

FISCALITÉ

1191

Pourquoi la numérotation d'actions est possible

Du point de vue fiscal, l'intérêt de la numérotation des actions est manifeste tant au regard du régime *Dutheil*, qu'en matière d'imposition des plus-values. La question de la validité juridique d'une telle numérotation est donc au cœur des réflexions patrimoniales. La Fédération nationale droit du patrimoine considère qu'une société peut parfaitement numérotter ses actions. La démonstration de cette possibilité ici présentée précèdera l'analyse de la portée fiscale de cette numérotation (V. étude *infra* JCP N 2015, n° 44, 1192).

Rapport rédigé par :

Renaud Mortier,

professeur agrégé de droit privé, président de la FNDP

et Pascal Julien Saint-Amand,

docteur en droit, notaire

1 - Contrairement à ce que l'on voit trop souvent affirmé, les actions peuvent être numérotées. Rien ne s'y oppose, pas même la fongibilité des actions (1), ni même leur dématérialisation (2). Le seul obstacle à la numérotation des actions nous semble être, pour les actions admises à la négociation d'un marché organisé, l'anonymat du marché (3).

1. Fongibilité

2 - **Définition de la fongibilité** - La notion de fongibilité a été forgée par le droit romain, où elle n'était pas nommée comme telle, et formait en droit des obligations une pierre angulaire de la théorie des risques¹. La notion de fongibilité n'est pas définie par la loi française². Tout au plus l'évoque-t-elle expressément dans deux articles du Code civil (*art. 1291 relatif à la compensation légale*³ ; *art. 1326 traitant du droit de la preuve*⁴) et dans deux autres du Code de commerce (*art. L. 522-24, al. 2 et 4 relatif au warrant des maga-*

*sins généraux*⁵ ; *art. L. 621-122, al. 3 concernant la revendication des marchandises dans les procédures collectives*⁶). La notion de fongibilité repose essentiellement sur l'interchangeabilité⁷. Carbonnier la définissait de la manière suivante : « Les biens fongibles [...] sont les biens interchangeables, ceux qui peuvent se remplacer indifféremment les uns les autres, faire fonction les uns des autres, dans les paiements et restitutions. Les biens non fongibles sont ceux que l'on considère dans leur individualité et qui ne sauraient, partant, être remplacés les uns par les autres »⁸.

3 - **Application aux actions** - On comprend ainsi immédiatement que les actions d'une même société sont fongibles, dès lors qu'elles confèrent exactement les mêmes droits, et donc sont issues d'une même catégorie. L'article L. 228-1, alinéa 2 du Code de commerce dispose que « les valeurs mobilières sont des titres financiers au sens de l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier, qui confèrent des droits identiques par catégorie ». Il s'ensuit qu'au sein d'une même catégorie, les actions sont parfaitement interchangeables, et peuvent être tenues comme parfaitement équivalentes les unes aux autres. C'est pourquoi la fongibilité « par catégorie » est généralement

1 Monier, Manuel élémentaire de droit romain, t. I, 6^e éd., Domat-Montchrestien, 1947, n°252-2°.

2 À l'inverse de certains droits étrangers comme le droit civil espagnol (*Código civil*, art. 337) ou le BGB allemand (art. 91).

3 C. civ., art. 1291 : « La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles ».

4 C. civ., art. 1326 : « L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite de sa main, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres ».

5 C. com., art. L. 522-24, al. 2 : « Les marchandises fongibles déposées en magasin général et sur lesquelles il a été délivré un récépissé et un warrant peuvent être remplacées par des marchandises de même nature, de même espèce et de même qualité ». - C. com., art. L. 522-24, al. 4 : « il peut être délivré un récépissé et un warrant sur un lot de marchandises fongibles à prendre dans un lot plus important ».

6 C. com., art. L. 621-122, al. 3 in fine : « La revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsque se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et qualité ».

7 G. Cornu, *Droit civil, Les biens : Montchrestien*, 13^e éd., 2007, p. 39 : « des choses sont fongibles, au sens strict du terme, lorsqu'elles sont rigoureusement équivalentes comme instruments de paiement ou de restitution : le débiteur d'une chose fongible est en droit de désintéresser le créancier en lui remettant tout objet du même genre ».

8 J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens : Quadriga*, 2004, n° 715.

présentée comme un trait caractéristique des valeurs mobilières⁹ et donc des actions.

