

**Conclusions de Thierry Teulière**  
**Rapporteur public de la 1<sup>ère</sup> chambre du tribunal administratif de Toulouse**

**Fiscalité**

Impôt sur les sociétés - opération à effet de levier- qualification de titres de participation

**Affaires : n° 1603341- Sté A- 1603676 Sté B**

Audience du 29 janvier 2019

Lecture du 12 février 2019

La société holding D a été créée le 10 janvier 2006 afin de prendre le contrôle du groupe Z spécialisé dans le secteur ..., via une opération à effet de levier dite LBO (Leverage Buy Out)<sup>1</sup>.

Dans ce cadre, le 17 février 2006, la SARL A, présidée par M. X, a acquis des titres de la société D (Titres D) pour un investissement initial de 499 824 euros, représentant 1,21 % du capital de cette dernière société.

Le 6 décembre 2006, la société A a apporté ses titres D à la société C laquelle lui a attribué, en échange, 499 824 titres de la société C (titres C) d'une valeur nominale de 1 euro chacun.

Le 13 février 2009, la SARL A a cédé à un groupe japonais les titres C.

Elle a en conséquence enregistré une plus-value de cession d'un montant de 5 324 741 euros qu'elle a soumise au régime de long terme prévu par le I de l'article 219 du code général des impôts. La quote-part de frais et charges de 5 %, soit 266 237 euros, a été soumise à l'impôt sur les sociétés.

Aux termes d'une proposition de rectification en date du 26 décembre 2012, l'administration a estimé que les titres D détenus par C ne répondaient pas à la définition des titres de participation et que, par voie de conséquence, la SARL A ne pouvait prétendre au régime des plus-values à long-terme pour l'imposition de la plus-value résultant de la cession des titres C. Elle a réintégré à l'impôt sur les sociétés la somme de 5 058 741 euros. Elle a maintenu les rectifications proposées en dépit des observations formulées par la société requérante. Le 16 novembre 2015, la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires s'est déclarée incompétente pour qualifier les titres en cause. Les impositions supplémentaires ont été mises en recouvrement par un avis en date du 30 novembre 2015 pour un montant de 1 686 168 euros en droits, assortis de 674 467 euros de majorations pour manquement délibéré et de 215 830 euros d'intérêts de retard.

Sa réclamation du 28 décembre 2015 ayant été rejetée le 28 juin 2016, la société A vous demande, par la requête appelée, de prononcer la décharge, en droits et pénalités, de la cotisation supplémentaire d'impôt sur les sociétés à laquelle elle a été assujettie au titre de l'année 2009.

Ces conclusions en décharge sont recevables.

La société requérante conteste le bien-fondé de l'imposition.

---

<sup>1</sup> Ce terme désigne une opération financière qui permet à une entreprise d'en acheter une autre. Cette acquisition se fait généralement par recours de la société holding chargée du rachat de la société cible à un fort endettement bancaire et émission d'obligations souscrites par les fonds d'investissement repreneurs.

L'objet du litige est la qualification des titres D détenus par la sté C tandis que la qualification en titres de participation des actions C détenues par la société requérante n'est pas en débat.

Le a ter du I de l'article 219 du Code général des impôts dispose que « *Le régime des plus-values et moins-values à long terme cesse de s'appliquer au résultat de la cession de titres du portefeuille réalisée au cours d'un exercice ouvert à compter du 1er janvier 1994 à l'exclusion des parts ou actions de sociétés revêtant le caractère de titres de participation (...)* Pour l'application des premier et deuxième alinéas, constituent des titres de participation les parts ou actions de sociétés revêtant ce caractère sur le plan comptable. (...) ».

Contrairement aux titres de placement, les titres de participation ouvrent droit à l'application du régime des plus ou moins-values à long terme.

Lorsqu'ils ont été détenus pendant au moins deux ans, ainsi que le prévoit l'article 39 duodecimes du code, le gain ou la perte qui résulte de leur cession échappe au droit commun de l'impôt sur les sociétés.

Par sa décision n°392527 Selarl Lemaire du 20 mai 2016, mentionnée aux Tables, le CE a confirmé que sur le plan comptable, les titres de participation sont ceux dont la possession durable est estimée utile à l'activité de l'entreprise, notamment parce qu'elle permet d'exercer une influence sur la société émettrice des titres ou d'en assurer le contrôle.

