

Revue de

# DROIT FISCAL

20 OCTOBRE 2011, HEBDOMADAIRE, N° 42-43 · ISSN 1279-8436

Le prochain numéro de la revue paraîtra le 3 novembre 2011

Directeur scientifique :  
Patrick DIBOUT  
Rédacteur en chef :  
Thomas JACQUEMONT

## APPORT-CESSION

564 L'apport-cession à la loupe

Étude par Renaud MORTIER

566 Bilan d'étape sur un parcours  
accidenté

CE, 24 août 2011, M. Moreau, M<sup>me</sup> Girault et CE, 24 août 2011,  
M<sup>me</sup> Ciavatta, concl. Julien BOUCHER, note Roland POIRIER

567 PROCÉDURES FISCALES

Contentieux des dégrèvements  
remis en cause par l'Administration :  
suite mais pas fin...

CE, 16 mars 2011, SAS Somadis, concl. Claire LEGRAS,  
note Eric MEIER et Bénédicte AUBERT

565 Droit pénal fiscal

Chronique par Renaud SALOMON

## Procédures de rectification

### 566 Opérations d'apport-cession : bilan d'étape sur un parcours accidenté

Deux arrêts rendus le 24 août 2011 par le Conseil d'État permettent de préciser, s'agissant des opérations d'apport-cession, la condition de réinvestissement du prix de cession dans une activité économique. Ces arrêts sont l'occasion de faire un bilan d'étape dans l'attente des prochaines décisions de la Haute assemblée.

CE, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> ss-sect., 24 août 2011, n° 314579, M. Moreau, M<sup>me</sup> Girault, concl. J. Boucher, note R. Poirier : *JurisData* n° 2011-018001

Sera mentionné aux tables du recueil Lebon

● Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, le 10 septembre 1996, M. et M<sup>me</sup> Moreau ont apporté à la SCI « 1-5 rue de Sévigné », dont ils détenaient la moitié des parts, 882 actions de la SA Assistance service, dont ils détenaient également la moitié du capital ; qu'ils ont reçu en contrepartie 110 parts de la SCI et placé la plus-value réalisée à l'occasion de cette opération sous le régime du report d'imposition prévu aux articles 160 I ter et 92 B, II, alors en vigueur, du Code général des impôts ; que l'administration fiscale a remis en cause, selon la procédure de répression des abus de droit, ce report d'imposition ; que, par jugement du 12 mai 1996, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a rejeté la demande de M. et M<sup>me</sup> Moreau en décharge des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et des pénalités résultant de cette remise en cause ; que, par un arrêt du 17 janvier 2008 contre lequel ils se pourvoient en cassation, la cour a confirmé ce jugement ;

● Considérant, en premier lieu, que la cour, qui a répondu aux moyens dont elle était saisie, n'était pas tenue de répondre aux arguments tirés de ce que les requérants n'avaient pas apporté l'ensemble de leurs actions à la SCI et de ce que cette dernière était une structure patrimoniale d'investissements commune à deux familles ;

● Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, dans sa rédaction applicable au présent litige : « Ne peuvent être opposés à l'administration des impôts les actes qui dissimulent la portée véritable d'un contrat ou d'une convention à l'aide de clauses : (...) b) (...) qui déguisent soit une réalisation, soit un transfert de bénéfices ou de revenus (...). L'Administration est en droit de restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse. En cas de désaccord sur les redressements notifiés sur le fondement du présent article, le litige est soumis, à la demande du contribuable, à l'avis du comité consultatif pour la répression des abus de droit. L'Administration peut également soumettre le litige à l'avis du comité (...) Si l'Administration ne s'est pas conformée à l'avis du comité, elle doit apporter la preuve du bien-fondé du redressement » ; qu'il résulte de ces dispositions que l'Administration est fondée à écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, dès lors que ces actes ont un caractère fictif, ou que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées, eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ; qu'en jugeant que l'Administration pouvait faire usage des pouvoirs qu'elle tient de ces dispositions lorsqu'elle entend remettre en cause les conséquences fiscales

d'une opération se traduisant par le report d'imposition d'une plus-value déclarée dans les conditions prévues par l'article 160 I ter du Code général des impôts, la cour n'a commis aucune erreur de droit ;

