

170

Revue de DROIT FISCAL

4 NOVEMBRE 2010, HEBDOMADAIRE, N° 44 - ISSN 1279-8436

Directeur scientifique :
Patrick DIBOUT
Rédacteur en chef :
Thomas JACQUEMONT

540 **BÉNÉFICES INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX**

Actifs incorporels : problématiques fiscales internes et internationales

Par Emmanuel PICQ et Pierre ESCAUT

543 **FISCALITÉ INTERNATIONALE**

Prélèvement de l'article 244 *bis* A du CGI et clauses de non-discrimination

CE, 5 juill. 2010, Pinacothèque d'Athènes, concl. Emmanuelle CORTOT-BOUCHER, note Frédéric DIEU

547 **PROCÉDURES FISCALES**

Combinaison des délais de réclamation de l'article R.* 196-1 du LPF

CE, 5 juill. 2010, min. c/ SNC Serater, concl. Emmanuelle CORTOT-BOUCHER, note Olivier FOUQUET

Également cette semaine

541 **RCM** – Valeur vénale des titres non cotés : une offre de rachat n'est pas un comparable (CE, 23 juill. 2010, concl. N. ESCAUT, note R. POIRIER)

544 **Procédures fiscales** – Appréciation de la motivation d'un chef de redressement fondé sur plusieurs éléments (CE, 9 juill. 2010, concl. L. OLLÉON)

Revenus de capitaux mobiliers

541 Valeur vénale des titres non cotés : une offre de rachat n'est pas un comparable

L'Administration, à laquelle incombe la preuve de l'existence d'une distribution occulte consistant en une minoration du prix de cession de parts sociales (CGI, art. 111, c), ne peut pas, pour déterminer le montant de cette minoration de prix, évaluer la valeur vénale des parts cédées par référence à une offre de prix de rachat émise par une société holding constituée par les acquéreurs. En effet, une proposition de rachat de titres qui ne conduit pas à une cession effective ne saurait constituer, selon le Conseil d'État, une transaction susceptible de servir de terme de comparaison.

CE, 8^e et 3^e ss-sect., 23 juill. 2010, n° 308019, M. Marmajou, concl. N. Escaut, note R. Poirier : JurisData n° 2010-012376

CE, 8^e et 3^e ss-sect., 23 juill. 2010, n° 308020, M. Marmajou (non reproduit)

CE, 8^e et 3^e ss-sect., 23 juill. 2010, n° 308021, Sté indivision Lucie Marmajou (non reproduit)

● Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le 15 juillet 1991, M. Pierre Marmajou, sa sœur et sa mère ont reçu de tiers une proposition de rachat de leur participation de 50 % au capital de la société à responsabilité limitée (SARL) H. et R. Marmajou, soit 1 120 actions, pour un montant de 4,2 millions de francs, soit 3 750 francs par part ; qu'en application des statuts de cette société, les autres associés, issus d'une seconde branche de la famille Marmajou, ont refusé d'agréer cette cession puis, le 18 janvier 1993, ont apporté leur propre participation de 50 % au capital de la SARL H et R Marmajou à la SARL Holding Marmajou pour une valeur de 964 F par part sociale ; que le 1^{er} mars 1993, cette société holding a acquis auprès de M. Marmajou, de sa sœur et de sa mère l'autre moitié du capital de la SARL H et R Marmajou au prix unitaire de 2 165 F par part ; qu'après avoir vérifié la comptabilité de la société holding, l'Administration a regardé comme une libéralité consentie à M. Marmajou, sa sœur et sa mère l'écart entre le prix de cession et la valeur vénale des titres cédés, laquelle a été évaluée à 964 F par part ; qu'elle a redressé les bases de l'impôt sur le revenu de M. Marmajou dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers sur le fondement des dispositions du c de l'article 111 du CGI et mis en recouvrement une cotisation supplémentaire de 106 545 F, soit 16 242,68 euros ; que saisi du rejet de sa réclamation, le tribunal administratif de Pau, par un jugement du 30 décembre 2003, a déchargé M. Marmajou de cette imposition supplémentaire au motif que les conditions d'application du 1^{er} du 1 de l'article 109 du Code général des impôts que l'Administration avait substitué à la base légale initialement retenue n'étaient pas réunies ; que la cour administrative d'appel de Bordeaux, accueillant la demande du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie de substituer en tant que fondement légal du redressement le c de l'article 111 du même code, a remis l'imposition en litige à la charge de M. Marmajou par un arrêt en date du 29 mai 2007 contre lequel ce dernier se pourvoit en cassation ;

Sur les motifs de l'arrêt en tant qu'il statue sur la substitution de base légale :

● Considérant que lorsque l'Administration procède à une substitution de base légale pour rejeter la réclamation d'un contribuable, sa décision ne saurait créer un droit au maintien de cette base légale, ni lui interdire de changer de base légale à tout moment dès lors que cette substitution n'a pas pour effet de priver le contribuable des garanties de procédure prévues par la loi ; que, par suite, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que l'Administration, qui avait, pour rejeter la réclamation de M. Marmajou, renoncé à appliquer le c de l'article 111 du Code général des impôts au profit du 1^{er} du 1 de l'article 109 du même code, pouvait demander en appel, après s'être prévaluée en première instance des dispositions de cet article 109, que l'imposition en litige soit établie sur le fondement légal mentionné dans la notification de redressement ;

Sur les motifs de l'arrêt en tant qu'il statue sur l'écart entre le prix de cession et la valeur vénale :

● Considérant qu'aux termes de l'article 111 du Code général des impôts : « Sont notamment considérés comme revenus distribués (...) c) les rémunérations et avantages occultes » ; qu'en cas d'acquisition par une société à un prix que les parties ont délibérément majoré par rapport à la valeur vénale de l'objet de la transaction, ou, s'il s'agit d'une vente, délibérément minorée, sans que cet écart de prix comporte de contrepartie, l'avantage ainsi octroyé doit être requalifié comme une libéralité représentant un avantage occulte constitutif d'une distribution de bénéfices au sens des dispositions précitées du c de l'article 111 du code, alors même que l'opération est portée en comptabilité et y est assortie de toutes les justifications concernant son objet et l'identité du cocontractant, dès lors que cette comptabilisation ne révèle pas, par elle-même, la libéralité en cause ; que la preuve d'une telle distribution occulte doit être regardée comme apportée par l'Administration lorsqu'est établie l'existence, d'une part, d'un écart significatif entre le prix convenu et la valeur vénale du bien cédé, d'autre part, d'une intention, pour la société, d'octroyer, et, pour le cocontractant, de recevoir, une libéralité du fait des conditions de la cession ;

● Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des termes de l'arrêt que la cour a jugé que l'Administration établissait que le prix de la cession des parts au 1^{er} mars 1993 excédait de manière significative la valeur vénale de la part telle qu'elle résultait des calculs opérés par ses services ; que la cour ne s'est pas fondée sur l'opération d'apport de titres effectuée par l'autre branche de la famille à la société holding Marmajou le 18 janvier 1993 ; que, par suite, le moyen tiré de ce que la cour aurait commis une erreur de droit en se fondant sur cette valeur d'apport pour évaluer la valeur vénale de la part doit être écarté ;

● Considérant, en second lieu, que la valeur vénale de titres non admis à la négociation sur un marché réglementé doit être appréciée compte tenu de tous les éléments dont l'ensemble permet d'obtenir un chiffre aussi voisin que possible de celui qu'aurait entraîné le jeu normal de l'offre et de la demande à la date où la cession est intervenue ;

● Considérant, d'une part, que si la valeur réelle des titres d'une société doit être évaluée par référence à la valeur des autres titres de la société telle qu'elle ressort des transactions portant à la même époque sur ces titres dès lors que

cette valeur ne résulte pas d'un prix de convenance, en revanche, une proposition de rachat de titres qui ne conduit pas à une cession effective ne saurait constituer une transaction susceptible de servir de terme de comparaison ; qu'en l'absence de toute transaction ou de transaction équivalente, l'appréciation de la valeur vénale est faite en utilisant les méthodes d'évaluation qui permettent d'obtenir un chiffre aussi voisin que possible de celui qu'aurait entraîné le jeu normal de l'offre et de la demande à la date où la cession est intervenue ; que, dès lors, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en écartant de manière suffisamment motivée la comparaison avec le prix de vente de 3 750 F par part fixé dans le cadre de l'offre reçue le 15 août 1991 qui n'a pas conduit à une cession effective et en examinant les autres méthodes d'évaluation retenues par l'Administration ;

● Considérant, d'autre part, qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que l'Administration s'est référée aux données économiques et comptables de la SARL H. et R. Marmajou, qui exploite une entreprise de feux d'artifice, et notamment aux résultats des années 1990 à 1993, et a recouru à diverses méthodes généralement utilisées pour l'évaluation des titres à l'époque des faits, parmi lesquelles la valeur mathématique reconstituant l'actif réel et le passif réel, la valeur de productivité et la valeur tirée de la marge brute d'autofinancement ; qu'elle a finalement accepté de porter à 964 F par part l'évaluation, plus favorable aux contribuables, de la valeur vénale, correspondant à la valeur d'apport des titres à la société holding Marmajou le 18 janvier 1993 qu'avait validée un commissaire aux apports ; que la cour, qui a répondu de manière précise aux critiques du requérant qui portaient sur la valeur vénale du terrain appartenant à la société sur lequel se trouvait implantée l'entreprise, sur la prise en compte dans les résultats des années 1990 à 1993 d'une partie des salaires versés aux gérants et d'indemnités de licenciement, n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que l'Administration par la combinaison de ces différentes méthodes établissait que le prix de cession excédait significativement la valeur vénale du titre et en jugeant implicitement mais nécessairement que le chiffre qu'elle proposait était aussi voisin que possible de celui qu'aurait entraîné le jeu normal de l'offre et de la demande à la date à laquelle la cession est intervenue ;

Sur les motifs de l'arrêt en tant qu'il statue sur l'intention libérale :

● Considérant que la cour a relevé, par une appréciation souveraine qui n'est pas arguée de dénaturation, que les circonstances du dossier ne suffisaient pas à renverser la présomption d'intention libérale que créaient les liens familiaux unissant les parties au litige et en a déduit, sans commettre d'erreur de droit, ni insuffisamment motiver son arrêt, que l'Administration en faisant état des liens familiaux unissant M. Marmajou aux associés de la société holding qui lui a racheté ses parts, devait être regardée comme apportant la preuve de l'intention des parties respectivement de recevoir et de consentir une libéralité ;

● Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le pourvoi de M. Marmajou doit être rejeté, y compris, par voie de conséquence, ses conclusions présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative ;

(...)

CONCLUSIONS

La présente affaire va vous permettre de préciser votre jurisprudence à la fois sur la question de la substitution de base légale en matière fiscale et sur celle de la libéralité résultant d'une surévaluation du prix de cession de titres par une société

1. Faits et procédure

1 – Fondée à la fin du XIX^e siècle par Pierre Marmajou et transformée en société à responsabilité limitée en 1978, la société H. et R. Marmajou exerce une activité de fabrication de feux d'artifice. Elle est demeurée une entreprise familiale détenue par deux branches de

