

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N° 1309874/1-1

M. et Mme A.

M. Mas
Rapporteur

M. Segretain
Rapporteur public

Audience du 9 décembre 2015
Lecture du 5 janvier 2016

19-01-03-03
C+

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Paris

(1ère Section - 1ère Chambre)

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires enregistrés respectivement les 12 juillet 2013, 3 mars 2014, 16 septembre 2014 et 11 mai 2015, M. et Mme A., représentés par Mes C. et D., demandent au Tribunal :

- 1°) de prononcer la décharge des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales auxquelles ils ont été assujettis au titre de l'année 2007, ainsi que des pénalités correspondantes ;
- 2°) de mettre à la charge de l'Etat les dépens de l'instance ainsi qu'une somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ils soutiennent que :

- le droit au débat contradictoire devant le comité de l'abus de droit fiscal a été méconnu, dès lors que le contribuable n'a pu discuter de la thèse d'une dissolution-liquidation de la société Compagnie de l'Audon retenue par ce dernier ; cette violation des droits de la défense constitue une irrégularité substantielle devant entraîner la décharge de l'imposition ;
- en indiquant à tort, lors de la notification de l'avis du comité, que celui-ci avait suivi la position de l'administration, cette dernière a induit le contribuable en erreur, d'où un vice de procédure ;

- la charge de la preuve pèse sur l'administration, dès lors que l'avis du comité de l'abus de droit repose sur une motivation différente de celle de l'administration ; ils peuvent se prévaloir à cet égard de la doctrine codifiée dans l'instruction 13 L 8-88 du 14 juin 1988 ;
- l'administration n'était pas fondée à requalifier en avantage salarial une plus-value réalisée sur un investissement risqué, d'un montant significatif et réalisé à prix de marché ;
- l'administration méconnaît l'autorité de la chose jugée attachée à une ordonnance de non-lieu rendue par le juge pénal, confirmée par la cour d'appel puis la cour de cassation, ainsi qu'à un jugement du tribunal de commerce de Nanterre ;
- la commission nationale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires a retenu une position contraire à celle de l'administration ;
- l'administration n'établit pas l'existence d'une libéralité de 7,3 millions d'euros, la minoration alléguée du prix d'une option d'achat n'ayant pas été mise en évidence par les différentes expertises réalisées ; les hypothèses retenues par l'administration pour procéder à une valorisation alternative sont incorrectes ;
- l'administration ne justifie pas du montant de l'avantage salarial de 51,6 millions d'euros qu'elle entend imposer au titre de l'année 2007 par une libéralité de 7,3 millions d'euros accordée en 2004 qu'elle allègue ; la prescription du droit de reprise de l'administration fait obstacle à l'imposition au titre de l'année 2007 de ce prétendu avantage datant de 2004, l'administration méconnaissant sur ce point la doctrine administrative 5 F 1154 n°149 ;
- l'administration n'établit pas l'existence d'un abus de droit par apport-cession dès lors qu'aucune liquidité n'a été appréhendée par M. A. et que la détention de titres B. constitue pour lui, eu égard à ses fonctions dirigeantes dans ce groupe, une activité économique ;
- les titres de B. n'ont à aucun moment été détenus directement par M. A., mais sont restés la propriété de la société civile ASEAS, constituant une opération intercalaire d'échange de titres ne dégageant pas les liquidités nécessaires au paiement de l'impôt ;
- l'imposition du gain allégué dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers méconnaît l'autorité de la chose jugée attachée à la décision du Conseil constitutionnel n° 2014-404 QPC ;
- en l'absence d'abus de droit, l'application des pénalités n'est pas fondée ;
- les pénalités ne peuvent être appliquées, pour abus de droit, dans le cadre d'une requalification en traitements et salaires, qui est exclusive de l'application de la procédure de l'abus de droit fiscal ;
- l'administration ne met en évidence aucune dissimulation intentionnelle d'un avantage salarial ;
- est opposable à l'administration la position qu'elle avait adoptée à l'époque des faits, conformément aux avis alors rendus par le comité de l'abus de droit fiscal, selon laquelle le sursis d'imposition s'appliquant automatiquement à un apport de titres à une société passible de l'impôt sur les sociétés était, en l'absence de tout choix laissé au contribuable, exclusif de tout abus de droit ;

- aucune pénalité ne peut être appliquée à l'apport-cession en raison de la loi pénale plus douce, à savoir, les nouvelles dispositions de l'article 150-0-B du code général des impôts.

Par un mémoire en défense et des mémoires enregistrés respectivement les 20 décembre 2013, 2 juin 2014 et 11 mai 2015, la directrice en charge de la direction nationale des vérifications de situations fiscales conclut au rejet de la requête.

Elle fait valoir qu'aucun des moyens invoqués n'est fondé.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la décision du Conseil constitutionnel n° 2014-404 QPC du 20 juin 2014,
- le code général des impôts et le livre des procédures fiscales,
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Mas, rapporteur,
- les conclusions de M. Segretain, rapporteur public,
- et les observations de Mes C. et D. pour M. et Mme A. et de M. Vespuce et Mme Gubert pour la directrice en charge de la direction nationale de vérification des situations fiscales.

