

N° RG 17/01024 - N° Portalis DBVX-V-B7B-K25L

Décisions :

- Tribunal de Grande Instance de LYON

Au fond du 07 mai 2013

RG : 12/04051

ch n°9

- Cour d'Appel de LYON

Au fond du 04 décembre 2014

RG : 13/04515

1ère chambre civile A

- Cour de Cassation Civ.3

du 13 octobre 2016

Pourvoi n°F 15-13.382

Arrêt n°1108 F-D

A

C/

DIRECTION GENERALE DES FINANCES PUBLIQUES

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**COUR D'APPEL DE LYON**

**1ère chambre civile B**

**ARRET DU 13 Novembre 2018**

**statuant sur renvoi après cassation**

**APPELANT :**

**M. Henri A**

## INTIMÉ :

La **DIRECTION GENERALE DES FINANCES PUBLIQUES** prise en la personne de l'Administratrice Générale des Finances Publiques de la Direction spécialisée de contrôle fiscal Rhône-Alpes Bourgogne (devenue Direction spécialisée de contrôle fiscal Centre-est à compter du 1er septembre 2017) qui élit domicile en ses bureaux sis

\* \* \* \* \*

Date de clôture de l'instruction : **17 Mai 2018**

Date des plaidoiries tenues **en audience publique** : **16 Octobre 2018**

Date de mise à disposition : **13 Novembre 2018**

### **Composition de la Cour lors des débats et du délibéré :**

- Françoise CARRIER, président
- Michel FICAGNA, conseiller
- Florence PAPIN, conseiller

assistés pendant les débats de Myriam MEUNIER, greffier

A l'audience, **Françoise CARRIER** a fait le rapport, conformément à l'article 785 du code de procédure civile.

Arrêt **contradictoire** rendu **publiquement** par mise à disposition au greffe de la cour d'appel, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 450 alinéa 2 du code de procédure civile,

Signé par Françoise CARRIER, président, et par Myriam MEUNIER, greffier, auquel la minute a été remise par le magistrat signataire.

\* \* \* \*

## EXPOSÉ DE L'AFFAIRE

Le 2 novembre 1990, la SCI A IMMOBILIER a été constituée par M. Louis A et son fils, M. Henri A.

Lors de l'assemblée générale extraordinaire du 18 avril 2006, le capital de la SCI a été augmenté pour être porté de 762 € à 800 € puis à 15 000 €. Seul M. Henri A ayant souscrit à cette augmentation, à la suite de celle-ci, M. Louis A, détenteur à l'origine de 98% du capital, ne dispose plus que de 5,22% alors que M. Henri A est devenu titulaire de 94,77%.

En 2009, la SCI A IMMOBILIER a fait l'objet d'un contrôle fiscal.

L'administration a considéré qu'en renonçant à son droit préférentiel de souscription sans contrepartie lors de la seconde augmentation de capital, M. Louis A avait consenti au profit de M. Henri A à une donation indirecte passible de droits d'enregistrement d'un montant de 44 710 €.

En outre, l'administration a reproché à M. Henri A une insuffisance de droits d'enregistrement concernant une donation intervenue postérieurement pour laquelle il avait été omis de faire masse de

la donation indirecte.

L'administration fiscale a émis le 15 juin 2011 un avis de mise en recouvrement pour les sommes de 63 933 € en principal et 8 590 € au titre de l'intérêt de retard.

M. Henri A a formé une réclamation contentieuse le 8 juillet 2011 qui a fait l'objet d'une décision de rejet en date du 9 janvier 2012.

Par acte d'huissier du 7 mars 2012, il a fait assigner la Direction générale des finances publiques devant le tribunal de grande instance de LYON en annulation de l'avis de mise en recouvrement.

Par jugement du 7 mai 2013, le tribunal a rejeté sa demande.

Par arrêt du 4 décembre 2014, la cour d'appel de Lyon a confirmé le jugement en toutes ses dispositions.

