

REVENUS DE CAPITAUX MOBILIERS

1233

Réduction de capital dans le cadre du rachat par une société de ses propres titres : un débat étrangement relancé !

Solution. - Par une décision du 16 avril 2024, la cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé que les sommes perçues par des associés personnes physiques au titre du rachat par une SARL de ses propres titres suivi de leur annulation, devaient, dès lors que la réduction de capital n'était pas motivée par des pertes, relever, eu égard à la finalité de l'opération, du régime fiscal prévu au 1° de l'article 112 du CGI (dividendes) et non au 6° du même article (plus-values sur cession de titres).

Impact. - Cette décision, inédite, suscite de nombreuses interrogations au sein de la communauté fiscale. Sa portée doit toutefois être relativisée : sur le fond, elle semble frappée d'une double erreur de droit en tant qu'elle ne donne pas la priorité à la règle spéciale fixant le régime fiscal applicable aux répartitions au profit des associés trouvant leur source dans un rachat de titres sur la règle générale, et qu'elle réintroduit dans le raisonnement des considérations ayant trait à l'objectif poursuivi par l'opération, facteur qui avait précisément été neutralisé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 20 juin 2014 et par le législateur à sa suite ; sur le terrain de la procédure, il nous semble qu'une telle requalification ne saurait être valablement opérée sans recourir à l'abus de droit, supposant l'identification d'un artifice.



EMMANUEL DINH,
maître de conférences à
l'université Paris Dauphine
- PSL, Cr2D, directeur de
l'École de droit de Dauphine
(E2D), directeur du master
de Fiscalité de l'entreprise
(221), avocat à la cour, Cou-
derc Dinh & Associés

CAA Bordeaux, 5^e ch., 16 avr. 2024,
n° 22BX01822, SARL SERCOM : Juris-
Data n° 2024-007949

1. Les faits de l'affaire

Dans l'affaire jugée par la cour administrative de Bordeaux en date du 16 avril 2024 (CAA Bordeaux, 5^e ch., 16 avr. 2024, n° 22BX01822, SARL SERCOM : Juris-Data n° 2024-007949 ; Dr. fisc. 2024, n° 22, comm. 270 ; Dr. sociétés 2024, comm. 99, note J.-L. Pierre), une société, la SARL SERCOM, exerçant une activité de construction d'ouvrages de génie civil, a procédé, à la faveur d'une assemblée générale extraordinaire en date du 17 octobre 2016, à une

réduction de son capital social par voie de rachat de ses propres titres, suivi de leur annulation immédiate. L'opération, visant à la sortie de cinq de ses huit associés, a porté sur 158 parts sociales sur un total de 500 parts composant le capital social, ce dernier passant de 7 622,45 € à 5 213,76 €. Le prix total de rachat des titres, soit 912 888 €, a ainsi été imputé à hauteur de 2 408,69 €, sur le capital, correspondant à la valeur nominale des titres rachetés, et pour le surplus, soit 910 481 €, sur un compte de réserves distribuables, intitulé « autres réserves ».

La société a considéré qu'une telle opération relevait des dispositions du 6° de l'article 112 du CGI, et devait suivre, à ce titre, le régime fiscal des plus-values sur cession de titres. À l'issue d'un contrôle sur pièces, l'administration fiscale a toutefois considéré que les sommes versées aux associés sortants constituaient des revenus distribués au sens du 1 de l'article 109 du CGI, et relevaient donc du régime fiscal prévu au 1° de l'article 112 du CGI. En conséquence, la société a été assujettie au prélèvement forfaitaire non libératoire au taux de

21 %, sur le fondement des dispositions de l'article 117 quater du CGI, et aux prélèvements sociaux au titre de l'exercice clos en 2016. Après avoir succombé devant le tribunal administratif de Martinique (TA Martinique, 12 mai 2022, n° 2100221), la société interjetait appel devant la cour administrative d'appel de Bordeaux.