● Considérant, en troisième lieu, qu'il ressort des motifs de l'arrêt attaqué que, contrairement à ce que soutiennent les requérants, la cour a qualifié l'opération réalisée par ceux-ci d'abus de droit après avoir relevé qu'ils n'apportaient pas la preuve, qui leur incombait, de ce qu'elle aurait poursuivi un but autre qu'exclusivement fiscal ;

● Considérant, en quatrième et dernier lieu, que le placement en report d'imposition d'une plus-value réalisée par un contribuable, lors de l'apport de titres à une société qu'il contrôle, et qui a été suivi de leur cession par cette société, est constitutif d'un abus de droit s'il s'agit d'un montage ayant pour seule finalité de permettre au contribuable, en interposant une société, de disposer effectivement des liquidités obtenues lors de la cession de ces titres tout en restant détenteur des titres de la société reçus en échange lors de l'apport ; qu'il n'a en revanche pas ce caractère s'il ressort de l'ensemble de l'opération que cette société a, conformément à son objet, effectivement réinvesti le produit de ces cessions dans une activité économique ;

● Considérant qu'il ressort des constatations souveraines de la cour que M. et M<sup>me</sup> Moreau ont fait apport de leurs actions de la SA Assistance service à la SCI « 1-5 rue de Sévigné », dont ils détenaient la moitié des parts, l'autre moitié étant détenue par un autre couple qui était également possesseur du reste des actions de la SA Assistance service et qui a procédé, au même moment, au même apport ; que cette SCI, qui a pour objet social la gestion d'immeubles, a peu après revendu pour le prix d'apport sa participation dans le capital de la SA Assistance service et réinvesti le produit de cette cession dans l'acquisition de parts de SCI et d'un immeuble ; qu'en égard au caractère conjoint de l'apport, de la cession, du réemploi et de la gestion du produit de cette cession, ce produit pouvait être appréhendé par les contribuables ; qu'enfin, il n'a jamais été soutenu que ces investissements immobiliers réalisés par une SCI à caractère patrimonial s'inscrivaient dans le cadre d'une activité économique poursuivie par les porteurs de parts de la SCI ; qu'en déduisant de ces circonstances que M. et M<sup>me</sup> Moreau n'apportaient pas la preuve de ce que cette opération avait un autre motif que celui d'atténuer ou d'éluider le paiement de la plus-value qu'ils auraient normalement supportée s'ils n'avaient pas réalisé l'apport, la cour a exactement qualifié les faits de l'espèce ;

(...)

CE, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> ss-sect., 24 août 2011, n° 316928, M<sup>me</sup> Clavatta, concl. J. Boucher, note R. Poirier

Inédit au recueil Lebon

● Considérant, d'une part, qu'aux termes du 4 du I ter de l'article 160 du Code général des impôts, alors en vigueur : « L'imposition de la plus-value réalisée à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1991 en cas d'échange de droits sociaux résultant d'une opération de fusion, scission ou d'apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés peut être reportée dans les conditions prévues au II de l'article 92 B » ; qu'aux termes du II de l'article 92 B du même code, alors en vigueur : « 1. À compter du 1<sup>er</sup> janvier 1992 ou du 1<sup>er</sup> janvier 1991 pour les apports de titres à une société passible de l'impôt sur les sociétés, l'imposition de la plus-value réalisée en cas d'échange de titres résultant d'une opéra-

tion d'offre publique, de fusion, de scission, d'absorption d'un fonds commun de placement par une société d'investissement à capital variable réalisée conformément à la réglementation en vigueur ou d'un apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés, peut être reportée au moment où s'opérera la cession ou le rachat des titres reçus lors de l'échange. (...) » ;

● Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, dans sa rédaction alors applicable : « Ne peuvent être opposés à l'administration des impôts les actes qui dissimulent la portée véritable d'un contrat ou d'une convention à l'aide de clauses : (...) b) (...) qui déguisent soit une réalisation, soit un transfert de bénéfices ou de revenus (...) L'Administration est en droit de restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse. En cas de désaccord sur les redressements notifiés sur le fondement du présent article, le litige est soumis, à la demande du contribuable, à l'avis du comité consultatif pour la répression des abus de droit. L'Administration peut également soumettre le litige à l'avis du comité dont les avis rendus font l'objet d'un rapport annuel. Si l'Administration ne s'est pas conformée à l'avis du comité, elle doit apporter la preuve du bien-fondé du redressement. » ; qu'il résulte de ces dispositions que l'Administration est fondée à écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, dès lors que ces actes ont un caractère fictif, ou, que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées, eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ;