Une note en délibéré présentée pour M. et Mme A. a été enregistrée le 10 décembre 2015.

1. Considérant qu'à la suite de vérifications de comptabilité de sociétés du groupe B., dans lequel M. A. exerce des fonctions de direction, en particulier celles de président du conseil d'administration et directeur général de la Société Lorraine de Participations et de président du conseil d'administration et directeur général de la société anonyme B. Investissement, et du contrôle sur pièces du dossier fiscal de M. et Mme A., l'administration, mettant en œuvre la procédure de répression des abus de droit, a remis en cause le bénéficiaire, par ces derniers, du régime du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du code général des impôts au titre d'un gain réalisé au cours de l'année 2007 à l'occasion du rachat par la société Compagnie de l'Audon de ses propres titres à la société civile ASEAS, créée et contrôlée par les requérants ; qu'elle a, par suite, assigné à M. et Mme A. des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales au titre de 2007, assorties notamment de la majoration de 80 %, dont M. et Mme A. sollicitent la décharge ;

Sur la régularité de la procédure d'imposition

2. Considérant que, conformément aux dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, le sens de l'avis rendu par le comité de l'abus de droit fiscal, lorsque celui-ci a été régulièrement saisi par l'administration, ne peut avoir d'incidence que sur la charge de la

preuve du bien-fondé des impositions en litige ; que les vices de forme ou de procédure susceptibles d'avoir entaché ce avis demeurent dès lors sans incidence sur la régularité de la procédure d'imposition et ne peuvent, le cas échéant, que faire obstacle à ce que le contribuable supporte la charge de la preuve du mal-fondé des impositions mises à sa charge conformément à un avis irrégulièrement rendu par le comité ;

3. Considérant que, par avis en date du 19 avril 2012, le comité de l'abus de droit fiscal a estimé l'administration fondée à mettre en œuvre la procédure de répression des abus de droit à l'encontre de M. et Mme A. pour écarter l'application du régime du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du code général des impôts et à appliquer la majoration de 80 % prévue par les dispositions du b) de l'article 1729 du code général des impôts ; qu'en tout état de cause, l'administration n'a dès lors pas induit les contribuables en erreur en leur indiquant que le comité avait émis un avis conforme à sa position ; qu'est sans incidence à cet égard la circonstance, alléguée par les requérants, que le comité de l'abus de droit aurait évoqué dans son raisonnement des éléments d'abus de droit non présentés par l'administration, éléments qui n'ont d'ailleurs pas été dissimulés à M. et Mme A., qui ont pu en prendre connaissance avec l'avis qui leur était communiqué ;

Sur le bien-fondé des impositions en litige

En ce qui concerne l'abus de droit retenu par l'administration

4. Considérant qu'aux termes de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, dans sa rédaction applicable au présent litige : « *Afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles. En cas de désaccord sur les rectifications notifiées sur le fondement du présent article, le litige est soumis, à la demande du contribuable, à l'avis du comité de l'abus de droit fiscal. L'administration peut également soumettre le litige à l'avis du comité. Si l'administration ne s'est pas conformée à l'avis du comité, elle doit apporter la preuve du bien-fondé de la rectification. Les avis rendus font l'objet d'un rapport annuel qui est rendu public* » ; qu'il résulte de ces dispositions que l'administration est fondée à écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, dès lors que ces actes ont un caractère fictif, ou, que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées, eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ;

S'agissant de la charge de la preuve :

5. Considérant, ainsi qu'il vient d'être dit au point 3, que par son avis en date du 19 avril 2012 le comité de l'abus de droit fiscal a estimé que l'administration était fondée à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L.64 du livre des procédures fiscales pour écarter le régime du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du code précité ; que seul un vice de forme ou de procédure de nature à entacher d'irrégularité l'avis

du comité consultatif peut être utilement invoqué pour contester la validité de cet avis ou pour faire obstacle aux conséquences, quant à la charge de la preuve, que les dispositions législatives précitées attachent à la conformité entre l'avis donné par le comité sur le véritable caractère de l'opération litigieuse et les impositions établies à raison de cette opération ;

6. Considérant qu'aux termes de l'article 1653 E du code général des impôts : « *Lorsque le comité de l'abus de droit fiscal est saisi, le contribuable et l'administration sont invités par le président à présenter leurs observations* » ; que si M. et Mme A. ont été invités à présenter des observations tant écrites qu'orales devant le comité de l'abus de droit fiscal, ils soutiennent que l'avis rendu par ce comité a été rendu au terme d'une procédure irrégulière faute qu'ils aient été invités à présenter des observations sur les éléments d'abus de droit relevés par le comité, dès lors que ce dernier aurait évoqué des éléments différents de ceux qui lui était soumis par l'administration, sans inviter les contribuables à discuter sa position ; qu'il résulte toutefois des termes mêmes de cet avis que le comité a retenu les mêmes motifs que ceux avancés par l'administration, nonobstant la circonstance qu'il a également mentionné des motifs de droit et de fait qui n'étaient pas susceptibles de s'appliquer à la situation de M. et Mme A. mais à celle d'autres contribuables faisant l'objet d'une même procédure pour des faits similaires ; que le principe du contradictoire sur les motifs retenus par le comité pour confirmer la position de l'administration n'a dès lors pas été méconnu ;