la famille Marmajou qui sont les descendants de deux fils du fondateur, Henri et Robert Marmajou. Au début des années 90, les héritiers d'Henri Marmajou étaient Pierre, Pierrette et leur mère Lucie Marmajou qui possédaient la moitié du capital, l'autre moitié appartenant aux héritiers de Robert Marmajou, à savoir Jean-Bernard, Frédérique et Jacques Marmajou. C'est à ce moment que Pierre et Pierrette Marmajou, gérants de la société au nom de la branche d'Henri, ont décidé de prendre leur retraite et de vendre, avec leur mère, leurs parts de la société. Toutefois, exerçant les droits définis par les statuts de la société, leurs cousins ont refusé d'agréer l'acheteur trouvé, en 1991, par les intéressés. Ce n'est qu'à la suite de longues négociations entre les deux branches de la famille qu'un protocole d'accord a été signé les 18 et 21 décembre 1992 décidant la vente des titres de Pierre, Pierrette et Lucie Marmajou à leurs cousins pour un prix unitaire de 2 165 F, soit un montant total de 2 425 000 F pour les 1 120 titres détenus. La cession a eu lieu le 1^{er} mars 1993 au profit de la SARL Holding Marmajou nouvellement créée pour procéder à l'opération et à laquelle les héritiers de Robert Marmajou avaient apporté, le 18 janvier 1993, leurs parts pour un montant unitaire de 964 F. À la suite de la vérification de comptabilité de cette société, l'administration fiscale a estimé que le prix de 2 165 francs auquel Pierre, Pierrette et Lucie Marmajou avaient vendu leurs titres était supérieur à la valeur vénale de ces derniers qu'elle a accepté de fixer à la somme de 964 F validée par les commissaires aux apports, l'application de ses méthodes d'évaluation aboutissant à la somme de 945 F. Elle a regardé la différence entre le prix payé et la valeur vénale réelle des parts comme une libéralité consentie par la SARL Holding Marmajou. Par une notification du 27 décembre 1996, elle a réintégré cette somme dans les revenus de Pierre, Pierrette et Lucie Marmajou, dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, sur le fondement de l'article 111, c du CGI. Lucie Marmajou étant décédée le 11 décembre 1997, ce sont ses enfants, constitués en indivision, qui ont formé une réclamation, en leur nom propre et au nom de l'indivision, pour contester les cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu mises en recouvrement le 30 juin 1998. Dans ses décisions du 18 décembre 2000, le directeur des services fiscaux des Landes a rejeté leurs réclamations mais en procédant à une substitution de base légale puisqu'il a fondé le redressement sur le 1^o du 1 de l'article 109 du CGI. Par trois jugements en date du 30 décembre 2003, le tribunal administratif de Pau a déchargé les contribuables de la cotisation supplémentaire d'impôt sur le revenu à laquelle ils avaient été assujettis au motif que les conditions d'application de l'article 109, 1 n'étaient pas réunies. Sur appel du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, la cour administrative d'appel de Bordeaux, par trois arrêts en date du 29 mai 2007, a annulé les jugements du tribunal et remis à la charge des contribuables les cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu auxquels ils avaient été assujettis. M. Pierre Marmajou, M^{me} Pierrette Marmajou et l'indivision Marmajou se pourvoient régulièrement en cassation contre ces arrêts. Nous prononcerons des conclusions communes sur ces pourvois qui soulèvent les mêmes moyens mais que vous ne pourrez joindre s'agissant de contribuables différents.

2. Discussion

A. - Sur la régularité de la substitution de base légale

2 – Les requérants critiquent d'abord les arrêts attaqués en tant qu'ils ont admis la substitution de base légale demandée en appel par le ministre. Ils reprochent à la cour d'avoir commis une erreur de droit au motif que la substitution de base légale opérée par le directeur des services fiscaux dans ses décisions rejetant leur réclamation devait s'analyser comme une décision créatrice de droits qui interdisait toute nouvelle substitution de base légale ultérieure.

En l'espèce, rappelons que le vérificateur avait initialement fondé les redressements sur les dispositions de l'article 111, c du CGI qui qualifient de revenus distribués les « rémunérations et avantages occultes ». Mais à l'occasion de ses décisions statuant sur les réclamations des contribuables, le directeur des services fiscaux avait procédé à une substitution de base légale en fondant l'imposition des revenus distribués sur les dispositions de l'article 109, 1^o qui visent les « bénéfiques ou produits qui ne sont pas mis en réserve ou incorporés au capital ». Après les jugements du tribunal administratif déchargeant les contribuables au motif que cette disposition n'était pas applicable, le ministre avait admis en appel que le redressement ne pouvait se fonder ni sur le 1 de l'article 109, 1^o puisque la société Holding Marmajou demeurait déficitaire après le redressement, ni sur le 2 du même article dès lors que les contribuables n'étaient pas associés de cette société. Il avait alors demandé une nouvelle substitution de base légale en revenant au fondement initial de l'article 111, c du CGI. Dans les arrêts attaqués, la cour a fait droit à cette demande au motif que cette substitution de base légale n'avait pas pour effet de priver les contribuables des garanties de procédure prévues par la loi.

Les requérants n'ignorent pas que la cour a ainsi fait application de votre jurisprudence sur la substitution de base légale. Comme le rappellent les auteurs des Grands arrêts de la jurisprudence fiscale, le principe, consacré par votre décision du 27 juillet 1936 (*CE, 27 juill. 1936 : Rec. CE 1936, p. 871*), selon lequel l'administration fiscale peut modifier le fondement légal de l'imposition, est une des pierres angulaires du contentieux fiscal. Reposant sur l'idée que l'administration fiscale ne peut renoncer à percevoir l'impôt, il permet à l'Administration, à n'importe quel stade de la procédure contentieuse, selon le cas, de procéder elle-même ou de demander au juge une substitution de base légale. Une telle demande peut ainsi être présentée pour la première fois en appel (V. en ce sens, *CE, 9^e et 7^e ss-sect., 31 janv. 1990, n° 63959, min. c/ M. d'Août : RJF 3/1990, n° 349*). Si elle ne peut être présentée en cassation dès lors qu'elle n'est pas d'ordre public, vous avez précisé, dans votre décision du 18 janvier 2006 (*CE, 10^e et 9^e ss-sect., 18 janv. 2006, n° 265790 et n° 265791, Serfaty : JurisData n° 2006-080887 ; Dr. fisc. 2006, n° 41, comm. 649, concl. C. Verot, note E. Meier ; Procédures 2006, comm. 92, note J.-L. Pierre ; RJF 4/2006, n° 378 ; BDCF 4/2008, n° 48, concl. C. Verot ; BGFE 2006, n° 2, p. 16, obs. Y. de Givré*), que la substitution de base légale pouvait être demandée pour la première fois après cassation lorsque vous statuez dans le cadre de vos pouvoirs d'évocation. Cette substitution de base légale n'est toutefois pas libre puisque votre jurisprudence exige que le nouveau fondement n'ait pas pour effet de priver le contribuable des garanties de procédure prévues par la loi.