4 - Application aux actions numérotées - Contrairement à ce que croient certains, la numérotation des actions ne vient en aucun cas contrarier la fongibilité des actions par catégorie. Ce n'est pas en effet parce que les actions sont individualisées par un numéro qu'elles acquièrent une originalité les empêchant d'être équivalentes les unes des autres. Comme l'a très bien démontré le professeur Pierre-Grégoire Marly dans sa thèse de doctorat, « l'individualisation n'est pas exclusive de la fongibilité »¹⁰. Le meilleur exemple est celui des billets de banque : tout le monde reconnaît que les billets d'une même valeur sont fongibles entre eux, et pourtant, les billets sont numérotés. Il n'en va pas différemment de certains biens de consommation individualisés par des numéros ou des codes-barres : la numérotation de bouteilles identiques d'un même cru n'est pas normalement essentielle pour celui qui les acquiert ; peu importe le numéro, pourvu qu'on ait l'ivresse... Enfin, avant que les actions au porteur n'accèdent à la dématérialisation au début des années 1980, elles étaient des titres papier numérotés. La numérotation ne faisait pas obstacle à leur fongibilité : là encore, des actions Saint-Gobain étaient des actions Saint-Gobain, interchangeables et donc fongibles par catégorie, peu important leur numéro. La numérotation des actions avait d'ailleurs une fonction bien spécifique qui n'était pas de rendre l'action comme telle originale et donc non assimilable aux autres : numéroté des actions permettait de combattre efficacement les risques de perte, de vol, ou encore de falsification, tout en permettant de distinguer les titres « coupon attaché » (pour lesquels le dividende avait été versé, le coupon de l'année correspondante ayant été détaché de l'action) des titres « coupon détaché » (pour lesquels au contraire le dividende n'avait pas été servi). On retrouve dans les billets de banque ces trois premières fonctions de la numérotation.

5 - Doctrine soutenant que la numérotation des actions contrarie leur fongibilité - Malgré ce qui peut apparaître comme évident, de nombreux auteurs contestent le fait que les actions puissent être numérotées. À l'appui de cette affirmation, il est prétendu notamment que la numérotation, et donc l'individualisation qu'elle réalise, empêchent les actions numérotées d'être fongibles entre elles, ce qui est contraire à la fongibilité naturelle des valeurs mobilières. Un tel raisonnement repose sur une projection des « choses fongibles » sur les « choses de genre », à l'exclusion de tous les « corps certains ». Ne pourraient ainsi être fongibles entre elles que des choses susceptibles d'être confondues avec d'autres sans moyen de les démêler, c'est-à-dire que des choses non individualisées. Selon ce courant doctrinal, les biens fongibles seraient nécessairement des choses de genre et les choses de genre seraient nécessairement des biens fongibles¹¹. Ainsi, pour rester fongibles, les actions devraient ne pas être numérotées,

sans quoi elles deviendraient individualisées et comme telles, cesseraient d'être des choses de genre pour devenir des corps certains, perdant en conséquence leur caractère de chose fongible¹² pourtant imposé par la loi et nécessaire à leur échange sur le marché.

6 - Critique - Il est vrai que numéroté des actions aboutit à les identifier, à les individualiser, et ainsi à en faire non plus des choses de genre mais des corps certains. Mais il ne faut pas en conclure que ce faisant, les actions cessent d'être fongibles. Le numéro de l'action ne change rien aux droits qu'elle confère et plus généralement à ses caractéristiques essentielles qui font sa valeur. Pour reprendre la définition précitée de la fongibilité, les actions d'une même catégorie, bien que numérotées, restent des « biens interchangeables, [...] qui peuvent se remplacer indifféremment les uns les autres, faire fonction les uns des autres, dans les paiements et restitutions »¹³. Affirmer le contraire revient à confondre choses fongibles et choses de genre, en oubliant qu'un corps certain peut être exactement le même qu'un autre corps certain, ce que sont deux billets de banque numérotés de même valeur, ce que sont deux actions numérotées de même catégorie. C'est en somme ce qu'écrivait dès 1940 Humbert, qui défendait la fongibilité des actions numérotées de la même catégorie dans les termes suivants : « Un dernier argument pourrait nous être opposé : sur chaque titre figure un numéro d'ordre qui les individualise et en ferait une chose non fongible. Mais ce numéro est un simple signe distinctif qui ne change rien aux caractéristiques intrinsèques du titre : il ne lui donne ni plus ni moins de valeur, et le possesseur du titre n° x a tout autant de droits que celui du titre n° y »¹⁴. Pour dire les choses autrement, deux titres identiques ne cessent pas d'être identiques parce qu'on les numérote¹⁵. Comme a pu l'écrire le professeur Anne Laude dans son article de référence consacré à la fongibilité : « La numérotation des parts sociales ou des valeurs mobilières n'est pas un obstacle à la fongibilité car ce qui fonde la fongibilité des valeurs mobilières, c'est qu'elles représentent des valeurs scripturales sans individualité ».

