titre onéreux, puis reproduit le considérant de principe de votre jurisprudence *Raffypack* en précisant qu'il s'applique aux apports. Il écarte enfin les diverses objections formulées contre la méthode de calcul finalement retenue par l'administration, et conclut qu'« *eu égard à la communauté d'intérêts unissant les actionnaires des sociétés M Lefèvre et Cérès, qui appartiennent au même groupe familial, les écarts de valeur de l'action de la société Cérès mentionnés ci-dessus doivent être regardés comme des libéralités volontairement consenties, de manière occulte, à cette société* ».

**Les premiers moyens du pourvoi, essentiellement dirigés contre la motivation de l'arrêt attaqué, ne vous retiendront pas.** En transposant aux apports le considérant de principe de votre jurisprudence *Raffypack*, la cour a répondu à la contestation dirigée contre le principe d'une telle transposition. Ce faisant, elle a suffisamment expliqué le raisonnement conduisant selon elle à considérer l'apport d'un actif comme susceptible de dissimuler une libéralité taxable et l'article 38 comme formant une base légale pertinente à cet égard. Par ailleurs, en jugeant que les éléments produits étaient insuffisamment précis pour évaluer la valeur des titres de la société M. Lefèvre par comparaison avec celle retenue à l'occasion de l'acquisition, en 2003, de la société Limouzin, la cour vous a mis à même d'exercer votre contrôle sur la raison ayant conduit à écarter cette transaction. Ce faisant, elle n'a pas dénaturé les pièces du dossier car l'argumentation particulièrement détaillée produite par l'appelante

sur ce point tendait essentiellement à justifier le taux de capitalisation retenu à l'occasion de cette transaction et non, plus généralement, sa pertinence en tant que terme de comparaison.

\*

**Venons-en à présent au cœur du litige**, c'est-à-dire à la critique pour le moins radicale à laquelle se livre la société requérante en soutenant, en substance, qu'un apport en nature, même consenti à une valeur minorée, n'est jamais susceptible de constituer une libéralité taxable sur le fondement du 2 de l'article 38 du code général des impôts. Cette argumentation se décompose en deux moyens d'erreur de droit, qui correspondent aux deux questions que nous vous exposons en introduction.

\*

**Il est tout d'abord soutenu que le texte du 2 de l'article 38 du CGI, qui neutralise expressément les suppléments d'apport, ferait ainsi obstacle aux conséquences fiscales d'une éventuelle minoration de la valeur d'un apport** et, par suite, à la transposition à cette hypothèse du raisonnement appliqué aux cessions à titre onéreux par votre jurisprudence *Raffypack*.

**Concédonsons que cette interprétation du texte est conforme à sa lettre.** En effet, si ces deux types d'opérations sont régis par le même article du code, celui-ci les soumet à des règles différentes. Dans les deux cas, la réévaluation de la valeur d'un élément d'actif entraîne un accroissement de l'actif net, mais **une neutralisation est expressément prévue en cas d'apport** : le 2 de l'article 38 précise que le bénéfice net se calcule en retranchant la valeur des suppléments d'apport, alors qu'il ne prévoit rien de tel en cas de cession. Par suite, en cas de minoration ou de majoration de la valeur d'un actif, la correction opérée par l'administration se retrouve mécaniquement dans le résultat fiscal en cas de cession, alors qu'elle est neutralisée en cas d'apport. En d'autres termes, lorsqu'une entreprise bénéficie d'un apport, elle constate une augmentation d'actif net égale à la valeur d'apport X. En application du 2 de l'article 38 du CGI précité, son bénéfice fiscal est obtenu après déduction de la valeur d'apport X, aboutissant à un supplément de revenu taxable nul puisqu'égal à X-X. Si l'administration estime que la valeur de l'actif apporté a été minorée et lui substitue la valeur Y, cette substitution aboutit par le truchement des mêmes règles à un revenu taxable égal à Y-Y, donc également nul, et ne peut par suite fonder un quelconque redressement<sup>10</sup>.

**Le requérant déduit de cette lecture littérale – et en première analyse imparable – du texte qu'un apport n'est jamais taxable chez la société bénéficiaire**, même si son montant a été sciemment majoré ou minoré pour dissimuler une libéralité.

Nous nous sommes interrogés sur la portée, à cet égard, de vos décisions *Pharmacie des Chalonges* de 2007 et 2011, qui jugent que la réévaluation d'un élément d'actif apporté antérieurement ne constitue pas un supplément d'apport au sens du 2 de l'article 38 du CGI et majore donc le bénéfice taxable<sup>11</sup>. Toutefois, cette solution, dégagée dans un cas où la réévaluation était le fait du contribuable, est justifiée par le fait que la valorisation initiale de l'apport constitue une décision de gestion qui lui est opposable. Un tel raisonnement ne saurait donc permettre la transposition de cette solution aux hypothèses où, comme dans notre

---

<sup>10</sup> Précisons qu'est sans incidence dans ce calcul la valeur des titres remis en contrepartie, et donc leur éventuelle variation, puisque les comptes de capital où elle est inscrite n'entrent pas dans la composition de l'actif net tel que défini par le 2 de l'article 38.