2. La solution de la cour administrative de Bordeaux

La cour administrative d'appel de Bordeaux va valider la position des juges de première instance et, donc, rejeter l'application du régime des plus-values à l'opération litigieuse dans ces termes : « (...) il résulte de l'instruction, point qui n'est d'ailleurs pas contesté par la société requérante, que l'unique objectif de ce rachat était la réduction de son capital social par diminution du nombre de ses titres. Or, dès lors que cette réduction de capital n'était pas motivée par des pertes, elle s'est traduite par une répartition, au profit des associés, de sommes qui, eu égard à

la finalité de l'opération, répond au régime fiscal prévu au 1° de l'article 112 du code général des impôts et non au 6° du même article. Ainsi, et dès lors qu'il est constant que les autres réserves n'avaient pas été auparavant réparties, c'est à juste titre que l'administration fiscale a estimé que les sommes versées aux associés sortants présentaient le caractère de revenus distribués, et a assujetties ces sommes au prélèvement forfaitaire non libératoire, prévu par l'article 117 quater du code général des impôts, ainsi qu'aux prélèvements sociaux » (pt 4).

3. Analyse critique

A. - Le cadre juridique applicable

Commençons par rappeler le cadre juridique dans lequel s'inscrivait l'opération en cause dans cette affaire, qui semble avoir été quelque peu perdu de vue par la juridiction. Tout d'abord, le 1 de l'article 109 du CGI dispose de façon générale que « Sont considérés comme revenus distribués : 1° Tous les bénéfices ou produits qui ne sont pas mis en réserve ou incorporés au capital ; 2° Toutes les sommes ou valeurs mises à la disposition des associés, actionnaires ou porteurs de parts et non prélevées sur les bénéfices. (...) ». Toutefois, l'article 112 prévoit certaines limites à cette définition large, en précisant notamment que **ne sont pas considérées comme revenus distribués** : « 1° Les répartitions présentant pour les associés ou actionnaires le caractère de remboursements d'apports ou de primes d'émission. Toutefois, une répartition n'est réputée présenter ce caractère que si tous les bénéfices et les réserves autres que la réserve légale ont été auparavant répartis. (...) 6° Les sommes ou valeurs attribuées aux associés ou actionnaires au titre du rachat de leurs parts ou actions. Le régime des plus-values prévu, selon les cas, aux articles 39 duodecies, 150-0 A ou 150 UB est alors applicable. (...) ».

La rédaction du 1° et du 6° de l'article 112 du CGI rappelée ci-avant, applicable à l'ensemble des opérations effectuées à compter du 1^{er} janvier 2015, procède de la réforme du régime fiscal des opérations de rachat de titres, issue de la loi de finances rectificative pour 2014 (V. L. n° 2014-1655, 29 déc. 2014, de finances rectificative pour 2014, art. 88),

par laquelle le législateur a tiré les conséquences de la décision n° 2014-404 QPC du 20 juin 2014, aux termes de laquelle le Conseil constitutionnel avait déclaré contrairement à la Constitution les anciennes dispositions du 6° de l'article 112 du CGI, et différé au 1^{er} janvier 2015 la date de leur abrogation.

En effet, dans leur version antérieure à l'intervention de la censure du Conseil constitutionnel, les dispositions du 6° de l'article 112 du CGI précisaient que n'étaient pas considérées comme revenus distribués « Les sommes ou valeurs attribuées aux actionnaires au titre du rachat de leurs actions, 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. Le régime des plus-values prévu, selon les cas, aux articles 39 duodecies, 150-0 A ou 150 UB est alors applicable ».

Ainsi, n'avaient pas le caractère de revenus distribués, les sommes ou valeurs attribuées aux actionnaires personnes physiques (seule situation en jeu dans le litige, le régime fiscal litigieux ne s'appliquant pas aux associés personnes morales) lorsqu'elles étaient versées à l'occasion d'un rachat de titres réalisé en vue d'une redistribution aux salariés (conditions prévues à l'article L. 225-208 du Code de commerce) ou dans le cadre d'un plan de rachat d'actions (conditions prévues aux articles L. 225-209 à L. 225-212 du Code de commerce), lesdites sommes étant soumises expressément au seul régime des plus-values.