2. Dématérialisation

7 - Thèse faisant de la dématérialisation un obstacle à la numérotation - La dématérialisation semble à première vue être un argument plus fondamental à l'encontre de la numérotation, car comment peut-on numéroté un actif qui n'a pas de support matériel ? Ainsi, dans un article se référant à l'édition de 1984 du Traité de droit commercial de Ripert et Roblot, le professeur Thierry Bonneau écrivait en 1988 : « [...] la valeur mobilière constitue un bien incorporel et non individualisable. Si elle a un caractère incorporel,

n° 53. - Fr. Terré et Ph. Simler, *Droit civil, Les biens* : Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2002, n° 11.

12 V. la démonstration en ce sens de P.-G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens* : LGDJ, Bibl. Institut André Tunc, t. 4, 2004, n° 134 et s.

13 J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens* : Quadriga, 2004, n° 715.

14 H. Humbert, *Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles*, thèse, Domat-Montchrestien, 1940, p. 22.

15 A. Laude, *La fongibilité : diversité des critères et unité des effets* : RTD com. 1995, p. 307, n° 14.

9 V. en ce sens not. Fr.-X. Lucas, *Retour sur la notion de valeur mobilière* : Bull. Joly sociétés 2000, § 185, p. 765, spéc. n° 28 et s.

10 P.-G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle* : LGDJ, coll. Bibl. Institut A. Tunc, t. 4, 2004, n° 131.

11 V. not. en ce sens Ch. Atias, *Droit civil, Les biens* : Litec, 7^e éd., 2003, n° 38. - J. Carbonnier, *Droit civil, t. III, Les biens* : PUF, coll. Thémis, 19^e éd., 2000,



© PLANTIER - ISTOCKPHOTO

en ce sens qu'elle consiste en une chose impalpable, immatérielle et non transmissible de la main à la main, elle n'est ni individualisée ni individualisable. À titre d'exemple, une personne n'est pas titulaire des valeurs mobilières n° 20 à 30 ; elle est titulaire de dix valeurs mobilières sans qu'il soit possible de les identifier les unes par rapport aux autres. Les valeurs mobilières sont fongibles »¹⁶. L'idée a été reprise par Arnaud Reygrobellet dans sa thèse de doctorat consacrée en 1995 à la notion de valeur mobilière, dans des termes assez identiques : « Il est indéniable que depuis leur dématérialisation, les valeurs mobilières ne sont plus ni individualisées, ni individualisables. Pour déterminer la substance des droits d'un épargnant, la seule référence possible est d'établir une fraction numérique dans une collectivité homogène. À titre d'exemple, une personne n'est pas titulaire de valeurs mobilières n° 20 à 30 ; elle est titulaire, dans la catégorie considérée, de dix unités, sans qu'il soit possible de les identifier les unes par rapport aux autres »¹⁷.

8 - Critique de la thèse faisant de la dématérialisation un obstacle à la numérotation. – L'argument faisant de la dématérialisation un obstacle à la numérotation des actions ne résiste pas à l'analyse. L'idée même qu'une chose ne puisse pas être « individualisable » est assez curieuse. Toute chose peut en effet être individualisée, et passer ainsi du général au particulier, de l'abstrait au concret. Un litre d'eau de mer perdu dans l'océan peut être mis en bouteille, et s'il existe mille bouteilles de ce type elles peuvent encore être numérotées. Que le caractère immatériel d'une chose, en l'occurrence des