<sup>11</sup> CE 5 mars 2007 n°284457 et 27 avril 2011 n°327705, *Sté Selarl Pharmacie des Chalonges*, préc.

affaire, c'est l'administration qui prend l'initiative d'une contestation de la valeur d'origine d'un apport.

**Plus fructueux est à notre sens l'examen de la logique sous-tendant votre jurisprudence *Raffypack*.** Selon la chronique que lui a consacrée Frédéric Berezziat, vous avez dans cette affaire adopté une interprétation constructive des textes : pour surmonter la difficulté représentée par la lettre de l'article 38 *quinquies* de l'annexe III au CGI, qui prévoit que les immobilisations acquises à titre onéreux doivent être inscrites au bilan pour leur coût d'acquisition, vous avez autorisé l'administration à décomposer la transaction en deux étapes, en distinguant un « *coût d'acquisition réel* » d'une part, et d'autre part une opération distincte constitutive de la libéralité, assimilée à une « *acquisition à titre gratuit* » et justifiant comme telle le recours à la valeur vénale.

**Certes, il est plus aisé d'appliquer cette logique à une cession à titre onéreux qu'à un apport en nature.** Dans le premier cas en effet, l'administration peut se contenter, pour faire apparaître extra-comptablement un produit taxable, de rectifier les seuls comptes de bilan déjà concernés par la comptabilisation initiale de l'opération, à savoir le compte d'immobilisation et le compte de dette concernés. A l'inverse, en cas d'apport, il semble difficile d'autoriser l'administration à modifier extra-comptablement les comptes de capital où figurent les titres émis en contrepartie de l'apport. De fait, en cas de sous-évaluation d'un apport constatée à la suite d'un redressement fiscal, c'est-à-dire précisément dans notre cas de figure, le droit comptable subordonne la réévaluation de l'apport à l'accord de tous les associés car elle entraîne une modification de la répartition des droits sociaux (cf. *Mémento comptable F. Lefebvre* n°3173 et *Mémento Sociétés F. Lefebvre* n°2681). Il faut donc imaginer que la correction extra-comptable représentative de la libéralité puisse affecter un autre compte, par exemple un compte courant d'associé.

**Malgré ces difficultés, ce pas supplémentaire dans la construction prétorienne ébauchée par votre jurisprudence *Raffypack* nous semble franchissable,** pour deux raisons.

**D'une part, s'il aboutit à sophistiquer davantage l'édifice extra-comptable issu de cette jurisprudence, il n'en modifie ni la nature, ni la portée.** L'article 38 *quinquies* de l'annexe III au CGI distingue en effet trois cas : les cessions à titre onéreux, les apports et les cessions à titre gratuit. En identifiant dans votre décision *Raffypack* une « *acquisition à titre gratuit* » constitutive de la libéralité, vous avez d'ores et déjà accepté l'idée qu'une cession à titre onéreux puisse être partiellement requalifiée en cession à titre gratuit en cas de minoration du prix dissimulant une libéralité. Le Rubicon qu'il faudrait franchir pour appliquer cette logique aux apports ne semble ni plus large ni plus proche de Rome : un apport, en effet, est aussi une forme de cession et ne paraît pas plus différent d'une mutation à titre gratuit que ne l'est une vente.

**D'autre part, des considérations d'opportunité nous paraissent plaider en faveur d'un traitement fiscal uniforme des minorations d'actifs.** Un apport aussi bien qu'une vente peut tout à fait, nous le verrons dans un instant, dissimuler une libéralité. Reconnaître à l'administration une faculté d'action dans un cas et non dans l'autre introduirait donc une distorsion pour le moins étrange. La présente affaire, dans laquelle l'opération en cause a été rémunérée en partie par des actions mais principalement par des obligations convertibles, en est d'ailleurs une bonne illustration, tant il serait difficile d'imaginer qu'une libéralité puisse être sanctionnée si elle se matérialise par la naissance d'une dette ou l'émission d'une obligation mais ne le puisse pas s'il s'agit d'un titre donnant accès au capital. En particulier, **il serait à la fois vain et incohérent de traiter différemment un apport à prix minoré et une cession à prix minoré suivie d'une augmentation de capital par incorporation de**