À l'occasion des présents litiges, les requérants entendent vous faire juger que votre jurisprudence sur la substitution de base légale ne s'appliquerait pas lorsque, comme en l'espèce, l'administration fiscale entend revenir à la base légale qu'elle avait initialement retenue puis abandonnée dans la décision du directeur des services fiscaux statuant sur la réclamation préalable. Ils estiment que dans ce cas de figure la substitution de base légale initialement opérée par l'Administration est une décision créatrice de droits. Nous ne croyons pas possible de suivre ce raisonnement pour plusieurs raisons :

- tout d'abord cette solution ne nous semble pas compatible avec la logique de votre jurisprudence qui admet la substitution de base légale à tout moment de la procédure, étant rappelé qu'une telle substitution ne modifie en rien la matière imposable. Vous n'avez jamais institué de limites tant sur le nombre de substitutions de base légale que sur l'identité des fondements invoqués. Dès lors que l'Administration ne peut renoncer à percevoir l'impôt, elle doit avoir la possibilité de changer de base légale autant de fois que nécessaire tant qu'elle respecte les garanties de procédure prévues par la loi. Elle a droit à l'erreur et peut revenir à un fondement initialement abandonné.

Vous avez déjà admis, par exemple dans votre décision *Serfaty* précitée, que l'Administration procède à plusieurs substitutions de base légale pour finalement revenir à son fondement initial ;

- ensuite, la solution des requérants se heurte à la nature même de la décision statuant sur la réclamation des contribuables. En effet, il ne s'agit pas d'une décision d'imposition mais uniquement de la première étape de la procédure contentieuse. On voit donc mal comment cette décision pourrait faire naître des droits acquis au profit du contribuable, d'autant que dans cette hypothèse il suffirait à l'Administration de retarder sa substitution de base légale et de demander au juge d'y procéder.

Nous vous proposons donc d'écarter le premier moyen d'erreur de droit des requérants.

B. - Sur l'évaluation de la valeur vénale des parts sociales

3 - Les requérants critiquent ensuite l'arrêt attaqué en tant qu'il a admis que le prix de cession de leurs parts excédait leur valeur vénale et que cette surévaluation constituait une libéralité imposable en tant qu'avantage occulte au titre de l'article 111, c du CGI.

L'article 111, c permet de regarder comme des revenus distribués, imposables dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, « les rémunérations et avantages occultes ». Dans votre décision de section du 28 février 2001 (*CE, sect., 28 févr. 2001, n° 199295, min. c/ M. Théron : JurisData n° 2001-061884 ; Rec. CE 2001, p. 96 ; Dr. fisc. 2001, n° 26, comm. 592, concl. G. Bachelier ; RJF 5/2001, n° 620 ; BDCF 5/2001, n° 67, concl. G. Bachelier*), vous avez rappelé que ces dispositions permettaient d'imposer un avantage occulte entre les mains d'un tiers non associé, malgré le caractère déficitaire des résultats de la société qui l'avait accordé. Vous avez qualifié de libéralité représentant un avantage occulte au sens de l'article 111, c, l'avantage résultant de la vente d'un bien à un prix délibérément majoré par les parties par rapport à sa valeur vénale, même si cette opération figure dans la comptabilité de l'entreprise. Vous avez précisé que l'Administration apportait la preuve d'une telle distribution occulte lorsqu'elle justifiait de la réalité des deux éléments constitutifs de la libéralité : d'une part, l'élément matériel consistant en la présence d'un écart significatif entre le prix convenu et la valeur vénale du bien cédé, et d'autre part, l'élément subjectif résultant de l'intention, pour la société, d'octroyer une libéralité, et, pour le cocontractant, de la recevoir.

Les requérants critiquent l'application de ces principes par la cour tant en ce qui concerne l'élément matériel que l'élément subjectif de la libéralité.

4 - Les requérants reprochent d'abord à la cour d'avoir jugé que l'Administration apportait la preuve d'un écart significatif entre le prix convenu des titres et leur valeur vénale alors qu'elle n'avait pas établi que le prix convenu était inférieur à la valeur des parts telle qu'elle résultait du jeu de l'offre et de la demande.

Vous avez défini les modalités d'évaluation des titres des sociétés non cotées sur un marché réglementé en exigeant que l'Administration détermine le prix qui aurait été obtenu par le jeu de l'offre et de la demande à la date à laquelle la cession est intervenue. Ce principe est aussi appliqué par la Cour de cassation : vous pouvez voir en ce sens par exemple un arrêt de sa chambre commerciale du 2 décembre 1997 (*Cass. com., 2 déc. 1997, n° 95-22.256, Petitjean : RJF 1998, n° 488*). Le critère principal d'évaluation est celui des transactions comparables, c'est-à-dire des cessions portant sur les titres de la même société et se présentant dans des conditions équivalentes (V. en ce sens, *CE, 7^e et 8^e ss-sect., 14 juin 1978, n° 9403 ; Dr. fisc. 1978, n° 46-47, comm. 1813 ; RJF 7-8/1978, n° 316*). En l'absence de transactions équivalentes, la détermination de la valeur vénale est faite en utilisant une combinai-

son de méthodes d'évaluation afin d'obtenir un chiffre aussi voisin que possible de celui qui aurait été retenu par le marché : vous pouvez voir pour le rappel de ces méthodes les conclusions de votre rapporteur public Laurent Olléon sous vos décisions du 3 juillet 2009 (CE, 8^e et 3^e ss-sect., 3 juill. 2009, n° 306363, *min. c/ M. du Plessis de Pouzilnac* : *JurisData* n° 2009-081504 et n° 301299, *M. Héral* : *JurisData* n° 2009-081502 ; *Dr. fisc.* 2009, n° 41, *comm.* 496, *concl.* L. Olléon, *note R. Poirier* ; *RJF* 11/2009, n° 941 ; *BDCF* 11/2009, n° 129, *concl.* L. Olléon).

En l'espèce, les requérants développent leur critique des arrêts attaqués en tant qu'ils ont retenu la surévaluation du prix de vente de leurs titres autour de trois branches :

- tout d'abord, ils reprochent à la cour d'avoir **commis une erreur de droit et insuffisamment motivé ses arrêts** en regardant comme pertinente, pour déterminer la valeur vénale des titres, la valeur d'apport déclarée le 18 janvier 1993 lors de la constitution de la société Holding Marmajou par les héritiers de Robert Marmajou. Mais ce moyen ne saurait vous retenir car la cour a au contraire expressément écarté la valeur d'apport en jugeant qu'elle ne pouvait servir à déterminer la valeur vénale des titres ;

- les requérants reprochent ensuite à la cour d'avoir **commis une erreur de droit** en ne retenant pas comme transaction comparable permettant de déterminer la valeur vénale de leurs titres l'offre d'acquisition qui leur avait été faite en juillet 1991, au prix de 3 750 F la part.