actions, puisse être considéré comme s'opposant naturellement et inéluctablement à l'individualisation et donc à la numérotation est tout autant surprenant. Rien dans l'immatérialité ne permet d'arriver à une telle conclusion, et nous peinons à apercevoir quel argument irait en ce sens. D'une part, on peut identifier l'adresse IP d'un ordinateur alors que celle-ci est dématérialisée. D'autre part, les exemples de titres dématérialisés et numérotés existent et sont assez nombreux. Ainsi est-il de pratique courante de numérotter les parts sociales (sociétés civiles, SARL, SNC), et il est même parfois écrit qu'une telle numérotation est obligatoire alors que la loi ne l'impose pas. Il en va de même des actions de sociétés : rien n'oblige à les numérotter, mais rien ne l'interdit non plus ; les actions sont d'ailleurs déjà identifiées en pratique par une lettre identifiant leur catégorie d'appartenance (O, A, B, C...), ce que désigne aux États-Unis d'Amérique le terme « alphabet stocks ». Quant aux parts sociales, elles n'ont pas de matérialité, mais sont numérotées en pratique malgré le silence de la loi à ce sujet ; les actions n'ont pas non plus de matérialité, et même si la pratique ne les numérote que rarement, rien n'interdit de le faire. Dans toutes ces hypothèses, parts sociales ou actions, la numérotation transforme certes les titres qui en font l'objet en des corps certains, mais pour autant ils n'en restent pas moins fongibles entre eux dès lors qu'émis par la même société ils confèrent les mêmes droits. Il faut également souligner qu'en droit anglais, les *shares*, équivalents de nos parts et actions, doivent être numérotées sauf exceptions. L'article 543 du *Companies Act 2006*, intitulé *numbering of shares*¹⁸ (numérotation des parts), dispose

16 Th. Bonneau, *La diversification des valeurs mobilières : ses implications en droit des sociétés* : RTD com. 1988, n° 80.

17 A. Reygrobellet, *La notion de valeur mobilière*, thèse Paris 2, 1995, vol. 2, n° 1119.

18 « Section 543 Numbering of shares

(1) Each share in a company having a share capital must be distinguished by its appropriate number, except in the following circumstances.

(2) If at any time :

en effet que « chaque part dans une société doit être distinguée par un numéro, excepté » lorsque toutes les parts sont libérées auquel cas la numérotation est simplement facultative¹⁹. Or les *shares* sont immatérielles, et résultent d'une inscription sur un registre.

9 - Pour terminer, nous ajouterons deux arguments.

10 - Le **premier argument** est tiré de l'analyse adoptée par l'administration fiscale. Cette dernière envisage noir sur blanc dans le BOFIP la numérotation des actions. Ainsi affirme-t-elle qu'« en cas de cession d'actions, parts, droits ou titres identifiables (par exemple : titres numérotés, titres inscrits sur un registre tenu par la société, etc.), le gain net de cession des actions, parts, droits ou titres est déterminé, pour chaque action, part, droit ou titre cédé, à partir de son prix effectif d'acquisition ou de souscription »²⁰.

11 - Le **second argument** est tiré d'une simple observation de la pratique. De nombreuses actions sont d'ores et déjà numérotées, et nous avons souvent rencontré de ces statuts où figure une telle numérotation, ce qui achève de démontrer que la dématérialisation, pas plus que le concept de fongibilité, ne s'opposent à la numérotation des actions. Pour ne faire état que des statuts de sociétés appelés à une certaine notoriété, une brève recherche nous a permis d'identifier sept arrêts de cours d'appel faisant état d'actions numérotées.

• Trois d'entre eux concernent des sociétés anonymes de droit commun :

- l'arrêt rendu le 2 juillet 2014 par la cour d'appel de Paris faisant état de ce que les sept actions de la SA Résidence du bois d'Aurouze sont « numérotées de 1 à 7 »²¹ ;

- l'arrêt rendu le 2 juillet 2012 par la cour d'appel de Poitiers, faisant état de la cession de « 45 actions numérotées 3 846 à 3 890 » de la SA MHO²² ;

- l'arrêt rendu le 3 septembre 2009 par la cour d'appel de Montpellier, évoquant la donation, par des parents à leur fils aîné, de la nue-propriété de 9 461 actions de la SA des établissements Albert A., « appartenant pour 6 543 actions numérotées de 2 à 6 544 à M.