**créance, puisque ces deux opérations ont des effets équivalents et sont aisément substituables.** Ajoutons en outre que la question de savoir si la cession d'un actif en contrepartie d'obligations convertibles a le caractère d'un apport ou d'une cession à titre onéreux ne paraît pas absolument évidente et partage les praticiens. Économiquement, en effet, il s'agit de titres hybrides, qui peuvent selon les cas donner un accès plus ou moins probable au capital : si la parité de conversion est très favorable et la date de conversion très proche, ils s'apparentent en pratique à des actions, alors qu'ils ne diffèrent pas significativement d'obligations simples dans l'hypothèse inverse. Il est vrai qu'il s'agit au plan comptable de titres de dette, comptabilisés dans un compte dédié aux « *emprunts obligataires convertibles* », et une récente décision *Mathas* de vos 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> chambres réunies les a d'ailleurs assimilés à des obligations simples, vraisemblablement pour ce motif, pour les besoins de l'application des règles de sous-capitalisation (CE 13 octobre 2016 n°388574 : RJF 1/17 n°11 avec concl. B. Bohnert @ (C 11)). Quant à l'administration, elle en fait de même en matière de droits de mutation (BOI-ENR-AVS-10-20 n°90) mais qualifie toutefois les opérations correspondantes non pas de cessions mais d'« *apports à titre onéreux* ». Enfin, la Cour de cassation juge certes depuis plus d'un siècle que lorsqu'un apport est rémunéré non pas par des actions mais par des obligations, ces dernières constituent un véritable prix, l'apport étant ainsi passible des droits de mutation (Cass. Civ., 28 avril 1913 et Cass. 1<sup>e</sup> Civ. 19 avril 1932, cités par BOI-ENR-AVS-10-20 n°90) mais elle n'hésite pas à requalifier des actions en obligation lorsqu'elles en présentent le caractère (Cass. Req., arrêt du 8 mai 1934) et il paraît donc concevable qu'elle procède à une requalification symétrique si elle était confrontée à un cas particulier de « quasi-actions » tel que celui que nous mentionnions à l'instant<sup>12</sup>. Dans ces conditions, il paraît pour le moins opportun d'éviter que votre jurisprudence traite de façon radicalement différente les minorations d'actifs selon qu'elles prennent la forme d'apport ou de cessions, a fortiori dans un contexte marqué par la floraison d'instruments financiers hybrides ressemblant par certains traits à du capital et par d'autres à de la dette.

**Pour les raisons que nous venons d'exposer, nous vous proposons de considérer qu'en confirmant la base légale du redressement, la cour administrative d'appel de Paris n'a pas commis d'erreur de droit,** ni davantage en transposant le principe de votre jurisprudence *Raffypack*. La rédaction retenue à cet égard est certes maladroite, notamment en ce qu'elle se réfère à un « *prix* » dont il faut comprendre qu'il désigne en réalité la valeur des actions émises en contrepartie. Toutefois, cette maladresse rédactionnelle n'est pas taxée d'erreur de droit ni critiquée en tant que telle. La société requérante ne s'est d'ailleurs pas trompée sur la portée de ce qu'avait jugé la cour : le pourvoi conteste le principe de l'extension de la jurisprudence *Raffypack* aux apports ; et comme nous venons de le voir, ce moyen doit à notre avis être écarté.

\*

**Reste à savoir – et c'est la seconde question délicate posée par ce pourvoi – si le cas de figure visé par cet édifice jurisprudentiel, c'est-à-dire l'hypothèse dans laquelle la valeur du bien en cause a été sciemment minorée pour dissimuler une libéralité, correspond en cas d'apport au champ des possibles ou, à l'inverse, à un ensemble vide.** C'est ce que soutient le contribuable, formulant ainsi un moyen qui nous semble tout à fait distinct du précédent, dans la mesure où il porte non pas sur la validité de la base légale potentielle, à savoir le 2 de l'article 38 du CGI, ni davantage sur son interprétation, mais bien sur les contours de la notion de libéralité appliquée aux apports en nature.

---

<sup>12</sup> Notons à cet égard qu'à la différence des obligations convertibles, les obligations remboursables en actions sont comptabilisées en fonds propres dans les comptes de l'émetteur.

**En substance, le pourvoi soutient qu'il ne peut y avoir libéralité au profit de la société émettrice en cas d'apport car la valeur économique des titres émis en contrepartie de l'apport est par construction égale à celle du bien apporté**, de sorte que l'éventuelle minoration de cette dernière n'engendre aucun enrichissement de la société. Il soutient également, à titre subsidiaire, que si une différence se faisait jour entre ces deux montants, l'effet de dilution correspondant traduirait un transfert de richesse entre actionnaires, sans incidence sur la société elle-même. Il conclut qu'en jugeant le contraire, la cour a commis une erreur de droit et dénaturé les faits de la cause.

**En première analyse, ce raisonnement ne manque pas de force et semble procéder de l'essence même de la notion de libéralité.** Comme nous l'indiquions en introduction, celle-ci suppose en effet, par définition, une équivalence entre ce qui est donné et ce qui est reçu, une libéralité ne pouvant résulter, ainsi que l'énonce votre décision de Section *Ministre c/ Théron* déjà évoquée, que de la volonté de l'une des parties de donner et de l'autre de recevoir.