M. Henri A s'est pourvu en cassation et, par arrêt du 13 octobre 2016, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a cassé et annulé, en toutes ses dispositions, l'arrêt du 4 décembre 2014 aux motifs que, pour rejeter la demande d'annulation de l'avis de mise en recouvrement, l'arrêt retenait qu'un droit préférentiel de souscription était expressément mentionné dans la septième résolution visée par le procès-verbal de l'assemblée générale, aux termes de laquelle

M. Louis A déclarait renoncer personnellement et individuellement à ce droit, et que ces motifs ne suffisaient pas à établir un droit préférentiel de souscription dont M. Louis A aurait été titulaire.

Par déclaration du 9 février 2017, M. Henri A a saisi la cour d'appel de LYON autrement composée désignée comme juridiction de renvoi.

Au terme de conclusions notifiées le 27 février 2018, il demande à la cour d'infirmier le jugement rendu par le tribunal de grande instance de Lyon le 7 mai 2013 en toutes ses dispositions et de :

- déclarer nul et de nul effet l'avis de mise en recouvrement n°10.05.05174 du 15 juin 2011 et la mise en demeure de payer n°3748-P du 21 mai 2013,

- ordonner la restitution de la somme de 72 523 € correspondant au versement effectué au titre des deux redressements ayant fait l'objet des avis précités au titre des droits d'enregistrement et intérêts de retard,

- ordonner la restitution à M. Henri A de la somme de 6 137 € versée ensuite de la décision querellée au titre des intérêts de retard (article 1727 du CGI) pour la période de juin 2011 à juin 2013,

- condamner l'Etat français à lui payer les intérêts moratoires prévus par les dispositions de l'article L .208 du livre de procédure fiscale pour la période comprise entre le mois de juin 2013 (règlement des condamnations) et la date à laquelle interviendra la restitution,

- condamner l'Etat français à lui verser la somme de 7 500 € au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile et aux entiers dépens.

Il fait valoir :

- qu'aucun droit préférentiel de souscription n'existe puisque la SCI A IMMOBILIER est une société civile et que ses statuts ne prévoient pas l'existence de ce droit,

- que la renonciation au droit préférentiel de souscription par M. Louis A lors de l'assemblée générale ne suffit pas à établir l'existence de ce droit,

- que la mention d'une renonciation au procès-verbal est une simple erreur,
- qu'aucun droit préférentiel de souscription n'a pu être créé par la même assemblée générale dès lors que cette question n'est pas mentionnée dans la convocation à l'assemblée générale et qu'aucune résolution ne crée un tel droit,
- que l'enregistrement du procès-verbal est obligatoire s'agissant d'une augmentation de capital,
- qu'en toute hypothèse, la renonciation à un droit préférentiel de souscription ne constitue pas une donation indirecte puisque M. Louis A ne s'est pas appauvri, la valeur et le nombre de ses parts n'ayant pas été modifiés,
- que la SCI n'était propriétaire d'aucun bien immobilier étant simplement dans les liens d'un crédit bail immobilier, que sa situation vis à vis de son bailleur était délicate, que les locaux n'ayant trouvé ni preneur ni acquéreur depuis plusieurs années, elle est chroniquement déficitaire,
- que la souscription à l'augmentation de capital a majoré son risque patrimonial et qu'il s'est appauvri, ayant été contraint d'injecter des fonds pour éviter l'éviction de la SCI par le crédit bailleur,
- que l'intention libérale et son acceptation de la donation ne sont pas démontrées,
- qu'en l'absence de donation indirecte, l'abattement consenti dans le cadre de la donation de 600 parts de la société STRIM demeure valable, ce qui rend infondé le second redressement.

Au terme de conclusions notifiées le 24 avril 2018, la Direction générale des finances publiques demande à la cour de :

- confirmer le jugement dont appel en ce qu'il a déclaré infondée la demande de M. Henri A,
- rejeter la demande fondée sur l'article 700 du code de procédure civile et la demande de condamnation de l'administration aux entiers dépens de l'instance,
- condamner M. Henri A aux entiers dépens, ceux d'appel étant directement recouvrés par la SCP B.