Mme Cortot-Boucher rappelle dans ses conclusions sous cet arrêt que c'est par renvoi au droit comptable que la loi fiscale définit, pour l'essentiel, la notion de titres de participation, en prenant pour exemple la rédaction du a quinquies du I de l'article 219, du a ter du I de ce même article ou de l'article 39 relatif aux conditions dans lesquelles peuvent être constituées des provisions pour dépréciation de titres de participation.

Elle rappelle également que, par deux décisions du 20 octobre 2010, *Société Iphaprim* et *Société Hyper Primeurs* (n° 314247 et 314248, RJF 2011, n° 16 ; concl. E. Geffray, BDCF 2011, n° 5), confirmées ensuite par une décision du 12 mars 2012, *EURL Alci* (n° 342295, RJF 2012, n° 564), le CE a pris le parti de faire jouer pleinement la connexion fiscal-comptable instituée par les textes, en se référant, pour l'application des dispositions du a ter du I de l'article 219 du CGI, à la définition des titres de participation donnée par le plan comptable général de 1982.

Si le PCG de 1982 a été abrogé et que la définition qu'il offre n'a pas été reprise dans le PCG de 1999, cette définition a, en tout état de cause, valeur jurisprudentielle depuis l'intervention des décisions Iphaprim et Hyper Primeurs, confirmées avec la décision Lemaire.

En outre, le code de commerce, dans son article R. 123-184 livre une définition des titres de participation proche de celle du PCG de 1982.

La qualification de titre de participation s'apprécie selon nous au vu de deux critères prioritaires provenant de la définition comptable, celui de possession durable et celui d'utilité.

Si le contrôle et l'influence sur la société émettrice sont également évoqués dans cette définition, ils sont seulement présentés comme des hypothèses particulières dans lesquelles le critère d'utilité est « *notamment* » considéré comme rempli.

Il résulte de cet adverbe « *notamment* » que l'utilité de titres de participation pour l'entreprise qui les détient peut être établie y compris en l'absence de tout contrôle ou de toute influence sur l'émettrice (*voir sur ce point les ccls de Romain Victor sous une affaire QPC n°421688 SAS Zimmer Biomet France Holdings du 19 septembre 2018*).

Comme le note Mme Cortot-Bouchet, cette lecture de la définition comptable rejoint l'opinion exprimée par Olivier Fouquet et Claude Lopater dans un article paru à la RJF et consacré aux enjeux et aux incertitudes du contentieux des titres de participation. Ils y indiquent

que « la seule lecture de la définition donnée par le [plan comptable général] de 1982 des titres de participation (...) fait ressortir à l'évidence le caractère restrictif de l'interprétation traditionnelle qui inverse l'ordre des facteurs. En effet, dans cette définition, les critères matériels (la possession durable) et subjectif (l'utilité pour l'activité de l'entreprise) constituent les critères prioritaires. La démonstration de cette utilité peut être fondée sur l'existence d'une participation d'un montant tel qu'il permette à la société d'exercer une influence ou un contrôle sur la société dont les titres sont détenus. Mais le montant de la participation n'est pas (« notamment ») le seul critère de l'utilité » (O. Fouquet et C. Lopater, « Titres de participation : enjeux et incertitudes du contentieux », RJF 2014, p. 953).

Enfin, s'agissant de la charge de la preuve, lorsque des titres ont été inscrits dans un compte de participation, c'est à l'administration qu'il appartient d'apporter la preuve que cette inscription est erronée. Il en va ainsi, à tout le moins, dès lors que le contribuable s'est opposé, dans le délai légal, aux redressements qui lui ont été notifiés (26 juillet 1985, n° 40856, RJF 1985, n° 1355).

Dans notre affaire, le pacte d'actionnaires signé le 17 février 2006 entre tous les actionnaires de la holding de reprise D dont fait partie la société C comporte une clause de détention des titres de la SAS D pendant une durée d'au moins six ans sauf cession de la totalité du capital de celle-ci. (point 4.1 sur l'inaliénabilité temporaire des titres et précisément point 4.1.1 du pacte).

Au regard d'un tel engagement de conservation, les titres ne pouvaient être sur le plan comptable inscrits en valeurs mobilières de placement.

En outre, la durée effective de possession des titres D a été de 33 mois, donc supérieure à deux ans.

La possession des titres est donc durable.