**Nous donnons acte à la société requérante de ce qu'un examen du dossier à l'aune de ce principe plaide tout à fait en sa faveur.** Pour le comprendre, il faut faire abstraction de ses nombreuses complications, et notamment des donations faites par M. Ménard père à ses quatre enfants, qui ne sont pas en litige dès lors que la société Cérès n'y a pris aucune part. Si l'on s'en tient aux seules transactions impliquant la société, qui concernent MM. Ménard père et fils aîné, force est de reconnaître qu'elles n'ont pas eu d'incidence significative sur la valeur des patrimoines respectifs de ces derniers. En effet, les cessions ou apports dont a bénéficié la société Cérès en contrepartie d'émissions d'actions et d'obligations convertibles, qui représentent l'essentiel du litige, ont été consentis pour les trois quarts de leur valeur par M. Ménard père, qui à l'issue de ces opérations s'est retrouvé propriétaire des trois quarts des titres de la société, et pour le reste par M. Ménard fils, qui a reçu en échange le dernier quart. Si la valeur de ces transactions a été minorée comme le soutient l'administration, le gain ainsi obtenu par la société Cérès s'est répercuté sur la valeur de ses titres, et donc sur le patrimoine de leurs détenteurs, à savoir – de nouveau – MM. Ménard père et fils. **Ceux-ci ne se sont donc, pour l'essentiel<sup>13</sup>, aucunement appauvris au profit de la société d'un point de vue économique.**

**La cour a-t-elle, dès lors, commis une erreur de droit** en jugeant qu'un apport pouvait dissimuler une libéralité ou, au moins, en omettant de rechercher si la minoration de valeur alléguée par l'administration s'était répercutée dans la valeur des titres émis en contrepartie par la société Cérès, alors que tel est généralement le cas et qu'en l'espèce, de surcroît, cette répercussion était à peu près totale ?

---

<sup>13</sup> Certes, ceci n'est qu'approximativement vrai, car le patrimoine de M. Ménard père s'est légèrement dégradé, pour deux raisons : d'une part, à concurrence de la fraction des titres correspondant au capital initial de la société Cérès, dont il n'était pas actionnaire, mais l'effet est marginal, cette fraction représentant moins de 0,5% du total ; et d'autre part, du fait de la minoration du prix de la vente de 8% des actions M. Lefèvre à la société Cérès, mais il a récupéré l'essentiel de cette perte en acquérant la majorité des titres Cérès. Au total, des calculs effectués par nos soins sur la base des valeurs retenues par l'administration conduisent à évaluer à moins de 200.000 euros l'appauvrissement économique occasionné, pour M. Ménard père, par la minoration de la valeur des titres M. Lefèvre. A supposer que cet appauvrissement ait bénéficié à la société Cérès et non aux autres actionnaires – ce que conteste le pourvoi, non sans raison puisque le même calcul fait apparaître un enrichissement symétrique du fils aîné –, ce montant représente en tout état de cause moins de 2% de la valeur vénale des titres en litige, bien loin du seuil de 15 ou 20% fixé par la jurisprudence pour considérer établi l'élément matériel d'une libéralité. Ce calcul rejoint d'ailleurs l'intuition, car si le schéma en cause tend à la transmission d'un patrimoine professionnel, celle-ci s'est matérialisée par les donations faites par M. Ménard à ses quatre enfants, la création de la société Cérès ayant essentiellement eu pour objet d'assurer la réalité du pouvoir de direction à l'aîné, sous le contrôle du père.

**Nous ne le croyons pas, car malgré ses incontestables mérites, le raisonnement économique dont nous venons de rendre compte n'est à notre avis pas compatible avec le principe d'autonomie ou de personnalité fiscale des sociétés,** qui s'applique à la société Cérès dès lors qu'elle est soumise à l'IS. Ainsi que nous l'avons exposé en introduction, ce principe implique qu'une distinction stricte – l'épithète doit être soulignée – soit établie entre l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt propre de ses actionnaires ou du groupe dont elle fait partie. Il s'en déduit que le montant de la libéralité correspondant à la minoration du prix des titres cédés ou apportés à la société Cérès ne saurait être réduit à concurrence de sa répercussion dans la valeur des titres émis en contrepartie ou détenus par ses actionnaires à l'issue de l'opération, pour une raison simple : cette répercussion, c'est-à-dire l'augmentation de la valeur des titres de la société Cérès, bénéficie non pas à la société elle-même mais à ses actionnaires, dont les intérêts ne sauraient être confondus en l'état de la jurisprudence que nous rappelions en introduction.

**En d'autres termes, libéralité économique et libéralité fiscale ne se confondent pas,** ou plutôt se confondent en général mais pas lorsque l'auteur de la libéralité est en même temps actionnaire. Si vous jugiez, à l'inverse, qu'il convient de prendre en compte l'impact de l'opération sur la valeur des titres du bénéficiaire, il s'en déduirait qu'une filiale, à tout le moins lorsque son actif net est positif, ne peut jamais être taxée à raison d'une libéralité consentie par sa mère puisque celle-ci en récupère le fruit sous la forme d'une revalorisation de ses titres. Tout ou presque serait alors permis au sein des groupes de sociétés. L'idée, répétons-le, est tout à fait concevable et d'ailleurs appelée de leurs vœux par beaucoup de professionnels, qui déplorent le hiatus existant entre la réalité du tissu économique, largement composé de groupes de sociétés, et la rigidité de notre système juridique et fiscal, qui pour l'essentiel – et sauf exceptions strictement circonscrites – ne connaît que les sociétés considérées individuellement. Mais vous avez refusé en 2006 de vous engager dans cette voie, nous le répétons également ; et vous l'avez fait pour des raisons d'ailleurs solides elles aussi, qui tiennent notamment à la défense des minoritaires et à la nécessité de ne pas mettre le droit fiscal en porte-à-faux vis-à-vis d'autres corpus juridiques intéressant l'activité économique, tels que le droit des sociétés ou le droit du travail, qui répugnent à reconnaître l'intérêt des groupes de sociétés autrement que dans des cas très encadrés (v. sur ces questions notre chronique à la RJF 6/06 p. 499).