7. Considérant que, à supposer que M. et Mme A. entendent s'en prévaloir sur le fondement implicite des dispositions de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales, la doctrine codifiée dans l'instruction du 14 juin 1988 13 L 8-88 ne fait, en tout état de cause, pas de la loi une interprétation différente de celle dont il est fait application par le présent jugement ;

8. Considérant qu'il en résulte que les impositions en litige ont été établies conformément à l'avis régulièrement rendu par le comité de l'abus de droit fiscal, ainsi qu'il a été dit aux points 3, 5 et 6 du présent jugement ; que M. et Mme A. supportent dès lors la charge de la preuve du mal-fondé des rectifications en litige ;

S'agissant de l'application de la procédure de répression des abus de droit au régime de sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du code général des impôts :

9. Considérant qu'il résulte de l'instruction que, par acte du 26 avril 2007, M. et Mme A. ont créé la société civile ASEAS Participations, ayant pour objet social la constitution et la gestion de valeurs mobilières, qui a immédiatement opté pour l'impôt sur les sociétés ; que par acte du 3 mai 2007, M. A. a fait apport à cette société civile des titres qu'il détenait depuis 2004 dans la société Compagnie de l'Audon, la plus-value réalisée à l'occasion de cet apport étant placée sous le régime du sursis d'imposition en application des dispositions de l'article 150-0 B du code général des impôts ; que le même jour, l'assemblée générale des actionnaires de la société Compagnie de l'Audon a décidé d'une réduction de capital non motivée par des pertes, par voie de rachat, par cette société, de ses propres titres ; que le 29 mai suivant, la société civile ASEAS Participations a cédé à la société Compagnie de l'Audon les titres qu'elle détenait, pour un prix identique à la valeur pour laquelle elle en avait reçu l'apport par le requérant, versé pour partie sous forme de SICAV monétaires et pour partie sous forme de titres de la société B. Investissement ; que, faisant application de la procédure de répression des abus de droit, l'administration a remis en cause le bénéfice du sursis d'imposition, prévu par les dispositions de l'article 150-0 B du code général des impôts, sous le régime duquel M. A. avait placé la plus-value d'apport réalisée le 3 mai 2007 ;

10. Considérant qu'en vertu de l'article 150-0 B du code général des impôts, dans sa rédaction applicable aux impositions en cause, les règles d'imposition des gains nets retirés des cessions, à titre onéreux, de valeurs mobilières ne sont pas applicables, au titre de l'année de l'échange des titres, aux plus-values réalisées dans le cadre d'une opération d'offre publique, de fusion, de scission, d'absorption d'un fonds commun de placement par une société d'investissement 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 ; qu'il y est substitué, en vertu de l'article 150-0 D du même code, l'imposition de plein droit des plus-values effectivement réalisées l'année de la cession des titres reçus lors de l'échange ; que ce différé d'imposition a pour objectif d'éviter que le contribuable qui réalise une plus-value à l'occasion d'un apport en société soit immédiatement taxé sur celle-ci alors qu'il n'a pas perçu de liquidités lui permettant d'acquitter l'impôt ;

11. Considérant que lorsque l'administration entend remettre en cause les conséquences fiscales d'une opération qui s'est traduite, sur le fondement de ces dispositions, par un sursis d'imposition au motif que les actes passés par le contribuable ne lui sont pas opposables, elle est fondée à se prévaloir des dispositions précitées de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, dès lors qu'une telle opération, dont l'intérêt fiscal est de ne pas soumettre à l'impôt la plus-value réalisée au titre de l'année de l'échange des titres, a nécessairement pour effet de minorer l'assiette de l'année au titre de laquelle l'impôt est normalement dû à raison de la situation et des activités réelles du contribuable ; que le bénéfice du sursis d'imposition d'une plus-value réalisée par un contribuable lors de l'apport de titres à une société qu'il contrôle et qui a été suivi de leur cession par cette société est constitutif d'un abus de droit s'il s'agit d'un montage ayant pour seule finalité de permettre au contribuable, en interposant une société, de disposer effectivement des liquidités obtenues lors de la cession de ces titres tout en restant détenteur des titres de la société reçus en échange lors de l'apport ; qu'il n'a en revanche pas ce caractère s'il ressort de l'ensemble de l'opération que cette société a, conformément à son objet, effectivement réinvesti le produit de ces cessions dans une activité économique ;