La cour a écarté cette offre au motif qu'elle n'avait pas été suivie d'une cession effective. Vous est ainsi posée **la question inédite dans votre jurisprudence de l'assimilation entre transaction réalisée et offre de transaction pour l'application de la méthode des transactions comparables**. Comme on l'a rappelé, le but recherché par votre jurisprudence est de définir une valeur vénale des titres des sociétés non cotées qui soit la plus proche possible du prix qui aurait résulté du jeu normal de l'offre et de la demande. Au regard de cet objectif, les transactions réalisées au cours de la même période sur les mêmes titres apparaissent logiquement comme un terme de comparaison pertinent. Mais votre jurisprudence exige en outre que les transactions en cause aient bien été réalisées dans des conditions similaires. Vous avez ainsi jugé, dans votre décision du 3 juillet 2009 *Plessis de Pouzilnac*, précitée, que des différences de prix constatées entre des transactions opérées à des dates proches ne suffisaient pas à révéler par elles-mêmes l'existence d'une libéralité dès lors qu'elles reflétaient le pouvoir de négociation des vendeurs et des données particulières à l'entreprise. Une transaction ayant porté sur les titres de la même société au cours de la même période n'est donc pertinente que si ses modalités de réalisation ne sont pas différentes. Dans cette logique de la recherche de la valeur vénale la plus proche possible du prix résultant du jeu de l'offre et de la demande, il ne nous semble dès lors pas possible de prendre en compte une offre de transaction. En effet, une simple offre, même si formellement elle n'est pas assortie de conditions, ne permet pas de s'assurer de son caractère sérieux. On ne peut savoir si elle était de nature à aboutir à une transaction effective avec l'auteur de l'offre. On peut même imaginer qu'elle n'ait été faite que dans l'intérêt du vendeur afin de faire monter les prix dans le cadre de ses négociations avec l'acheteur véritable. La Cour de cassation, dans un arrêt de sa chambre commerciale du 23 mars 1999 (*Cass. com.*, 23 mars 1999, n° 97-11.463, *M. Caseaux* : *RJF* 6/1999, n° 792), a refusé, s'agissant de la détermination de la valeur d'un bien soumis à droits de mutation, de prendre en compte les offres d'achat non suivies d'effet. Nous vous proposons donc de juger que la cour n'a pas commis d'erreur de droit en écartant l'offre invoquée par les requérants au motif qu'elle n'avait pas été suivie d'une cession effective ;

- les requérants reprochent enfin à la cour d'avoir **commis une erreur de droit et d'avoir insuffisamment motivé ses arrêts** en jugeant que l'Administration apportait la preuve de la surévaluation du prix de vente de leurs titres sans rechercher si la méthode de détermination de la valeur vénale des titres retenue par l'Administration permettait d'obtenir un prix aussi proche que possible de celui résultant du jeu de l'offre et de la demande.

Rappelons que vous contrôlez l'erreur de droit sur la méthode d'évaluation retenue par les juges du fond mais que vous laissez à leur pouvoir souverain, sauf dénaturation, l'appréciation portée sur les éléments de faits pris en compte (V. en ce sens, *CE*, 9^e et 8^e ss-sect., 29 déc. 1999, n° 171859, *M. Robardeck* : *JurisData* n° 1999-159748 ; *Dr. fisc.* 2000, n° 21, *comm.* 427, *concl.* J. Courtial ; *RJF* 2/2000, n° 153).

En l'espèce, il est vrai que la cour ne mentionne pas explicitement dans ses arrêts que les méthodes utilisées par l'administration fiscale permettaient d'obtenir la valeur la plus proche possible de celle du jeu de l'offre et de la demande. Pour autant, cette omission nous semble relever d'une simple maladresse de rédaction et non d'une erreur de droit, ou d'une insuffisance de motivation. En effet, la cour, après avoir constaté que l'Administration avait établi la valeur vénale des titres à partir de plusieurs méthodes reposant sur les données économiques et comptables, qui étaient les méthodes généralement utilisées à l'époque des faits, a écarté de façon très motivée les critiques des requérants qui portaient sur la valeur vénale du terrain où était implantée l'entreprise et sur la prise en compte des salaires et indemnités versées aux gérants. Or, devant la cour, les moyens des requérants ne portaient pas sur la pertinence des méthodes choisies par l'Administration mais uniquement sur les résultats obtenus. Les intéressés n'ont jamais demandé l'application d'une autre méthode au motif qu'elle permettrait d'obtenir un prix plus proche de celui résultant du jeu de l'offre et de la demande, les méthodes de l'Administration étant d'ailleurs celles qu'ils avaient eux-mêmes utilisées. C'est pourquoi nous croyons possible d'admettre, au regard de l'argumentation développée devant elle, que la cour a implicitement mais nécessairement estimé que la méthode employée par l'Administration conduisait au prix le plus voisin possible de celui issu du jeu de l'offre et de la demande.

Nous vous proposons donc d'écarter l'ensemble de l'argumentation des requérants relative à l'écart entre le prix de vente de leurs titres et leur valeur vénale.

5 - Les requérants critiquent enfin les arrêts attaqués en tant que la cour a jugé que l'Administration avait apporté la preuve de l'intention libérale des parties en faisant état des liens familiaux existants entre les vendeurs et les associés de la société Holding Marmajou. Ils soutiennent qu'en se bornant à relever l'existence de liens familiaux pour caractériser l'intention libérale des parties, la cour a insuffisamment motivé ses arrêts et commis une erreur de qualification juridique des faits, moyen que vous requalifierez en moyen d'erreur de droit puisque vous ne contrôlez pas la qualification juridique de l'intention libérale. Les requérants expliquent qu'en l'espèce, ces liens étaient insuffisants pour apporter la preuve de l'intention libérale des parties dans la mesure où les relations entre les deux branches de la famille Marmajou étaient conflictuelles depuis de nombreuses années et que ces différends résultaient non pas de leur souhait de vendre leurs titres à des tiers mais des modalités de rémunération des gérants de l'entreprise familiale.