En revanche, hormis ces cas d'exclusion expressément visés par le législateur, les sommes perçues à l'occasion de rachats de titres au profit d'associés personnes physiques étaient assujetties, en vertu du droit applicable à l'époque, à un régime hybride de taxation (résultant de la combinaison des articles 109, 1, 2°, 150-0 D, 8 ter et 161, alinéa 2 du CGI) : d'une part, le régime des plus-values pour la différence entre la valeur d'apport et le prix d'acquisition, et d'autre part, le régime des revenus distribués imposables dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers pour la différence entre le prix de rachat et le prix ou valeur d'acquisition ou de souscription ou, s'il était supérieur, le montant des apports compris dans la valeur nominale des titres rachetés. Tel était donc le cas, entre autres,

des rachats réalisés en vue d'une réduction de capital non motivée par des pertes (C. com., art. L. 225-207). En tout état de cause, la fraction des sommes reçues correspondant au remboursement des apports n'était pas soumise à imposition, en vertu du 1° de l'article 112 du CGI, quel que fût le régime d'imposition applicable. Une telle différence de traitement résultant de la coexistence de deux régimes fiscaux pouvait s'avérer désavantageuse pour les rachats de titres opérés en vue d'une réduction de capital, en raison du régime souvent plus favorable des plus-values de cession de titres pour les personnes physiques, notamment en raison d'abattements selon la durée de détention. Elle fut donc soumise à l'appréciation du Conseil constitutionnel, dans le cadre d'une QPC.

Celui-ci, par sa décision du 20 juin 2014, censura les dispositions du 6° de l'article 112 sur le terrain de l'atteinte au principe de l'égalité devant la loi issu de l'article 6 de la Déclaration de 1789 dans des termes très clairs : « 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 soumises au régime fiscal de droit commun alors que, dans certaines hypothèses prévues par l'article L. 225-209 du même code, un rachat effectué dans le cadre d'un plan de rachat d'actions peut aboutir à une réduction du capital non motivée par des pertes tout en ouvrant droit au bénéfice du régime fiscal des plus-values de cession de valeurs mobilières ; que, par ailleurs, le régime d'imposition de droit commun est applicable, notamment, à un rachat effectué en cas de refus d'agrément conformément à l'article L. 228-24 du même code ; que la différence de traitement entre les actionnaires ou associés personnes physiques cédants pour l'imposition des sommes ou valeurs reçues au titre du rachat de leurs actions ou parts sociales par la société émettrice ne repose ni sur une différence de situation entre les procédures de rachat ni sur un motif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi » (cons. 10).

C'est dans ce contexte que le législateur est intervenu, pour mettre fin à l'iné-

galité de traitement stigmatisée par le Conseil constitutionnel, dans le cadre de la loi de finances rectificative pour 2014. À cette fin, le législateur a fait le choix de la généralisation du régime des plus-values pour les opérations de rachat de titres. Il a donc aménagé les dispositions du 6° de l'article 112 qui devaient être abrogées, afin de prévoir que désormais, les sommes ou valeurs attribuées aux associés ou actionnaires au titre du rachat de leurs parts ou actions ne seraient pas considérées comme des revenus distribués (version applicable du texte dans l'affaire jugée par la cour de Bordeaux). Il a également modifié les dispositions des articles 112, 1°, 120 et 161 du CGI dont la combinaison fondait le régime hybride applicable aux rachats. En particulier, il a supprimé la troisième phrase du 1° de l'article 112, qui prévoyait que « *Les dispositions prévues à la deuxième phrase [prévoyant qu'une répartition n'est réputée présenter le caractère de remboursement que si tous les bénéficiaires et les réserves autres que la réserve légale ont été auparavant réparties] ne s'appliquent pas lorsque la répartition est effectuée au titre du rachat par la société émettrice de ses propres titres* ». Notons que le législateur est allé au-delà de la décision du Conseil constitutionnel, qui ne concernait que les personnes physiques, en généralisant le principe de l'application du régime des plus-values pour les associés et actionnaires personnes physiques et personnes morales, qu'ils soient au demeurant domiciliés en France ou hors de France. C'est pourquoi l'article 209 du CGI a été concomitamment aménagé pour rendre les règles fixées aux articles 108 à 117 du CGI relatives aux « *revenus de capitaux mobiliers* » applicables à la détermination des bénéfices passibles de l'impôt sur les sociétés, à compter du 1^{er} janvier 2015.