12. Considérant, d'une part, que M. et Mme A. contestent tant l'existence d'un désinvestissement que l'appréhension du produit de la cession correspondante et soutiennent avoir, avant comme après l'apport de leur participation dans la société Compagnie de l'Audon à la société civile ASEAS Participations et le rachat des titres correspondants par la société Compagnie de l'Audon, détenu des titres de la société B. Participations, seule les modalités de détention de ces titres ayant été modifiées ; qu'il résulte cependant de l'instruction que, alors que M. A. n'était qu'associé minoritaire dans la société Compagnie de l'Audon, les requérants contrôlent la société civile ASEAS Participations et, y disposant seuls du pouvoir décisionnaire, peuvent dès lors décider la cession des titres B. Participations détenus par l'intermédiaire de celle-ci ; que la disposition s'entendant de la faculté d'appréhension sans nécessiter l'appréhension effective, il en résulte qu'ils se sont désengagés de leur investissement dans la société Compagnie de l'Audon et ont appréhendé le produit de la cession correspondante par l'intermédiaire de la société civile ASEAS Participations, sous forme de SICAV monétaires et de titres liquides, dont ils n'établissent pas qu'ils se seraient engagés à les conserver ; que sans incidence à cet égard les circonstances, d'une part, que la majeure partie de ce produit ait été constitué de titres de la société B. Participations auparavant détenus par la société Compagnie de l'Audon, l'appréhension d'une partie de l'actif social ne pouvant être assimilé à un simple échange de titres et, d'autre part, que les titres ainsi appréhendés aient dans leur quasi-intégralité été conservés par la société ASEAS Participations, la faculté d'appréhension des revenus correspondants n'étant pas contestée par les requérants ; qu'ainsi, les requérants ont disposé du produit de la cession des titres Compagnie de l'Audon réalisée le 29 mai 2007, égal à la plus-value constatée lors de l'apport de ces titres à la société civile ASEAS Participations le

3 mai 2007 et placée en report d'imposition, en contrariété avec l'objectif du législateur de ne pas faire peser l'imposition sur une plus-value dont le contribuable n'aurait pas disposé ;

13. Considérant, d'autre part, que M. et Mme A. soutiennent que l'apport à la société civile ASEAS Participations des titres qu'ils détenaient dans la société Compagnie de l'Audon n'avait pas pour but exclusif d'éviter les charges fiscales résultant de l'imposition du produit de la cession de ces titres ; qu'il résulte cependant de l'instruction que la société civile ASEAS Participations a été créée une semaine avant cet apport, réalisé le jour même où l'assemblée générale des actionnaires de la société Compagnie de l'Audon décidait le rachat par la société de ses propres titres ; qu'il n'est pas contesté que la société civile ASEAS Participations a exercé une activité de gestion patrimoniale, laquelle ne revêt pas le caractère d'une activité économique, et détenu, outre des titres de la société B. Investissement, d'autres valeurs mobilières dans une perspective d'atténuation du risque par diversification des actifs ; que si les requérants soutiennent que la simple détention de titres de la société B. Investissement revêt le caractère d'une activité économique en raison des fonctions exercées par M. A. dans le groupe B., ils n'établissent pas cette circonstance en relevant que ces titres ont été comptabilisés comme des titres de participation et que M. A. était soumis à des obligations déclaratives en application de la réglementation des marchés financiers, alors qu'il est constant qu'ils pouvaient céder cette participation très minoritaire qui n'était pas nécessaire à l'exercice par l'intéressé de son activité professionnelle ; qu'est sans incidence à cet égard la circonstance que ces titres puissent être, par ailleurs, qualifiés de bien professionnel au sens de l'article 885 O bis du code général des impôts pour la détermination de l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune, circonstance qui au demeurant ne saurait justifier de l'exercice d'une activité économique par la société civile ASEAS Participations elle-même ; qu'il en résulte que la société civile ASEAS Participations n'a pas réinvesti le produit de la cession des titres Compagnie de l'Audon réalisée le 29 mai 2007 dans une activité économique ;

14. Considérant que, par suite, le bénéfice du sursis d'imposition de la plus-value de 79 379 682 euros constatée le 3 mai 2007 par l'apport de titres de la société Compagnie de l'Audon à la société civile ASEAS Participations suivi de leur cession par cette dernière le 27 mai 2007, qui a permis aux requérants de disposer du produit de cette cession tout en restant détenteur des titres de la société civile ASEAS Participations, qui n'a pas réinvesti les liquidités résultant de la cession dans une activité économique, est constitutif d'un abus de droit ; que l'administration était dès lors fondée, sur le terrain de la loi, à remettre en cause le sursis d'imposition dont ont bénéficié les requérants au titre de cette plus-value sur le fondement de l'article 150-0 B du code général des impôts ;

15. Considérant, enfin, que M. et Mme A. ne peuvent utilement se prévaloir de la position adoptée par le comité de l'abus de droit lors d'affaires passées concernant d'autres contribuables ni sur le fondement des dispositions de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales, dès lors que la position du comité de l'abus de droit, dont les avis ne lient pas l'administration fiscale, ne peut être regardée comme une prise de position formelle de cette dernière pour l'application de ces dispositions, ni sur le fondement des dispositions de l'article L. 80 B du même livre pour le même motif et dès lors au surplus qu'ils ne se trouvent pas dans la situation de fait sur laquelle a été portée une appréciation par le comité de l'abus de droit ; qu'à la supposer établie, la circonstance que l'administration fiscale aurait abandonné des procédures de rectification concernant des contribuables distincts des requérants à la suite de ces avis ne saurait constituer une prise de position formelle au sens des dispositions de ces articles et ne saurait dès lors être utilement invoquée sur leur fondement par M. et Mme A. ;