● Considérant que, lorsque l'Administration entend remettre en cause les conséquences fiscales d'une opération qui s'est traduite par un report d'imposition, au motif que les actes passés par le contribuable ne lui sont pas opposables, elle est fondée à se prévaloir des dispositions de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales ; qu'en effet, une telle opération, dont l'intérêt fiscal est de différer l'imposition, entre dans le champ d'application de cet article, dès lors qu'elle a nécessairement pour effet de minorer l'assiette de l'année au titre de laquelle l'impôt est normalement dû à raison de la situation et des activités réelles du contribuable ; que, par suite, en jugeant que l'Administration ne pouvait faire usage des pouvoirs qu'elle tient de ces dispositions lorsqu'elle entend contester le fait, pour un contribuable de placer et de maintenir, sous le régime du report d'imposition prévu au 4 du I ter de l'article 160 du Code général des impôts, une plus-value réalisée à l'occasion d'un apport de droits sociaux, au motif qu'une telle demande ne déguise par elle-même ni une réalisation, ni un transfert de bénéfices ou de revenus au sens du b) de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, la cour administrative d'appel de Nantes a commis une erreur de droit ; que son arrêt doit, dès lors, être annulé, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des pourvois principal et incident ;

● Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du Code de justice administrative ;

● Considérant que le placement en report d'imposition d'une plus-value réalisée par un contribuable, lors de l'apport de titres à une société qu'il contrôle, et qui a été suivi de leur cession par cette société, est constitutif d'un abus de droit s'il s'agit d'un montage ayant pour seule finalité de permettre au contribuable, en interposant une société, de disposer effectivement des liquidités obtenues lors de la cession de ces titres tout en restant détenteur des titres de la société reçus en échange lors de l'apport ; qu'il n'a en revanche pas ce caractère s'il ressort de l'ensemble de l'opération que cette société a, conformément à son objet, effectivement réinvesti le produit de ces cessions dans une activité économique ;

● Considérant qu'il résulte de l'instruction que, le 11 juin 1997, M<sup>me</sup> Ciavatta a fait apport à la SCI La Roseraie, créée le même jour, de 1 850 des 2 480 parts qu'elle détenait sur les 2500 parts composant le capital de la SARL « Le Drakkar », dont elle était la gérante et qui exploitait un bar-brasserie-restaurant ; que M<sup>me</sup> Ciavatta s'est ainsi trouvée détentrice de 99,96 % du capital de cette société civile et a réalisé une plus-value de 4 995 000 francs qu'elle a placée en report d'imposition ; que l'Administration a remis en cause, sur le fondement de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, comme

procédant d'un abus de droit, le report de l'imposition de cette plus-value et appliqué les pénalités de 80 % prévues par les dispositions de l'article 1729 du Code général des impôts ;

● Considérant que le comité consultatif pour la répression des abus de droit ayant, dans sa séance du 20 juin 2003, émis l'avis que l'apport de parts de la SARL Drakkar à la société civile La Roseraie, qui les avait immédiatement revendues, avait eu pour seul but de reporter l'imposition de la plus-value réalisée lors de cet échange de titres, il appartenait à M<sup>me</sup> Ciavatta d'apporter la preuve que cette opération ne poursuivait pas un but exclusivement fiscal et notamment que l'apport de ses parts à la SCI La Roseraie avait été effectivement réinvesti par cette société dans le cadre de ses activités ; que si M<sup>me</sup> Ciavatta soutient que la création de la SCI La Roseraie a permis la réalisation d'investissements à caractère économique, il résulte de l'instruction que 15 % seulement des produits de la cession ont été réinvestis dans des prises de participations dans deux SARL exploitant des bars-restaurants ; que si 40 % des produits de cession ont été affectés à des avances en compte courant au profit de ces deux SARL, ces apports, en l'absence de preuve de ce qu'ils ont été employés au financement de travaux ou d'acquisition d'éléments d'actif de ces sociétés, ne peuvent pas être regardés comme des investissements dans une activité économique ; que le solde des produits de cession, placé en valeurs mobilières, doit être regardé comme ayant un caractère patrimonial ; qu'ainsi M<sup>me</sup> Ciavatta, qui ne peut, en tout état de cause, se prévaloir de la réponse ministérielle du 28 février 1983 à M. Bas et de la documentation administrative 7 S-3323 n° 38 du 1<sup>er</sup> octobre 1999 relatives à l'impôt de solidarité sur la fortune, n'établit pas que la SCI La Roseraie a effectivement réinvesti le produit des cessions dans une activité économique et n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Caen a rejeté ses demandes ;