Le régime fiscal applicable aux opérations de rachat de titres était donc unifié, quelles que soient la qualité des associés concernés et la procédure utilisée : rachat en vue d'une réduction de capital non motivée par des pertes, rachat en vue d'une attribution aux salariés, ou rachat opéré dans le cadre d'un plan de rachat d'actions. La doctrine administrative elle-même reconnaît d'ailleurs expressément que « *Cette règle s'applique à l'ensemble des rachats effectués à compter du 1^{er} janvier 2015* », sans procé-

der à la moindre distinction selon l'objectif poursuivi par le rachat (V. *BOI-BIC-PVMV-30-30-80-01/04/2015*, § 10). C'est pourquoi cette décision de la cour administrative d'appel de Bordeaux du 16 avril 2024 apparaît pour le moins surprenante.

B. - Les fragilités du raisonnement

La décision précitée du 20 juin 2014 du Conseil constitutionnel avait censuré les dispositions du 6° de l'article 112 du CGI en raison de leur contrariété avec le principe d'égalité devant la loi précisément parce qu'il n'existait pas de différence de situation entre les actionnaires ou associés personnes physiques dont les titres étaient rachetés, selon la procédure de rachat employée, justifiant la différence de traitement fiscal. L'argument sous-tendant le raisonnement consistait précisément à considérer que la procédure de rachat dépendait de l'objectif poursuivi par la société émettrice, alors que la situation des actionnaires ou associés était identique, quelle que fût la procédure de rachat employée, une telle différence de traitement ne reposant sur aucun critère objectif et rationnel en rapport avec l'objet de la loi. Du point de vue de l'associé ou actionnaire bénéficiant du rachat de ses titres, la situation est identique, quelle que soit la procédure de rachat, de même qu'elle est, au demeurant, identique à celle existant en cas de cession des titres à un tiers plutôt qu'à la société émettrice elle-même : l'opération relève du seul régime des plus-values. Le législateur, comme, on l'a vu, a repris clairement ce principe de solution dans les nouvelles dispositions du 6° de l'article 112 du CGI qui tout à la fois excluent de la catégorie des revenus distribués les sommes ou valeurs attribuées aux associés ou actionnaires au titre du rachat de leurs parts ou actions, en même temps qu'elles prévoient expressément que le régime des plus-values leur est applicable.

Sous ces considérations, il apparaît difficile de comprendre la réapparition, dans le raisonnement des juges de la cour de Bordeaux, du critère de l'objectif poursuivi par l'opération de rachat de titres aux fins de détermination du régime fiscal applicable à l'opération, dès lors qu'il avait été, concrètement, neutralisé par le Conseil constitutionnel dans son analyse de com-

parabilité des situations des actionnaires concernés. Si l'on analyse la syntaxe de la décision, on comprend en effet que c'est la réduction du capital à la suite du rachat de titres, présentée comme « *l'unique objectif* » de ce dernier, qui, dès lors qu'elle n'était pas motivée par des pertes, a justifié, selon les juges du fond, l'application du régime applicable, de manière générale, aux « *répartitions* » au profit des associés, commandant la prise en compte de l'existence ou non de réserves. Cette approche appelle deux séries de remarques.

Tout d'abord, la lecture faite par les juges de Bordeaux apparaît frappée d'une erreur de droit. En effet, la règle posée par le 6° de l'article 112 du CGI, visant spécifiquement « *les sommes ou valeurs attribuées aux associés ou actionnaires au titre du rachat de leurs parts ou actions* » fait figure de **règle spéciale** par rapport à la norme générale du 1° de l'article 112 du CGI, qui vise de façon indifférenciée les « *répartitions* » au profit des associés ou actionnaires. Il nous paraît acquis qu'il ne saurait exister de différence de nature entre la notion de « *sommes ou valeurs attribuées au titre du rachat* » aux associés ou actionnaires et celle de « *répartitions* » à leur profit, mais plus exactement que la seconde englobe en réalité la première qui en est une des modalités possibles. C'est d'ailleurs si vrai que, comme rappelé plus haut, la troisième phrase du 1° de l'article 112 du CGI prévoyait, avant la réforme opérée par le législateur de 2014, que « *Les dispositions prévues à la deuxième phrase ne s'appliquent pas lorsque la répartition est effectuée au titre du rachat par la société émettrice de ses propres titres* ». Cette phrase a été supprimée à la faveur de la réforme, dès lors qu'il est apparu qu'elle perdait tout effet utile eu égard, précisément, à l'adoption du 6° de l'article 112 du CGI dans sa nouvelle version.