En ce qui concerne l'imposition dans la catégorie des traitements et salaires

16. Considérant qu'aux termes de l'article 79 du code général des impôts : « *Les traitements, indemnités, émoluments, salaires, pensions et rentes viagères concourent à la formation du revenu global servant de base à l'impôt sur le revenu* » ; qu'aux termes de l'article 82 du même code : « *Pour la détermination des bases d'imposition, il est tenu compte du montant net des traitements, indemnités, émoluments, salaires, pensions et rentes viagères, ainsi que de tous les avantages en argent ou en nature accordés aux intéressés en sus des traitements, indemnités, émoluments, salaires, pensions et rentes viagères proprement dits (...)* » ; que sont imposables sur le fondement de ces dispositions l'ensemble des revenus trouvant leur origine dans le contrat de travail liant le contribuable à son employeur ;

17. Considérant que l'administration a eu recours à la procédure de l'abus de droit fiscal pour écarter le bénéfice du sursis d'imposition prévu par les dispositions de l'article 150-0 B du code général des impôts et établir ainsi l'existence d'un revenu imposable au titre de l'année au cours de laquelle il a été effectivement appréhendé ; que cette circonstance ne fait pas obstacle à ce qu'elle impose ensuite tout ou partie de ce revenu dans la catégorie des traitements et salaires, cette qualification constituant une question distincte de celle de l'existence d'un revenu imposable au titre de l'année 2007 ; que ce faisant, l'administration n'a dès lors commis ni vice de procédure, ni erreur de droit ;

18. Considérant que le 25 octobre 2004, la société Solfur a vendu à la société Compagnie de l'Audon une option d'achat de sa participation dans B. Participations, correspondant à 569 333 titres pour un prix de 4 000 000 d'euros ; que l'administration a retenu que la valeur vénale de l'option était de 11 304 000 euros, soit une libéralité de 7 millions d'euros correspondant à 65 % de sa valeur réelle ; qu'au motif que l'objectif de l'opération avait été, pour le groupe B., de rémunérer ses dirigeants pour leur contribution à la réussite de ce dernier, comme indiqué lors de la réunion du conseil d'administration de la Société Lorraine de Participations le 24 avril 2007, l'administration a regardé la plus-value réalisée par les requérants lors du rachat de ses propres actions par la société Compagnie de l'Audon, à hauteur de 65 % de son montant soit 51 596 793 euros, comme constituant un complément de salaire imposable sur le fondement des dispositions précitées des articles 79 et 82 du code général des impôts ;

19. Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'administration a notifié les redressements en litige au titre de 2007, année au cours de laquelle les requérants ont réalisé un gain à l'occasion du rachat par la société Compagnie de l'Audon de ses propres titres, conformément aux dispositions des articles 13 et 82 du code général des impôts ; que M. et Mme A., qui n'ont appréhendé un revenu qu'en 2007, ne sont ainsi pas fondés à soutenir que l'année d'imposition ne peut être que 2004, année au cours de laquelle un avantage tenant à la minoration du prix de cession aurait été consenti ; que la doctrine administrative 5 F 1154 n°149 ne fait, en tout état de cause, pas de la loi une interprétation différente du présent jugement ; que le moyen tiré de la prescription de l'imposition en litige doit donc également être écarté ;

20. Considérant, enfin, que M. et Mme A. ne peuvent utilement invoquer, pour contester la qualification en traitements et salaires d'une partie des revenus en litige, des motifs, qui ne lient pas le juge de l'impôt quant à la qualification fiscale des revenus d'un contribuable, par lesquels le tribunal de commerce de Nanterre, par jugement du 17 décembre 2013, a regardé une action comme recevable ;

S'agissant de l'existence d'une libéralité :

21. Considérant que M. et Mme A. soutiennent qu'aucun avantage n'a été consenti à la société Compagnie de l'Audon, par rapport aux prix du marché, lors de la détermination du prix d'exercice de l'option ni du prix de cession de celle-ci, ainsi qu'il résulterait notamment de la valorisation effectuée par la banque ABN AMRO le 9 décembre 2004, soit postérieurement à l'acquisition de l'option le 25 octobre 2004, évaluation confirmée par des experts et des assistants spécialisés du Parquet étant intervenus dans le cadre d'une procédure pénale ;

22. Considérant que l'autorité de la chose jugée en matière pénale ne s'attache qu'aux décisions juridictionnelles qui statuent sur le fond de l'action publique ; que tel n'est pas le cas des décisions de non lieu que rendent les juges d'instruction, quelles que soient les constatations sur lesquelles elles sont fondées ; que M. et Mme A. ne peuvent dès lors se prévaloir utilement d'une ordonnance de non-lieu prise par un juge d'instruction au tribunal de grande instance de Paris le 4 avril 2011, d'un arrêt de la cour d'appel de Paris du 5 avril 2012 confirmant cette ordonnance et d'un arrêt de la cour de cassation rejetant le pourvoi dirigé contre cet arrêt, qui ne lie pas le juge de l'impôt ; qu'à la supposer avérée, la circonstance que la commission nationale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires aurait, par avis du 9 mars 2012, rendu un avis confirmant la valorisation retenue par la société anonyme B., contribuable distinct, ne lie pas davantage le juge de l'impôt et ne saurait être regardée comme une prise de position formelle de l'administration au sens de l'article L. 80 B du livre des procédures fiscales ;