**On pourrait toutefois objecter que les opérations d'apport correspondent à un cas tout à fait spécifique,** puisqu'elles concernent par construction une relation contractuelle liant l'entreprise à son actionnaire pris, précisément, en sa qualité d'actionnaire. Nous nous sommes donc interrogés sur la possibilité de faire dans ce cas spécifique une exception à la règle que nous venons de rappeler sans trop ébranler les sacro-saints principes d'autonomie juridique et de personnalité fiscale des sociétés. Nous y avons cependant renoncé. En effet, le raisonnement économique que nous vous avons exposé ne tient que s'il conserve sa logique d'ensemble. Il n'apparaît ainsi pas possible, en restant cohérent, de faire une exception pour les seuls titres émis à l'occasion d'un apport sans prendre aussi en considération la revalorisation mécanique des titres détenus antérieurement : il s'en déduirait en effet qu'un même apport fait par l'actionnaire unique d'une entreprise serait ou non considéré comme une libéralité selon la valeur de l'entreprise avant l'opération, ce qui n'aurait bien évidemment aucun sens. Il faudrait donc prendre en considération, en logique économique, les titres acquis préalablement à l'opération, et appliquer dès lors la solution aussi bien aux ventes qu'aux apports. **Mais cette piste de réflexion heurte de plein fouet les fondements de la jurisprudence Raffypack.** Celle-ci repose en effet sur l'idée qu'une vente à prix minoré s'analyse comme un abandon de créance (voir la chronique précitée de F. Berezyiat), et nous vous avons exposé précédemment que cette idée conditionnait également sa transposition au cas des apports en nature. Or, avant même la réforme issue de la loi du 16 août 2012, qui en a

encore durci le régime, il résultait d'une jurisprudence ancienne et bien établie que **les abandons de créances sont toujours taxables**, pour la totalité de leur montant, dans le chef des sociétés qui en bénéficient. La circonstance qu'ils procèdent ou non d'une libéralité détermine seulement leur déductibilité pour celui qui les consent<sup>14</sup>.

**Or, nous ne voyons pas qu'un abandon de créance consenti par un actionnaire à sa filiale puisse faire l'objet d'un traitement radicalement différent au niveau de la société bénéficiaire selon qu'il a été régulièrement comptabilisé par elle, donc traité comme tel et ainsi imposé, ou au contraire constaté extra-comptablement en vertu de la jurisprudence *Raffypack*.** Et nous comprendrions d'autant plus difficilement que la solution retenue dans le premier cas, où la prise en considération de l'intérêt de l'actionnaire resterait exclue même en l'absence d'acte anormal de gestion, soit moins favorable que dans le second, où il en serait au contraire tenu compte. Il en résulterait en effet qu'une entreprise bénéficiant d'un abandon de créance régulièrement déclaré serait taxable à ce titre dans tous les cas de figure, tandis qu'une entreprise bénéficiant d'un abandon de créance déguisé, sous la forme d'un apport à prix minoré, ne serait pas taxable si cet abandon de créance est consenti par ses actionnaires au motif que ceux-ci en recueillent le fruit sous la forme d'une revalorisation de leurs titres. Une telle différence de traitement serait contre-productive puisqu'elle inciterait à la dissimulation, et offrirait aux actionnaires – qu'il s'agisse de sociétés ou de particuliers – de multiples facultés d'optimisation. Ils auraient ainsi la possibilité de différer – même lorsqu'ils ne remplissent pas les conditions légales du sursis – la taxation des plus-values afférentes aux biens cédés à leurs filiales, ou d'échapper aux conséquences des abandons de créances qu'ils souhaitent leur consentir en leur substituant des cessions à des prix minorés du même montant.

**Dans ces conditions, nous ne croyons pas à la possibilité d'une ouverture seulement partielle de la boîte de Pandore qui consisterait à adopter localement, uniquement pour les apports, une approche consolidée de l'intérêt social.** Une telle solution ne peut en effet être efficacement cantonnée et nécessiterait par suite un véritable changement de paradigme fiscal auquel vous vous êtes refusés en 2006 alors qu'il vous était instamment suggéré par la cour administrative d'appel de Paris.

Il nous semble dès lors que c'est à juste titre, en l'état de votre jurisprudence, que l'administration s'est abstenue de tenir compte de l'impact de ses rectifications sur la valeur des titres émis par la société Cérès. En validant cette méthode, la cour n'a pas commis d'erreur de droit ni dénaturé les faits de la cause.