Quant à l'utilité pour l'entreprise détentrice, elle nous paraît difficilement contestable du fait que la détention et la gestion des titres D est l'objet même de l'activité de la société C, laquelle s'est engagée via le pacte d'actionnaire à ce que cette activité soit exclusive de toute activité de portefeuille.

Ne pas reconnaître cette utilité reviendrait selon nous à nier l'existence même de la société et au-delà de ce type de société, même s'il n'échappera pas à votre analyse que sa création s'inscrit dans le contexte d'une opération à effet de levier.

Si l'administration fait valoir que l'activité de C se borne à une détention passive de titres, elle ne conteste pas que cette détention contribue à la réalisation même de son objet social.

Les critères de possession durable et d'utilité pour l'activité de l'entreprise détentrice des titres nous semblent ainsi, à tout le moins, remplis.

Dans ces conditions, alors même que les titres dont s'agit n'assureraient à la société détentrice ni le contrôle, ni même une influence sur la société émettrice, c'est à bon droit que la SAS C a enregistré dans sa comptabilité les titres D en tant que titres de participation.

En tout état de cause, l'administration n'établit pas le caractère erroné de cette inscription comptable.

Par suite, elle n'était pas fondée à remettre en cause, pour ce motif, le régime de plus-value de long terme sous lequel la société A s'est placée lors de la cession des titres C, intervenue plus de deux ans après leur acquisition.

Si vous nous suivez, vous pourrez accorder à la requérante la décharge, en droits et pénalités, du supplément d'impôt sur les sociétés auquel elle a été assujettie au titre de l'année 2009.

En revanche, en l'absence de litige né et actuel avec le comptable public sur la restitution de l'imposition assortie d'intérêts moratoires prévus par l'article L. 208 du livre des procédures fiscales, les conclusions de la SARL A tendant au paiement de ces sommes sont irrecevables.

De même, les conclusions, non chiffrées, tendant à l'application des articles L. 761-1 et R. 761-1 du code de justice administrative devront être rejetées.

Tel est le sens de nos conclusions dans cette première affaire.

Pour la seconde affaire, nous serons brefs.  
Elle intéresse la société B.

Dans le cadre de la même opération de « LBO », cette société, créée pour l'occasion et dirigée par M. Y, est le pendant de la société A.

Le 30 novembre 2006, elle a acquis des titres D grâce aux apports de son dirigeant.

Le 18 décembre suivant, la société requérante a apporté les titres D à la société C laquelle lui a attribué, en échange, 187 420 titres C.

Le 13 février 2009, la SARL B a cédé à un groupe japonais ses titres C.

Elle a alors enregistré une plus-value de cession d'un montant de 1 996 629 euros qu'elle a soumise au régime de long terme prévu par le I de l'article 219 du code général des impôts.

Aux termes d'une proposition de rectification en date du 21 décembre 2012, l'administration a estimé que les titres D détenus par C ne répondaient pas à la définition des titres de participation et que, par voie de conséquence, la SARL B e pouvait prétendre au régime des plus-values à long-terme pour l'imposition de la plus-value résultant de la cession des titres C. Elle a réintégré à l'impôt sur les sociétés la somme de 1 896 798 euros.

Par la requête appelée, la société B vous demande de prononcer la décharge, en droits et pénalités, de la cotisation supplémentaire d'impôt sur les sociétés ainsi mise à sa charge au titre de l'année 2009.

Vous écarterez rapidement la fin de non-recevoir opposée par l'administration et tirée du défaut de justification du dépôt d'une réclamation préalable.

En effet, il résulte de l'instruction que la SARL B a bien formé une réclamation contentieuse, réceptionnée le 20 janvier 2016, à l'hôtel des Finances de Toulouse Ranguel.

Au fond, s'agissant de la même question et pour les mêmes motifs que ceux énoncés dans la précédente affaire, les actions D ayant été à bon droit enregistrées comme des titres de participation par C nous vous proposons de retenir une solution identique.

PCMNC :

\*Affaire A :

A ce que la société A soit déchargée, en droits et pénalités, du supplément d'impôt sur les sociétés mis à sa charge au titre de l'année 2009 ;  
Au rejet du surplus de ses conclusions

\*Affaire B :

A ce que la société B soit déchargée, en droits et pénalités, du supplément d'impôt sur les sociétés mis à sa charge au titre de l'année 2009 ;  
Au rejet du surplus de ses conclusions