23. Considérant que, pour établir l'existence d'une libéralité tenant à l'insuffisante valorisation de l'option d'achat de titres de la société B. Participations cédée par la société Solfur à la société Compagnie de l'Audon, ainsi qu'il a été dit au point 18 du présent jugement, l'administration, sans remettre en cause la méthode de valorisation de « Black and Scholes » retenue par la banque ABN AMRO et d'ailleurs validée par l'expert mandaté par l'autorité judiciaire, qui ne s'est pas prononcé sur la valeur des paramètres retenus, a modifié la valeur de certains de ces paramètres ;

24. Considérant en premier lieu qu'il n'est ainsi pas contesté que la banque ABN AMRO a retenu que la société Solfur détenait, par transparence, 2 475 000 titres de la société B. Investissement alors qu'elle en détenait en réalité 2 554 000 ;

25. Considérant, en deuxième lieu, que si, pour déterminer la valeur initiale du titre faisant l'objet de l'option à valoriser, la banque a retenu la moyenne de la valeur de ce titre sur les six derniers mois, période considérée comme nécessaire à l'acquisition de l'ensemble des titres concernés sans influencer sur le cours du marché, l'administration fait valoir sans être utilement contredite qu'une telle période est excessive dès lors que la société Solfur détenait déjà ces titres, et y a substitué la moyenne de leur valeur sur les trente derniers jours ; que les requérants ne sont en effet pas fondés à se référer aux contraintes qui pèseraient sur un cédant ne disposant pas des titres sur lesquels il consentirait une option d'achat, dès lors que tel n'est pas le cas en l'espèce dans la transaction réalisée entre les sociétés Solfur et Compagnie de l'Audon ;

26. Considérant, en troisième lieu, que, pour déterminer la valeur de la décote d'illiquidité appliquée, la banque a retenu la décote d'illiquidité moyenne constatée sur les titres de la Société Lorraine de Participations pendant les six dernières années avant la cession alors que, au cours des quatre premières années de cette période, il existait deux structures intermédiaires entre la Société Lorraine de Participations et la société du groupe B. ayant les actions les plus liquides et non pas une comme à la date de la souscription de l'option ; que l'administration y a dès lors substitué la décote d'illiquidité moyenne constatée au cours des

deux dernières années avant la cession, inférieure de six points à celle retenue par la banque ; que si M. et Mme A. soutiennent d'une part qu'il y a lieu de prendre en compte la période de référence la plus longue possible et demandent d'autre part à ce que soit prise en compte la moyenne constatée sur les douze derniers mois, ils ne contestent pas dans son principe la prise en compte du changement dans la structure du groupe B. ni, par suite, le fait que l'administration a pris en compte la plus longue période de référence possible compte-tenu de ce changement ;

27. Considérant, en quatrième et dernier lieu, que l'administration relève sans être sérieusement contestée que cette décote d'illiquidité doit en outre être minorée dès lors que la banque n'a pas pris en compte les différences existant entre les titres de la Société Lorraine de Participations servant de référence et les titres de la société B. Participations sur lesquels portaient l'option à évaluer, dès lors que l'illiquidité des titres de la Société Lorraine de Participations est renforcée par la double circonstance que ces titres ne peuvent être cédés qu'à un nombre restreint de personnes, descendantes de M. B., et qu'il existe une structure intermédiaire entre la Société Lorraine de Participations et la société du groupe B. dont les titres sont les plus liquides, ce qui n'est pas le cas de la société B. Participations ; que les requérants n'établissent aucunement que les titres de la Société Lorraine de Participations se seraient en pratique révélés plus liquides que ceux de la société B. Participations au cours des années en litige ; qu'au surplus, l'administration relève sans être contredite qu'aucune décote d'illiquidité des titres de la société B. Participations n'a été prévue lors de la constitution du montage, ainsi qu'en attestent notamment la définition de l'avantage pour les cadres dirigeants présentés dans le rapport annuel 2004 de la société B. Investissement et l'indemnité contractuellement prévue en cas de résiliation anticipée de l'option ;

28. Considérant qu'au regard de l'ensemble de ces éléments, l'administration fiscale doit être regardée comme établissant la minoration, à hauteur de 7,3 millions d'euros, de la valeur de l'option d'achat de titres de la société B. Participations vendue par la société Solfur à la société Compagnie de l'Audon le 25 octobre 2004 ;

S'agissant du montant du revenu imposable dans la catégorie des traitements et salaires :