(...)

libre disposition des liquidités obtenues lors de la cession (V. les conclusions du rapporteur public Julien Boucher ci-dessus reproduites) ;

– s'agissant du délai de réinvestissement : il doit intervenir dans un délai raisonnable, mais la société doit entreprendre sans tarder de réaliser son objet social. La jurisprudence est plus libérale que le CCRAD, qui exigeait un emploi « immédiat ou à bref délai ».

Deux questions principales restent en suspens :

– quelle sont les réinvestissements économiques possibles ? Les deux arrêts ci-dessus reproduits apportent des précisions à cet égard.

– l'abus de droit est-il applicable aux apports-cessions réalisés avec le mécanisme du sursis d'imposition ? Dans l'attente d'une décision du Conseil d'État en la matière, nous nous risquerons à proposer des éléments de réponse.

## 1. La condition de réinvestissement dans une activité

2 – Cette condition permet de vérifier la non-appréhension des fonds par l'apporteur. – La finalité du mécanisme du report d'imposition est d'éviter qu'un contribuable soit immédiatement imposé sur le montant d'une plus-value alors qu'il n'a pas perçu le produit de la vente qui permettrait d'acquitter l'impôt.

L'exigence de « réinvestissement » dans les opérations d'apport-cession prend tout son sens au regard de la nécessité de s'assurer que le produit de la vente n'est plus à la disposition du contribuable, notamment sous forme liquide. La condition de réinvestissement n'est donc ni une construction prétorienne, ni une condition autonome de l'absence d'abus de droit. Elle est l'instrument qui permet de vérifier que le contribuable n'a pas appréhendé les fonds.

Le juge assimile le non-réinvestissement des fonds par la société à leur appréhension directe par le contribuable (V. R. Mortier, *L'apport-cession à la loupe* : Dr. fisc. 2011, n° 42-43, étude 564, n° 38). L'idée que l'apporteur continue à jouir du pouvoir de disposer des liquidités comme s'il avait procédé personnellement à la vente est exprimée par le rapporteur public Emmanuelle Cortot-Boucher dans ses conclusions dans l'affaire *Picoux* (CE, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss-sect., 11 févr. 2011, n° 314950, M. et M<sup>me</sup> Picoux : JurisData n° 2011-009348 ; Dr. fisc. 2011, n° 27, comm. 417, note J.-L. Pierre ; BDCF 2011, n° 64). Dans cette affaire où le remploi d'une partie significative (57 %) du produit de cession dans une activité économique n'est intervenu qu'après six ans, le rapporteur public interpelle ainsi les juges du fond appelés à rejurer l'affaire : « Vous pourrez vous demander si le contribuable établit l'absence d'abus de droit lorsqu'il soutient qu'il n'a pas effectivement appréhendé le produit et que celui-ci est resté localisé dans une centrale de trésorerie. Nous ne le pensons pas, car, dans un tel cas de figure, il ne nous paraît pas possible de considérer que le montage aurait une finalité autre que fiscale : l'opération d'apport-cession s'analyse alors nécessairement comme ayant pour seul but d'éviter le paiement immédiat de l'imposition, puisque les liquidités appréhendées à l'issue de la cession ne font l'objet d'aucune utilisation » (en ce sens V. également, O. Fouquet, *Apport-cession et apport d'entreprise individuelle en société* : FR Lefebvre 44/2010, n° 18).