Elle fait valoir :

que bien que la SCI A IMMOBILIER soit une société civile, un droit préférentiel de souscription peut être prévu,

- que l'existence du droit préférentiel résulte de la renonciation expresse de M. Louis A à son droit préférentiel de souscription lors de l'assemblée générale qui démontre une rencontre de volonté des deux associés destinée à produire des effets de droit,
- que cette mention ne peut être une simple erreur, laquelle aurait été corrigée antérieurement ou postérieurement à l'enregistrement du procès-verbal,
- qu'en toute hypothèse, le caractère erroné du procès-verbal de l'assemblée générale est inopposable à l'Administration,
- que la renonciation au droit préférentiel n'est pas subordonnée à sa création,
- que la renonciation au droit préférentiel constitue une donation indirecte au profit de M. Henri A puisque M. Louis A s'est irrévocablement privé du bénéfice de la souscription à l'augmentation du capital, que cette renonciation a permis à M. Henri A d'acquérir des parts à une valeur inférieure, que l'absence de contrepartie à cette renonciation établit l'intention libérale, et que l'acceptation de la donation résulte de la souscription de 14 200 parts par M. Henri A,

- que la SCI à la date d'évaluation était à jour du paiement de ses loyers et que les difficultés rencontrées avec son bailleur n'ont jamais abouti à son éviction,

- que la donation indirecte a été exactement évaluée à 384 267 € sur la base de la valeur de l'immeuble déterminée par comparaison avec des biens intrinsèquement similaires, déduction faite des sommes restant dues au crédit bailleur (prix de rachat et loyers restant à courir), ce qui justifie le montant des droits d'enregistrement litigieux.

### **MOTIFS DE LA DÉCISION**

La loi ne confère pas aux associés des sociétés civiles un droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital.

Les statuts de la SCI A IMMOBILIER ne prévoient pas plus cette faculté. La convocation à l'assemblée générale du 18 avril 2006 ne comportait aucune disposition prévoyant la création d'un droit préférentiel de souscription, aucune résolution n'a été votée en ce sens de sorte que ce droit n'a pu être créé par cette assemblée générale et qu'il ne saurait être tiré de la renonciation contenue dans la septième résolution invoquée par l'administration fiscale la preuve de l'existence préalable d'un droit préférentiel de souscription.

On ne peut pas renoncer à un droit qui n'existe pas de sorte que la renonciation erronée contenue dans la résolution litigieuse est dépourvue de tout effet. L'enregistrement du procès-verbal, s'agissant d'une formalité obligatoire, n'a pu avoir pour effet de créer un droit inexistant. Cette analyse est opposable à l'administration, les dispositions de l'article 1844-16 du code civil sur l'opposabilité aux tiers de bonne foi de la nullité de la société étant étrangères à l'espèce.

Il convient dès lors, sans qu'il y ait lieu de rechercher l'existence d'une intention libérale de M. Louis A, de réformer le jugement déféré et d'annuler le redressement litigieux.

Le redressement au titre des parts de la SCI C n'est que la conséquence de la qualification de l'absence de souscription de M. Louis A à l'augmentation de capital en donation indirecte de sorte que l'avantage fiscal tiré des dispositions du Pacte DUTREIL dans le cadre de la donation de 600 parts de la SARL C consentie par les époux A à leur fils ne peut donner lieu au versement de droits supplémentaires.

Il convient en conséquence de réformer le jugement déféré et d'annuler l'avis de mise en recouvrement du n°10 05 05174 du 15 juin 2011.

### **PAR CES MOTIFS**

**LA COUR,**

Réforme le jugement déféré ;

Statuant à nouveau,

Annule l'avis de mise en recouvrement n°10.05.05174 du 15 juin 2011 et la mise en demeure de payer n°3748-P du 21 mai 2013 ;

Ordonne la restitution à M. Henri A des sommes versées en exécution de cet avis de mise en recouvrement, outre les intérêts moratoires prévus par les dispositions de l'article L.208 du livre des procédures fiscales à compter du jour du paiement ;

Condamne la Direction générale des finances publiques à payer à M. Henri A la somme de 2 500 € en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

La condamne aux dépens comprenant ceux exposés en première instance et ceux exposés dans le

cadre des deux instances d'appel.

LE GREFFIER LA PRÉSIDENTE