Conformément aux principes dégagés par votre jurisprudence *Théron*, l'élément subjectif de la libéralité est constitué par l'intention pour la société d'octroyer une libéralité et pour le cocontractant de la recevoir. Comme l'expliquait votre commissaire du gouvernement, le président Bachelier, dans ses conclusions sous cette affaire, « l'avantage occulte suppose un appauvrissement de l'entreprise et une volonté délibérée de ne pas agir dans son intérêt ». Contraire-

ment à ce que soutiennent les requérants, les liens familiaux, qui étaient renforcés en l'espèce par les liens nés de la détention de la même entreprise, peuvent constituer un élément suffisant pour établir l'intention libérale des parties. Vous pouvez voir pour la prise en compte des liens familiaux dans la qualification d'une libéralité votre décision du 21 octobre 1987 (CE, 9^e et 7^e ss-sect., 21 oct. 1987, n° 57500, SARL Poret : RJF 12/1987, n° 1199) ou du 10 juillet 1989 (CE, 9^e et 8^e ss-sect., 10 juillet 1989, n° 64977, Sté Baudry Nutchey et C^{ie} : RJF 10/1989, n° 1430). On peut donc admettre que les liens familiaux créent une présomption de libéralité au même titre que la présomption de prêt familial que ces liens font naître pour les sommes perçues par un membre de la famille (V. en ce sens, CE, 7^e et 8^e ss-sect., 17 oct. 1990, n° 97253, Jeneste : Dr. fisc. 1992, n° 8, comm. 375, concl. O. Fouquet ; RJF 12/1990, n° 1430). Or, en l'espèce, la cour a souverainement considéré, sans qu'aucune dénaturaison ne soit arguée devant vous, que le différend opposant les deux branches de la famille ne suffisait pas à écarter l'intention libérale résultant des liens familiaux existants entre les associés de la société et les vendeurs. Nous croyons dès lors qu'elle n'a ni commis d'erreur de droit, ni insuffisamment motivé ses arrêts en se fondant sur ces liens familiaux pour juger que l'Administration avait établi l'intention libérale des parties.

Si vous nous suivez, vous rejetterez les pourvois des requérants, et par voie de conséquence, les conclusions qu'ils ont présentées au titre de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative.

Par ces motifs, nous concluons au rejet des pourvois de M. Pierre Marmajou, de M^{me} Pierrette Marmajou et de l'indivision Marmajou.

Nathalie ESCAUT,
rapporteur public

NOTE

1 - L'arrêt reproduit ci-dessus apporte une nouvelle précision sur les modalités d'application de la méthode définie par le Conseil d'État pour évaluer les titres non cotés.

C'est pour résoudre un conflit familial qu'est intervenue la vente que l'Administration a partiellement requalifiée en libéralité. Les deux branches d'une même famille possédaient chacune 50 % des parts d'une SARL. Les membres de la première branche ayant souhaité vendre leurs titres à un tiers au prix unitaire de 3 750 F, les membres de la deuxième branche s'y sont opposés en faisant jouer la clause d'agrément prévue dans les statuts et en application de l'article L. 223-14 du Code de commerce. Plus d'un après, la deuxième branche a offert une liquidité à la première en lui rachetant ses titres à un prix unitaire de 2 165 F via une holding créée à cet effet.

L'Administration ne s'est pas attardée sur le prix de 3 750 F proposé par le tiers qui jouait en faveur du redevable. Elle s'est plutôt intéressée à l'écart significatif entre le prix de rachat de 2 165 F et la valeur de 964 F pour laquelle les membres de la deuxième branche avaient préalablement apporté leurs titres à la holding, en recherchant si cet écart traduisait une libéralité.

1. Première étape du raisonnement : la recherche de la valeur de marché

2 - Il résulte de la jurisprudence que la valeur vénale des titres non admis à la négociation sur un marché réglementé doit être appréciée compte tenu de tous les éléments dont l'ensemble permet d'obtenir un chiffre aussi voisin que possible de celui qu'aurait entraîné le jeu normal de l'offre et de la demande à la date où la cession est intervenue. Quels sont ces éléments ? Il s'agit, prioritairement, du prix retenu dans des transactions similaires que l'Administration compare

sous le contrôle du juge à celui de la transaction en cause. À défaut, lorsqu'une telle comparaison s'avère impossible, l'Administration est en droit de combiner diverses méthodes et de confronter la valeur ainsi obtenue à celle retenue dans la vente.

Conformément à la jurisprudence, la recherche s'effectue donc en deux temps.

A. - Recherche d'une transaction comparable

3 - Une offre de prix ne constitue pas un terme de comparaison pertinent. - Le principal enseignement de l'arrêt est que seules les ventes constituent des termes comparables. La Haute juridiction juge suffisant le motif qu'avaient retenu les juges du fond pour écarter le prix de l'offre, à savoir que seule une transaction effective constitue un comparable pertinent.

Au cas particulier, la crainte que l'offre était un artifice visant à influencer sur les négociations en cours entre les deux branches familiales a sans doute pesé sur la décision des juges du fond. Mais au-delà des circonstances de l'espèce, l'arrêt *Marmajou* nous rappelle qu'une vente nécessite un accord sur le prix entre l'offrant et l'acceptant, et, partant, que de simples offres d'achat ne sont pas des cessions comparables.

4 - Quels sont les comparables pertinents ? - La rédaction retenue dans l'arrêt *Marmajou* précise que la méthode multicritères s'applique « (...) en l'absence de toute transaction ou de transaction équivalente (...) ».

L'expression « transactions équivalentes » évoque les autres transactions portant sur une quantité équivalente de titres de la même société effectuées à des dates proches dans des conditions analogues (par ex., au regard du pouvoir de négociation du vendeur, CE, 8^e et 3^e ss-sect., 3 juill. 2009, n° 306363, min. c/ M. du Plessis de Pouzilhac : *JurisData* n° 2009-081504 et n° 301299, M. Héral : *JurisData* n° 2009-081502 ; Dr. fisc. 2009, n° 41, comm. 496, concl. L. Olléon, note R. Poirier ; RJF 11/2009, n° 941 ; BDCF 11/2009, n° 129, concl. L. Olléon. - ou au regard des contreparties obtenues par le vendeur, CE, sect., 28 févr. 2001, n° 199295, min. c/ M. Théron : *JurisData* n° 2001-061884 ; Rec. CE 2001, p. 96 ; Dr. fisc. 2001, n° 26, comm. 592, concl. G. Bachelier ; RJF 5/2001, n° 620 ; BDCF 5/2001, n° 67, concl. G. Bachelier).