29. Considérant que les requérants ne contestent pas que l'opération consistant en la création de la société Compagnie de l'Audon et l'acquisition par celle-ci d'une option d'achat sur des titres de la société B. Investissement a été conçue en vue d'intéresser les dirigeants du groupe B. à sa réussite, ainsi qu'il résulte notamment des publications financières du groupe ; que contrairement à ce que soutiennent M. et Mme A., il ne résulte pas de l'instruction, particulièrement de ce qui a été dit *supra*, qu'en acquérant des parts de la société Compagnie de l'Audon, M. A. aurait pris un risque tel qu'il s'opposerait à toute qualification d'une partie du gain réalisé en traitements et salaires, dès lors d'une part que le prix d'acquisition de l'option constituant l'unique actif de la société et déterminant dès lors la valeur de ses titres avait été minoré, ainsi qu'il a été dit au point 28 du présent jugement, et que d'autre part cette option pouvait être exercée à tout moment pendant une période de six ans ; que si les requérants ont investi des sommes importantes, la majeure partie de cet investissement a été réalisé en février 2007, dans un contexte boursier favorable et alors que le débouclage de l'opération en mai 2007 était déjà prévu ; que le risque supporté par les requérants, ainsi fortement atténué, a été pris en compte par l'administration qui n'a requalifié le gain réalisé lors de la cession qu'à hauteur de 65 %, soit en proportion de la libéralité consentie par la société Solfur lors de la cession de l'option d'achat en 2004 ;

30. Considérant que, pour le même motif, M. et Mme A., qui n'ont appréhendé aucun revenu lors de la libéralité accordée sous forme de titres ayant une valeur de 7,3 millions d'euros consentie par la société Solfur à la société Compagnie de l'Audon en 2004, ne sont pas fondés à soutenir que l'administration aurait dû limiter à ce montant les revenus salariaux imposables qu'ils ont perçus en 2007, la valeur de ces titres s'étant accrue au cours de cette période ;

31. Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que l'administration justifie, ainsi qu'il lui incombe, de l'imposition dans la catégorie des traitements et salaires de revenus d'un montant de 51 596 793 euros au titre de l'année 2007 ;

En ce qui concerne l'imposition dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers

32. Considérant que lorsqu'un rachat d'actions ou de parts sociales est effectué en vue d'une réduction du capital non motivée par des pertes conformément à l'article L. 225-207 du code de commerce, les sommes ou valeurs reçues à ce titre par l'actionnaire ou l'associé personne physique cédant sont en principe soumises au régime fiscal prévu par les dispositions combinées du 2° du 1 de l'article 109, du 8 ter de l'article 150-0 D et du second alinéa de l'article 161 du code général des impôts, à savoir, d'une part, l'imposition de la plus-value à l'impôt sur le revenu selon le régime des plus-values de cession pour la différence entre la valeur de l'apport et le prix d'acquisition et, d'autre part, l'imposition d'un revenu distribué dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers pour la différence entre le prix de rachat des titres et leur prix ou valeur d'acquisition ou de souscription ou, s'il est supérieur, le montant des apports compris dans la valeur nominale des titres rachetés ; que l'administration a imposé dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, sur le fondement de ces dispositions, la fraction de la plus-value réalisée le 29 mai 2007, d'un montant de 27 782 889 euros, qu'elle n'avait pas requalifiée en traitements et salaires ;

33. Considérant en revanche que, par dérogation à ces dispositions, le 6° de l'article 112 du code général des impôts alors en vigueur prévoyait que lorsque ce rachat est effectué dans les conditions prévues aux articles L. 225-208 ou L. 225-209 à L. 225-212 du code de commerce, les sommes ou valeurs attribuées aux actionnaires au titre du rachat de leurs actions par la société émettrice sont soumises, pour leur ensemble, à un régime de plus-values de cession des valeurs mobilières ;

34. Considérant qu'aux termes de l'article 62 de la Constitution : « *Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. / Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* » ;

35. Considérant que, par décision n° 2014-404 QPC du 20 juin 2014, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions du 6° de l'article 112 du code général des impôts alors en vigueur au motif qu'elles instituaient, en méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, un régime dérogatoire d'imposition des plus-values réalisées par les actionnaires ou associés personnes physiques lors du rachat par la société émettrice de ses actions ou parts sociales, qui n'était justifié ni par une différence de situation entre les procédures de rachat faisant l'objet de ces différents régimes d'imposition, ni par un motif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi ; qu'afin de préserver l'effet utile de sa

décision, il a jugé, au point 14 de sa décision, que : « *les sommes ou valeurs reçues avant le 1^{er} janvier 2014 par les actionnaires ou associés personnes physiques au titre du rachat de leurs actions ou parts sociales par la société émettrice, lorsque ce rachat avait été effectué selon une procédure autorisée par la loi, ne devaient pas être considérées comme des revenus distribués et devaient être imposées selon le régime des plus-values de cession prévu, selon les cas, aux articles 39 duodecies, 150-0 A ou 150 UB du code général des impôts* » ;

36. Considérant que l'administration n'a pas remis en cause, par la procédure de l'abus de droit fiscal, le rachat par la société Compagnie de l'Audon de ses propres actions, dont il est constant qu'il a été réalisé conformément aux dispositions de l'article L. 225-207 du code de commerce, mais l'interposition par les requérants d'une société civile soumise à l'impôt sur les sociétés, à laquelle les titres ont été apportés avant leur cession ; que si cet acte a pu légalement être écarté par l'administration comme ne lui étant pas opposable en application des dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, il n'en résulte pas que le rachat de ses propres actions par la société Compagnie de l'Audon auprès de M. A. a été effectué selon une procédure qui ne serait pas autorisée par la loi au sens de la décision n° 2014-404 QPC du Conseil constitutionnel ;