\*

**Les moyens relatifs à la valorisation des titres de la société M Lefèvre ne vous retiendront guère.** Comme le rappelle l'arrêt attaqué, la valeur vénale des actions d'une société non cotée – de même à notre avis que celle de ses obligations convertibles et autres titres – doit être appréciée comme un prix de marché, compte tenu de tous les éléments disponibles à la date de la cession. Tout d'abord, la cour n'a pas commis d'erreur de droit ni inversé la charge de la preuve, qui incombait à l'administration (CE 28 octobre 1985 n°40574 : RJF 12/85 n°1499), en jugeant que les éléments avancés par celle-ci pour justifier le taux de capitalisation de 9,95% qu'elle avait retenu n'étaient pas efficacement combattus par la société requérante. La cour a écarté le terme de comparaison constitué par la cession de

---

<sup>14</sup> Encore faut-il, lorsque celui-ci est actionnaire et n'a, comme dans notre espèce, pas d'intérêt commercial à les consentir, que ces abandons de créances restent sans effet sur la valorisation de sa participation dans la société bénéficiaire, faute de quoi ils ne sont jamais déductibles (Plén. 30 avril 1980 n° 16253 : RJF 6/80 n° 467 avec conclusions B. Martin Laprade p. 246).

25 actions M Lefèvre intervenue le 25 novembre 2004 au motif qu'elle avait porté sur un faible nombre d'actions. Le moyen d'erreur de droit tiré de ce qu'elle l'aurait écarté au motif qu'il portait sur une participation minoritaire ne justifiant pas une prime de contrôle manque donc en fait. Enfin, la circonstance que le tribunal de grande instance de Nanterre, statuant en matière de droits de mutation, n'ait pas remis en cause la valorisation des obligations convertibles données par M. Ménard à trois de ses enfants, n'est pas opposable au juge administratif dès lors qu'est en cause une imposition distincte (CE 19 novembre 1984 n°40221 : RJF 1/85 n°50). En s'abstenant d'en tenir compte, la cour n'a donc pas commis d'erreur de droit ni méconnu les stipulations de l'article 6§1 de la convention européenne des droits de l'homme (CE 21 décembre 2001 n°211663, *SCI Le Complexe* : RJF 3/02 n°289).

**S'agissant enfin de la qualification de libéralité retenue en l'espèce**, la cour en a tout d'abord précisément déterminé **l'élément matériel**, qui représentait compte tenu du mode de calcul induit par votre jurisprudence environ un tiers de la valeur vénale des actifs cédés ou apportés. Elle n'a pas commis l'erreur de droit consistant à ne pas rechercher si ce montant était significatif, ni l'erreur de qualification juridique des faits consistant à considérer à tort qu'il l'était. Elle aurait certes pu l'affirmer explicitement mais aucune insuffisance de motivation n'est alléguée sur ce point. La caractérisation d'une **intention libérale** est plus délicate et constitue finalement notre principal point d'hésitation dans la présente affaire, car elle fait ressortir crûment les paradoxes issus de la divergence entre approche fiscale et approche économique, dont nous vous avons entretenus précédemment. En effet, c'est évidemment à ses enfants que M. Ménard a entendu consentir une libéralité, et non à la société Cérès, qui n'a joué qu'un rôle de vecteur. Toutefois, en matière d'intention libérale comme s'agissant de l'élément matériel de la libéralité, l'autonomie fiscale des sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés nous semble faire écran entre donateur et donataire final. En outre, en l'espèce, l'argumentation du pourvoi nous semble inefficace. En affirmant l'existence d'une communauté d'intérêts résultant des liens familiaux unissant les actionnaires, la cour a répondu, quoique de manière lapidaire, au moyen tendant à démontrer qu'une telle communauté n'était pas constituée en l'espèce. Elle n'a pas dénaturé les faits de la cause en la jugeant constituée, ni commis d'erreur de droit en estimant que son existence créait une présomption d'intention libérale (voyez en ce sens, outre votre jurisprudence *Raffypack*, une décision du 6 juin 1984 n°s 35415 et 37733, *Cie Financière de Suez* : RJF 8-9/84 n°940 ; au passage, nous admettons que cette jurisprudence est certes expédiente mais peu cohérente avec l'idée qu'il faut considérer les personnes morales indépendamment de leurs actionnaires). Précisons à cet égard qu'en l'espèce, tous les protagonistes étaient des membres du cercle familial : nous ne sommes donc pas dans le cas jugé par votre récente décision *Petermann* du 5 octobre 2016, où vous aviez refusé de constater l'existence d'une communauté d'intérêts en présence d'une participation seulement minoritaire des membres du cercle familial au capital d'une société (CE 5 octobre 2016 n°390706/7, *Petermann* : RJF 12/16 n°1086, concl. M. -A. Nicolazo de Barmon C1086). La société Cérès n'étant pas fiscalement transparente, l'avantage correspondant à la minoration de valeur ne pouvait être analysé, fiscalement, comme bénéficiant exclusivement aux actionnaires. Quant à l'argumentation selon laquelle M. Ménard n'aurait eu aucun intérêt à minorer le prix des actifs cédés ou apportés, elle est peu convaincante dès lors qu'en résultait une minoration de la plus-value imposable entre ses mains. Surtout, elle nous semble manquer sa cible car la question pertinente n'est pas l'intérêt des parties mais bien leur intention libérale. Enfin, l'intervention d'un commissaire aux apports indépendant est certes un argument de poids mais pas au point de faire obstacle, par elle-même, à la reconnaissance d'une libéralité, en tout cas lorsqu'est en cause une minoration. En effet, les minorations d'actifs sont loin d'être au cœur des préoccupations des commissaires aux apports, dont le rôle consiste en priorité, au contraire, à s'assurer que ces actifs ne sont pas majorés et qu'ainsi, le capital libéré a bien une contrepartie de valeur au moins équivalente. Dans ces conditions, l'appréciation souveraine à