L'autre branche de l'alternative (« toute transaction ») semble viser un champ plus large qui englobe les transactions portant sur des biens intrinsèquement similaires en fait et en droit, tels les titres d'une autre société de même taille cotée ou non, dans le même secteur d'activité, ou les titres d'une société holding dont le seul actif est une participation dans la société dont les titres sont cédés.

En effet, toute transaction, qu'elle porte ou non sur les titres de la même société, peut permettre d'approcher le chiffre qu'aurait entraîné le jeu normal de l'offre et de la demande. L'Administration ne peut écarter et privilégier la méthode multicritères sans expliquer en quoi le terme comparable présenté n'est pas pertinent.

B. - Détermination du prix par une méthode multicritères

5 - Une offre de prix peut-elle contribuer à déterminer la valeur vénale en l'absence de comparables ? - Selon le rapporteur public Nathalie Escaut, une simple offre doit être écartée en tant que terme comparable car il n'est pas possible de s'assurer de son caractère sérieux.

Dans sa généralité, le commentaire du rapporteur public paraît éloigné de la pratique. La qualité des candidats au rachat, leur intérêt à agir (concurrents, industriels du secteur, fonds d'investissement...), la réalisation d'un audit de la cible, l'intervention d'une banque d'af-

fares attestant de l'intérêt stratégique de l'acquéreur à acheter, la mise en place du financement de l'acquisition, voire la mise en concurrence de plusieurs candidats au rachat dans un processus de sélection de candidats, peuvent permettre d'attester du sérieux d'une offre. L'offre présente alors les garanties d'une photographie précise de la valeur vénale des titres, au moins aux yeux du candidat acheteur. Même non retenues par le vendeur, les offres permettent au vendeur de mieux connaître le marché et de déterminer finalement le prix auquel il accepte de vendre.

Nous demandons donc si le juge n'a pas manqué l'opportunité d'indiquer que de telles offres pourraient utilement servir à alimenter la discussion sur la valeur, dès lors qu'en l'absence de transaction comparable la valeur doit être appréciée en tenant compte de tous les éléments dont l'ensemble permet d'approcher la valeur de marché. Le recours par l'Administration à une méthode de calcul multicritères ne doit pas être entendu strictement. Celle-ci ne peut écarter aucun élément propre à éclairer la situation économique et financière de la société dont les titres sont vendus, telle une offre qui résulte de la mise en œuvre des méthodes de valorisation que le candidat professionnel estime appropriées. L'Administration elle-même reconnaît le caractère probant des offres de prêt émanant d'établissements financiers dans le dispositif de limitation des intérêts d'emprunt déductibles, codifié au I de l'article 212 du CGI, pour apprécier si le taux d'un prêt entre parties liées est un taux de marché.

6 – Une valeur d'apport ne peut servir à déterminer la valeur vénale des titres. – Le juge du fond est seul habilité à apprécier la mise en œuvre des méthodes d'évaluation au vu des faits de l'espèce, et le Conseil d'État contrôle la pertinence des méthodes d'évaluation retenues.

Les juges du fond ont expressément écarté la valeur d'apport des parts à la holding, en jugeant qu'elle ne pouvait servir à déterminer la valeur des titres. Dès lors que le Conseil d'État a indiqué qu'aucune erreur de droit n'avait été commise par la cour d'appel, l'arrêt *Marmajou* précise que la valeur d'apport, qui ne constitue pas un terme comparable dès lors qu'elle ne procède pas d'une vente, n'entre pas non plus en ligne de compte pour évaluer la valeur vénale des titres.

Il entre dans la mission des commissaires aux apports d'apprécier sous leur responsabilité la valeur des apports en nature, le cas échéant en se faisant assister d'un expert de leur choix. Le rapport du commissaire peut décrire les méthodes mises en œuvre pour apprécier la valeur des biens apportés. Peut-être les juges ont-ils estimé qu'apprécier la valeur d'un bien à l'occasion d'un apport (et dans l'affaire *Marmajou*, lors de la constitution d'une holding détenue à 100 % par les apporteurs) est un exercice différent de celui consistant à calculer une valeur vénale. L'arrêt n'apporte pas d'explications sur ce point.

2. Deuxième étape du raisonnement : la recherche d'une intention libérale

7 – Pour que l'écart de prix constaté puisse être imposé en tant que revenu et non en tant que plus-value chez les vendeurs, l'Administration devait démontrer qu'il résultait d'une gestion étrangère à l'intérêt de la holding, et que la renonciation à recette était une libéralité consentie aux vendeurs.

A. - L'intérêt de la SARL à payer le prix fort pour faire sortir les associés n'a pas été démontré

8 – S'agissant du prix de vente élevé que leur a payé la société, les requérants ont voulu justifier le prix de 2.165 F mais « n'ont jamais demandé l'application d'une autre méthode ». Ils semblent avoir insuffisamment cherché à justifier le bien-fondé de l'écart de prix avec

la valeur d'apport. S'ils avaient démontré l'existence d'une contrepartie pour la SARL, l'écart de prix n'aurait pas pu constituer une distribution occulte.

En effet, l'intérêt pour la holding à prendre le contrôle de la SARL en mettant fin à une situation de conflit entre associés, au moment où intervenait un changement de gérance, pouvait justifier le paiement d'un supplément de prix. Par exemple, la détention de 100 % de la SARL facilitait vraisemblablement la mise en place d'un financement gagé sur l'appréhension de tous les dividendes versés par la SARL. Le juge reconnaît que la valeur vénale des titres en cas de prise de contrôle peut être supérieure à leur valeur de négociation sans changement de contrôle (CE, 2 déc. 1977, n° 1247 : *Dr. fisc.* 1978, n° 52, *comm.* 2049, *concl. D. Fabre* ; RJF 1/1978, n° 5, *concl. D. Fabre*, p. 10). Il admet également que le pouvoir de négociation du cédant puisse avoir une influence sur le prix (CE, 8^e et 3^e ss-sect., 3 juill. 2009, n° 306363, *min. c/ M. du Plessis de Pouzilac* et n° 301299, *M. Héraïl*, *préc.*).