Aujourd'hui, même si le 1° de l'article 112 du CGI n'auto-limite plus, *expressis verbis*, l'application de sa mécanique propre lorsque sont en jeu des opérations de rachat par la société émettrice de ses propres titres, il n'en demeure pas moins que l'adage *specialia generalibus derogant* suffit à lui seul à faire prévaloir la règle spéciale du 6° de l'article 112 du CGI sur la règle générale du 1° du même article, dès lors que les sommes ou valeurs procédant d'un rachat de titres

constituent bien des « répartition » au profit des associés ou actionnaires. Le défaut de raisonnement sur l'articulation des deux alinéas de l'article 112 du CGI, qui aurait dû conduire en toute logique juridique à une neutralisation de la voie d'accès à la norme générale du 1^o de l'article 112 du CGI, nous paraît donc constituer une carence dirimante de l'arrêt du 16 avril 2024 qui commandera la cassation par le Conseil d'État. Au-delà, l'application du régime fiscal des distributions de dividendes à la répartition des sommes litigieuses aurait pu, en théorie, s'expliquer si l'opération apparente ne correspondait pas à l'opération réelle. Sur ce point, la lecture des conclusions de rapporteur public sur la décision de première instance nous renseigne sur le contexte du litige : « Ces dispositions ne visent toutefois que strictement le rachat, par une société, des parts détenues par un de ses associés. La situation d'espèce est quelque peu différente, puisque les titres rachetés ont été immédiatement annulés, dans le cadre d'une réduction du capital social, non motivée par des pertes. Il vous appartient donc, comme vous le suggère l'administration, de vous focaliser sur l'objectif de

l'opération, plus que sur la méthode utilisée, or il ne fait aucun doute que l'objectif poursuivi par la société Sercom était bel et bien de verser des sommes aux associés sortants, correspondant à leur part dans les réserves de la société. La société Sercom ne conteste d'ailleurs pas que cette opération n'était qu'un prélude à la dissolution ultérieure de la société, qui n'a quasiment plus d'activité » (F. Lancelot, *concl. ss TA Martinique, 12 mai 2022, n° 2100221, préc., souligné par nous*). Si la première partie de ce passage nous semble discutable pour les raisons précitées - l'assujettissement de l'opération au régime fiscal d'une réduction de capital « sèche » en regard de l'objectif poursuivi par le rachat de titres est infondé puisque le Conseil constitutionnel, suivi en cela par le législateur, a précisément neutralisé le facteur de la finalité dudit rachat - la seconde partie peut donner une indication sur la raison pour laquelle le différend s'est ainsi noué, à savoir le contexte liquidatif dans lequel se trouvait la société. Néanmoins, les deux décisions des juges du fond ne font pas elles-mêmes explicitement référence à cette circonstance particulière.

Au-delà, même si l'on devait accepter la prise en compte implicite de ce contexte spécifique, on voit mal comment l'application du régime fiscal des dividendes, conformément à la logique prévalant en présence d'un boni de liquidation, aurait pu jouer en l'absence de déqualification-requalification de l'opération de rachat de titres. Si la cour administrative d'appel de Bordeaux s'est déjà illustrée, assez récemment, dans une affaire d'apport-cession avec soulte, par une remise en cause du régime de report d'imposition de la plus-value au moyen d'une requalification de l'opération en-dehors de la procédure de l'abus de droit (V. CAA Bordeaux, 4^e ch., 25 oct. 2022, n° 20BX02422), il nous semble qu'en l'espèce, il était en tout état de cause difficile d'appliquer aux sommes remises aux associés le régime fiscal des revenus distribués sans passer par la voie de l'abus de droit. Pour autant, le moyen de la société requérante tiré de la mise en œuvre d'un abus de droit « rampant » a été rejeté par la cour de Bordeaux (V. pt 2). Décidément il s'agit d'une bien étrange décision.