laquelle s'est livrée la cour en considérant que les arguments invoqués ne suffisaient pas à renverser la présomption ne nous semble pas entachée de dénaturation ni d'erreur de droit.

**En définitive**, nous vous invitons en premier lieu, au nom de la cohérence et de la neutralité fiscale, à transposer aux apports en société votre jurisprudence *Raffypack*, applicable aux cessions à titre onéreux. Nous vous engageons en second lieu à réaffirmer le principe d'indépendance fiscale des sociétés qui sous-tend votre jurisprudence en jugeant qu'il n'y a pas lieu, pour apprécier le quantum d'une libéralité consentie à une société par ses actionnaires, en l'occurrence sous la forme d'un apport à prix minoré, de tenir compte de l'effet induit sur la valorisation des titres détenus par ces derniers. Ce faisant, vous ne contredirez pas le principe de symétrie entre libéralité consentie et libéralité reçue, énoncé par votre jurisprudence de section *Théron* de 2001 : vous préciserez simplement qu'il doit être concilié avec la personnalité fiscale des sociétés et donc apprécié à l'échelle de la transaction, c'est-à-dire en considérant la société bénéficiaire comme une entité fiscalement autonome et par suite sans tenir compte de l'impact de la libéralité sur la valeur de ses actions. Pour le dire autrement, vous jugerez qu'une libéralité doit être taxée à raison de son existence et non des conséquences qu'elle induit.

**Si vous ne nous suiviez pas** sur la première question, c'est-à-dire la transposition aux apports de votre jurisprudence *Raffypack*, nous ne verrions pas d'autre alternative que son abandon pur et simple. Si vous ne nous suiviez pas sur la seconde question, c'est-à-dire la dissociation fiscale de l'actionnaire et de la société, nous croyons que vous ne pourriez pas limiter la portée de la solution aux seuls apports, et devriez donc remettre en cause votre jurisprudence relative à l'intérêt de groupe. Ces deux voies alternatives, que vous pourriez d'ailleurs combiner, sont tout à fait viables et auraient d'ailleurs l'avantage, très appréciable, d'être plus en phase avec la lettre de l'article 38 du CGI s'agissant de la première, et avec la réalité économique s'agissant de la seconde. En revanche, pour les raisons que nous avons évoquées, nous ne croyons pas qu'une solution intermédiaire soit, sinon concevable, en tout cas praticable s'agissant de l'une ou l'autre de ces deux questions.

**Quant à la solution que nous vous avons proposée, elle nous paraît plus conforme aux orientations que vous avez retenues jusqu'à présent mais comporte deux faiblesses qu'il faudra garder à l'esprit lorsqu'il s'agira d'en faire application** : d'une part, elle met en lumière les paradoxes du principe de personnalité fiscale des sociétés, qui mène à des conséquences économiquement artificielles alors pourtant que le droit fiscal se targue d'un plus grand réalisme que d'autres branches du droit ; d'autre part, elle reconnaît à l'administration des pouvoirs d'immixtion dans la gestion des entreprises quasi-léonins, dont elle devra user avec discernement. Elle disposera en effet d'**un outil particulièrement puissant** lui permettant de remettre en cause la valeur de n'importe quelle cession, qu'elle soit consentie à titre gratuit, à titre onéreux ou sous forme d'apport, et pourrait donc être tentée de redresser à peu près tout ce qu'elle considèrera, à tort ou à raison, comme une bonne ou une mauvaise affaire. **Il nous paraît donc essentiel que cette jurisprudence particulièrement propice à la répression soit assortie de garde-fous, et nous croyons que ceux-ci sont à rechercher dans les deux critères, matériel et intentionnel, énoncés par votre jurisprudence de Section *Ministre c/ Théron***. Le premier doit à notre sens être apprécié de manière stricte et peut-être plus stricte encore qu'il l'a été jusqu'à présent<sup>15</sup>. Quant à l'élément intentionnel, son rôle de verrou est essentiel si l'on souhaite éviter le risque

---

<sup>15</sup> V. les décisions *Petit* de 2010 et *Plessis de Pouzilhac* de 2009 mentionnées *supra*, note 5. Concrètement, nous sommes d'avis que l'écart de prix de 20% préconisé par notre collègue Laurent Olléon dans ses conclusions sur cette dernière affaire doit être regardé comme un minimum, applicable seulement lorsque le dossier permet une appréciation fine et peu discutable de la valeur vénale ; dans les autres cas, vous pourriez vous montrer plus exigeants envers l'administration en ne confirmant les redressements qu'en cas d'écart de prix plus important.