Albert A. et pour 2918 actions numérotées de 14 351 à 17 268 à M^{me} Marie-Thérèse P. »²³ ;

• Quatre d'entre eux concernent des sociétés anonymes immobilières d'attribution, pour lesquelles l'article L. 212-2 du Code de la construction et de l'habitation exige l'identification de « groupes » de titres de capital ouvrant droit chacun à des lots identifiés ; il est vrai que la numérotation peut être un moyen d'identifier ces groupes par séries, tout aussi efficacement que permet de le faire la désignation dudit groupe par une lettre de l'alphabet :

- l'arrêt rendu le 14 juin 2011 par la cour d'appel de Poitiers, évoquant « la cession des actions numérotées 1 031 à 1 040 de la SA Port de Plaisance de l'Herbaudière »²⁴ ;

- l'arrêt rendu le 30 novembre 2007 par la cour d'appel d'Aix-en-Provence, faisant état des actions numérotées de la SA Port privé Marina Baie des Anges, les « actions numérotées 81 598 donnant vocation à l'attribution et à la jouissance du poste de mouillage numéro 315 » ;

- l'arrêt rendu le 16 mai 2007 par la cour d'appel d'Aix-en-Provence, évoquant, de manière très comparable aux cas précédents, les actions de la SA Yacht Club International de Saint-Laurent-du-Var, et tout spécialement celles « numérotées 20 577 à 20 603 du groupe [catégorie] C donn[ant] droit à l'usage du port et à la jouissance privative d'un local à usage commercial dit cellule n° 25 de 22 m² avec possibilité d'utilisation commerciale du trottoir mais sans droit d'y édifier la moindre construction »²⁵ ;

- l'arrêt rendu le 2 juin 2006 par la cour d'appel de Versailles, évoquant les actions numérotées de la SA Immobilière de Fontenay Le Fleury Village, et tout spécialement 3 lots d'actions donnant droit chacun à l'usage et à l'attribution de lots de copropriété différents en cas de retrait de la société : « actions numérotées de 33 966 à 33 977 (12) et 44 785 à 45 145 (361) et 82 114 à 82 139 (19) »²⁶.

3. Obstacle tiré de l'anonymat du marché

12 - **L'anonymat sur les marchés organisés** - Le seul obstacle à la numérotation des actions nous semble être, pour les actions admises aux négociations d'un marché organisé, l'anonymat du marché. Ce type de marché repose en effet sur l'anonymat des parties aux différentes négociations : nul ne doit savoir à qui il achète et à qui il vend. Le passage par des chambres de compensation permet d'ailleurs de brouiller efficacement les pistes. La numérotation des actions admises aux négociations sur ce type de marché aurait pour résultat de permettre à l'acheteur d'identifier le vendeur et inversement. Une telle traçabilité romprait l'anonymat du marché et c'est donc la raison pour laquelle elle ne peut être, selon nous, réalisée par les sociétés concernées. ■

(a) all the issued shares in a company are fully paid up and rank *pari passu* for all purposes, or

(b) all the issued shares of a particular class in a company are fully paid up and rank *pari passu* for all purposes, none of those shares need thereafter have a distinguishing number so long as it remains fully paid up and ranks *pari passu* for all purposes with all shares of the same class for the time being issued and fully paid up ».

19 Art. - 543 Numérotation des parts :

(1) Chaque part dans une société ayant un capital social doit être distinguée par son propre numéro, sauf dans les circonstances suivantes.

(2) Si, simultanément :

(a) toutes les parts émises par la société sont entièrement libérées et de même rang, à toutes fins, ou

(b) toutes les parts émises d'une catégorie donnée dans une société sont entièrement libérées et de même rang, à toutes fins.

Aucune de ces parts n'a besoin par la suite d'un numéro distinctif tant qu'elle reste entièrement libérée et de même rang à toutes fins que toutes les parts de la même catégorie déjà émises et entièrement libérées ».

20 BOI-RPPM-PVBMI-20-20-20-20, n° 80.

21 CA Paris, 2^e ch., 2 juill. 2014, n°13/03734 : JurisData n° 2014-018676.

22 CA Poitiers, 2^e ch. civ., 2 juill. 2012, n° 11/04240.

23 CA Montpellier, 1^{re} ch., 3 sept. 2009, n° 08/00455.

24 CA Poitiers, 2^e ch. civ., 14 juin 2011, n° 09/03257.

25 CA Aix-en-Provence, 1^{re} ch. B, 16 mai 2007, n° 05/06229.

26 CA Versailles, 3^e ch., 2 juin 2006, n° 05/01961.