37. Considérant qu'il résulte des termes de cette décision, qui prévoit son application aux instances en cours, que le juge de l'impôt doit, après un débat sur ce point entre les parties, imposer la plus-value correspondante selon le régime des plus-values de cessions de titres prévu par les dispositions de l'article 150-0 A du code général des impôts ; que M. et Mme A. sont dès lors fondés à obtenir la décharge de la fraction des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales auxquelles ils ont été assujettis au titre de l'année 2007 correspondant à la différence entre l'imposition retenue par l'administration dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers d'une somme de 27 782 889 euros, résultant de la plus-value réalisée lors de la cession des titres le 29 mai 2007, et l'imposition de la même somme selon le régime des plus-values de cession, sur le fondement des dispositions de l'article 150-0 A du code général des impôts ;

Sur les pénalités

38. Considérant qu'aux termes de l'article 1729 du code général des impôts : « *Les inexactitudes ou les omissions relevées dans une déclaration ou un acte comportant l'indication d'éléments à retenir pour l'assiette ou la liquidation de l'impôt ainsi que la restitution d'une créance de nature fiscale dont le versement a été indûment obtenu de l'Etat entraînent l'application d'une majoration de : (...) b. 80 % en cas d'abus de droit au sens de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales ; elle est ramenée à 40 % lorsqu'il n'est pas établi que le contribuable a eu l'initiative principale du ou des actes constitutifs de l'abus de droit ou en a été le principal bénéficiaire (...)* » ;

39. Considérant que compte tenu de ce qui a été dit *supra*, l'administration doit être regardée comme établissant, ainsi qu'il lui incombe en application de l'article L. 195 A du livre des procédures fiscales, l'abus de droit reproché à M. A. à raison duquel elle a fait application de la majoration de 80 % prévue par les dispositions précitées ;

40. Considérant que, ainsi qu'il a été dit au point 17 du présent jugement, le recours par l'administration à la procédure de l'abus de droit fiscal pour écarter le sursis d'imposition dont s'étaient prévalus les requérants et constater l'existence d'un revenu immédiatement imposable est sans incidence sur la possibilité pour l'administration de déterminer la catégorie

d'imposition de ce revenu ; que la requalification d'une partie des gains ayant fait l'objet d'un abus de droit en traitements et salaires ne fait dès lors pas obstacle à l'application de la majoration de 80 % prévue par les dispositions précitées à l'ensemble des impositions en ayant résulté, y compris celles imposées dans la catégorie des traitements et salaires ; que l'administration, qui a fondé sa position en constatant l'abus de droit commis, n'était pas tenue de rechercher une éventuelle dissimulation de l'avantage salarial correspondant ;

41. Considérant que le principe selon lequel la loi pénale nouvelle doit, lorsqu'elle prononce des peines moins sévères que la loi ancienne, s'appliquer aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée, s'étend à toute sanction soumise au principe de nécessité des peines ; que les requérants soutiennent que depuis l'entrée en vigueur du V de l'article 18 de la loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2010 portant notamment création de l'article 150-0 B ter du code général des impôts, les pénalités prévues au b) de l'article 1729 du code général des impôts ne peuvent plus être appliquées à une opération d'apport-cession ; que les nouvelles dispositions dont ils se prévalent, qui ont pour objet de prévenir la commission d'abus de droit tels que celui en litige, ne sont cependant pas relatives à de telles pénalités ; qu'il n'en résulte pas, contrairement à ce que soutiennent les requérants, que le législateur ait, en adoptant ces dispositions, entendu sanctionner moins sévèrement de tels agissements ; que par suite, le moyen tiré de la rétroactivité de la loi pénale plus douce ne peut qu'être écarté ;

42. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que M. et Mme A. sont seulement fondés à obtenir la décharge, en droits et pénalités, de la fraction des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales auxquelles ils ont été assujettis au titre de l'année 2007 correspondant à la différence entre l'imposition dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers d'une somme de 27 782 889 euros, résultant de la plus-value réalisée lors de la cession des titres le 29 mai 2007, et l'imposition de la même somme selon le régime des plus-values de cession, sur le fondement des dispositions de l'article 150-0 A du code général des impôts ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat une somme de 1 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

DECIDE :

Article 1^{er} : La somme de 27 782 889 euros correspondant à la fraction de la plus-value réalisée par M. A. le 29 mai 2007 imposée par l'administration dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers est imposée selon le régime des plus-values de cession sur le fondement des dispositions de l'article 150-0 A du code général des impôts.

Article 2 : M. et Mme A. sont déchargés, en droits et pénalités, de la différence entre les cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales auxquelles ils ont été assujettis au titre de l'année 2007 et celles résultant de l'article 1^{er}.

Article 3 : L'Etat versera à M. et Mme A. une somme de 1 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 5 : Le présent jugement sera notifié à M. et Mme A. et à la directrice en charge de la Direction nationale des vérifications de situations fiscales (Service du contentieux).