de dérive que nous évoquions à l'instant. C'est d'ailleurs sur ce point, nous l'avons dit, que se situe notre principale hésitation relative au litige qu'il vous appartient aujourd'hui de trancher et ce n'est qu'eu égard aux faiblesses de l'argumentation de la requérante, à la présomption instaurée par votre jurisprudence et enfin à votre office, qui se limite en cassation à un contrôle de dénaturation, que nous vous avons proposé de confirmer l'arrêt attaqué. Quoiqu'il en soit, **la généralisation de la jurisprudence Raffypack, que nous vous avons proposée, ne pourra constituer un équilibre jurisprudentiel stable que si elle est comprise comme constituant le contrepoint de votre jurisprudence *Ministre c/ Théron*, qui doit donc se voir reconnaître une portée véritablement générale.** A cet effet, il paraît souhaitable tout d'abord que les cas où l'élément intentionnel peut être présumé par l'administration soient strictement encadrés, ce qui nous semble constituer l'orientation de votre jurisprudence la plus récente<sup>16</sup>. Il importe également que l'élément intentionnel énoncé par votre jurisprudence *Ministre c/ Théron* soit établi par l'administration y compris lorsque la libéralité alléguée est consentie par une entreprise et contestée sur le terrain de l'acte anormal de gestion. Pour le dire autrement, **il nous semble que votre jurisprudence *Renfort Services de 1984*<sup>17</sup>, qui juge qu'en matière d'actifs<sup>18</sup>, la charge de la preuve incombe systématiquement à l'administration, doit être lue conformément à votre décision *Ministre c/ Théron* :** il en résulte selon nous que l'administration doit dans tous les cas établir non seulement l'existence de la minoration ou de la majoration des valeurs de cession, mais encore son caractère intentionnel. C'est bien ainsi que l'entendait le Président Racine dans ses conclusions sur cette affaire, selon lesquelles « *la simple circonstance qu'une opération effectuée par une entreprise ou une société comporte un avantage même appréciable pour un tiers, ne suffit pas à rendre cette opération anormale. La présente affaire permettra donc de juger avec une certaine solennité qu'il n'y a gestion anormale que si délibérément une entreprise agit en dehors de son intérêt* ». Mais ce point n'est que sous-jacent – et a parfois semblé perdu de vue – dans certaines décisions appliquant votre jurisprudence *Renfort Services*<sup>19</sup>. Nous ne verrions donc que des avantages à ce qu'il soit explicité par l'élaboration d'un considérant de principe synthétisant ces deux jurisprudences et affirmant sans ambiguïté la nécessité d'établir systématiquement, lorsqu'est en cause la valeur d'un actif, l'existence d'une intention libérale. Mais la présente décision ne vous en donne pas véritablement l'occasion puisqu'il n'y est pas question d'acte anormal de gestion, et nous n'irons donc pas plus loin dans ces réflexions.

Par ces motifs, nous concluons au **rejet du pourvoi.**

---

<sup>16</sup> v. CE 5 octobre 2016 n°390706/7, *Pertermann*, préc. ; CE 14 septembre 2016 n°400882, *Cartier* : RJF 12/16 n°1113, concl. R. Victor C1113 ; v. aussi V. P. Carcelero et C. Guincestre, étude préc.

<sup>17</sup> CE 27-7-1984 n° 34588 sect., 7e, 8e et 9e s.-s., *Renfort Service* : RJF 10/84 n° 1233 avec concl. P.-F. Racine p. 562.

<sup>18</sup> Mais pas en matière de charges : v. *a contrario* CE 20-6-2003 n° 232832 sect., *Sté Etablissements Lebreton-Comptoir général de peintures et annexes* : RJF 10/03 n° 1140 et concl. P. Collin p. 754.

<sup>19</sup> V. par exemple, s'agissant de minorations de prix, la rédaction de vos décisions CE 26-1-1990 n° 58314, 7e et 9e s.-s., *SA Jean Fabre* : RJF 3/90 n° 254 ; CE 9-5-1990 n° 55621, 7e et 8e s.-s., *Miconnet* : RJF 7/90 n° 857 ; CE 22-6-2011 n° 320746, 3e et 8e s.-s., *Sté Mit Chartering* : RJF 10/11 n° 1029, concl. E. Geffray BDCF 10/11 n° 108 ; CE 23-12-2011 n° 327562, 3e et 8e s.-s., *Sté Lagardère* : RJF 3/12 n° 220, concl. E. Geffray BDCF 3/12 n° 28. V. pour le cas inverse d'une majoration de prix : CE 24-1-1986 n° 38041, 9e et 8e s.-s. : RJF 3/86 n° 259 ; CE 25-6-1986 n° 43592, 9e et 7e s.-s. : RJF 8-9/86 n° 753 ; CE 27-1-1989 n° 61422, 7e et 9e s.-s. : RJF 3/89 n° 306.