En amont, il est aussi permis de douter que la valeur d'apport de 964 F reflétait la vraie valeur des parts, car il était dans l'intérêt des acheteurs de chercher à diminuer cette valeur dans le cadre de la négociation en cours. Il ne semble pas que l'apport à la holding ait fait l'objet d'une procédure d'agrément, ce qui aurait permis de savoir si la première branche familiale avait expressément ou tacitement approuvé la valeur d'apport.

B. - Des liens familiaux suffisent à créer une présomption d'intention libérale, même en cas de conflit

9 – Le Conseil d'État confirme que des liens familiaux suffisent à établir l'intention libérale des parties. Il s'agit d'une présomption simple que l'on peut renverser en démontrant l'existence d'une contrepartie.

Sur le fond, il est paradoxal que la cour d'appel ait considéré que l'existence d'un conflit entre les deux branches familiales ne suffisait pas à renverser la présomption selon laquelle le prix d'achat des parts avait été délibérément majoré.

Pour qu'une distribution occulte puisse être présumée, il fallait que la holding ait une intention d'accorder, et que les associés aient une intention de recevoir, une libéralité.

Pour les raisons évoquées plus haut, il est permis de douter que l'intention de la holding acceptant de payer un prix élevé pour prendre 100 % du capital social de la SARL était exclusivement libérale. En refusant d'agréer la vente, la deuxième branche familiale voulait éviter une intrusion étrangère dans le capital de la SARL, et acceptait de devoir en supporter les conséquences financières. En effet, si le cédant ne renonce pas à céder, la loi oblige en ce cas les associés à acheter ou faire racheter les parts. De leur côté, les vendeurs, qui s'étaient d'abord efforcés de vendre leur participation à un tiers au détriment du maintien de la SARL dans le cercle familial, et qui avaient à l'origine négocié leurs conditions de sortie (V. CE, 3^e et 8^e ss-sect., 7 févr. 2007, n° 279588, *Sté Weil Besançon* : *JurisData* n° 2007-081083 ; *Dr. fisc.* 2007, n° 12, *comm.* 317, *concl. E. Glaser* ; *Procédures* 2007, *comm.* 124, *note J.-L. Pierre* ; RJF 4/2007, n° 407 ; BDCF 4/2007, n° 44, *concl. E. Glaser* ; BGFE 2007, n° 4, p. 14 et s., *obs. R. Beauvais*, sur la prise en compte d'une négociation pour apprécier l'existence d'une libéralité) semblaient davantage mus par la volonté d'obtenir un prix approchant le montant de l'offre qu'ils avaient reçue, que par celle d'être gratifiés. Si les parties ne s'étaient pas accordées sur le prix, celui-ci aurait été fixé par un expert indépendant désigné par les parties ou à défaut par ordonnance du Président du tribunal de commerce (C. civ., art. 1843-4), et dans ce cas, un écart avec la valeur d'apport de 964 F n'aurait évidemment pas constitué une libéralité.

Enfin, on peut regretter que l'offre de prix ait été écartée tant pour analyser le prix de marché (V. supra n° 2 à 6) que pour la recherche de l'intention libérale, alors pourtant que l'Administration n'a pas contesté la sincérité de cette offre. L'Administration et le juge sont peut-être allés un peu loin, car une chose est d'écarter une simple offre pour les besoins de l'appréciation de la valeur vénale, une autre chose est d'ignorer qu'elle a influencé les attentes des vendeurs dont c'était l'objectif de prix, en retirant à la transaction toute inspiration libérale.

On retiendra principalement de cet arrêt qu'il resserre la définition des termes comparables en excluant de simples offres, et qu'il

exclut les valeurs d'apport du champ de l'analyse multicritères, car c'est la valeur « vénale » qui est recherchée.

Roland POIRIER,
avocat associé, Brandford-Griffith

MOTS-CLÉS : Revenus des capitaux mobiliers - Revenus distribués - Distributions occultes (CGI, art. 111, c) - Minoration du prix de cession de parts sociales : évaluation par comparaison avec une offre de rachat (non)

Évaluation des biens - Titres de sociétés non cotés - Évaluation par comparaison avec une offre de rachat (non)

JURISCLASSEUR : Fiscal ID, Fasc. 651-40, Ph. Luppi

OFFRE D'ABONNEMENT

Revue de droit fiscal

OUI Je m'abonne à la revue pour toute l'année 2010 (13 numéros par an + tables annuelles) au prix de 546,23 € TTC.

Je recevrai également les numéros déjà parus depuis le début de l'année.

Je m'abonne à partir du mois en cours au coût mensuel de 45,52 € TTC.



Je ne recevrai que les prochains numéros à paraître jusqu'à la fin de l'année.

RELIURES

Je commande la reliure permettant de conserver 4 mois de la revue.

Je souhaite _____ reliure(s) au prix unitaire de 24,27 € TTC

Sauf avis contraire de votre part avant le 1^{er} décembre, nos abonnements se renouvellent d'année en année par tacite reconduction pour une période d'un an. Conformément à la législation en vigueur, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification pour toute information vous concernant.

A renvoyer par  Courrier : LexisNexis
Relation client - 141, rue de Javel - 75747 Paris cedex 15
ou par  Fax : 01 45 58 94 00
Commande sur internet : <http://boutique.lexisnexis.fr/>

Votre numéro d'abonné LexisNexis
(si vous le connaissez)

Mlle Mme M. NOM/PRÉNOM

SOCIÉTÉ/ÉTABLISSEMENT

ADRESSE

CODE POSTAL

VILLE

TÉL.


FAX

E-MAIL

NAF

SIRET

DATE/CACHET ET SIGNATURE 10ML01-14F

 0 821 200 700

0,112 € puis 0,09 €/min à partir d'un poste fixe

 LexisNexis®

Tarifs valables en France métropolitaine jusqu'au 31/12/2010.
DOM-TOM et étranger : abonnement annuel 2010 : 577,80 € TTC, reliure : 25,30 € TTC.
TVA : 2,10%. 552 029 431 RCS Paris.