Par ailleurs, l'absence d'investissement des liquidités dans une activité souligne le défaut de substance de la société interposée, ce qui constitue un élément de preuve de ce que sa création est motivée par la poursuite d'un but exclusivement fiscal. Les actes constitutifs d'un abus de droit sont ceux grâce auxquels le contribuable élude ou atténue les charges fiscales qu'il aurait normalement supportées « eu égard à sa situation et à ses activités réelles ». C'est ainsi que le placement des fonds dans des instruments de trésorerie, ou dans des avances à une filiale non justifiées par l'activité de celle-ci, ou dans des valeurs mobilières de placement, s'apparente à la conservation de

## NOTE

1 – Pour caractériser l'abus de droit en matière d'apport-cession, il faut que le contribuable appréhende effectivement le produit de la vente, soit directement (comme dans l'affaire *Four* par voie de réduction de capital), soit en continuant à en disposer à travers la société qu'il contrôle. Il n'en dispose plus si les fonds ont été réinvestis dans une activité économique conformément à l'objet social.

Le Conseil d'État a répondu à une bonne partie des questions posées par l'apport-cession, parfois dans l'incompréhension des praticiens et de la doctrine. Les arrêts du 24 août 2011 ci-dessus reproduits (*Moreau* et *Ciavetta*) sont venus préciser la jurisprudence. Nous savons aujourd'hui que :

– s'agissant de la nature des investissements : ils doivent avoir un caractère économique, ce qui n'est pas le cas d'un placement patrimonial. L'arrêt *Moreau* (n° 314579) indique que l'acquisition de parts de SCI et d'un immeuble n'a pas un caractère économique. Pas plus que des avances aux filiales de la société dont il n'est pas démontré qu'elles ont été employées pour les besoins de leur activité (arrêt *Ciavatta*) ;

– s'agissant du quantum des investissements : les sommes réinvesties doivent représenter une « part significative » du produit de la cession ;

– s'agissant de la réappropriation du produit de la vente par le contribuable : elle peut être directe. L'arrêt *Moreau* lui assimile un investissement patrimonial plutôt qu'économique ;

– s'agissant du contrôle de la société par l'apporteur, « propre à lui permettre de disposer à son gré des liquidités obtenues lors de la cession » (V. *supra* les conclusions du rapporteur public Julien Boucher), il n'a pas besoin d'être exclusif ; il peut être conjoint entre deux familles qui agissent de façon concertée (arrêt *Moreau*). À défaut de contrôle, l'apporteur ne doit plus être considéré avoir conservé la

sommes liquides par l'apporteur, comme s'il disposait du prix de la vente, et fait paraître l'interposition de la société artificielle.

L'exigence de réinvestissement effectif des liquidités, qui vise à placer le contribuable dans une situation différente de celle où il aurait appréhendé le produit de la vente et pu payer l'impôt, est convaincante au regard de l'objectif poursuivi. En revanche, les raisons d'exiger que ce réinvestissement doive s'effectuer dans le cadre d'une activité économique nous laissent perplexes.

**3 – Critique de la condition du caractère économique du réinvestissement.** – L'accent mis sur le caractère économique du réinvestissement figure à la première place dans les arrêts du 10 octobre 2010. Dans ses conclusions, le rapporteur public Laurent Olléon relevait le caractère essentiel de l'exercice par la société d'une activité économique en emploi du produit de la vente. Exigence reprise dans les décisions : c'est au vu du constat que « (...) le réinvestissement dans une activité économique s'est effectué (...) que les contribuables établissent (...) que les actes (...) ont été inspirés par un motif autre que celui d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales (...) » (*Bauchart*) ; dès lors que « (...) le réinvestissement dans une activité économique est avéré (...), l'Administration ne peut être regardée comme établissant que [l'opération n'a pas] été inspirée par un motif autre que celui d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales » (*Bazire*).

Le président Fouquet l'a souligné : « On peut tirer plusieurs conclusions des analyses du Conseil d'État (...) En premier lieu, le mécanisme du report poursuit un objectif économique qui doit être respecté » (*Reports d'imposition et abus de droit : le Conseil d'État prend position : FR Francis Lefebvre 44/10, Question d'actualité n° 18, n° 5*). C'est dès lors sans surprise que le Conseil d'État a confirmé dans l'affaire *Conseil* qu'un investissement patrimonial ne valait pas réinvestissement dans une activité économique.

La décision d'assortir la non-appropriation effective des fonds d'une condition tenant à leur emploi dans une activité économique a suscité la critique de la plupart des auteurs.

Ces auteurs reprochent au juge d'avoir inventé une condition non prévue par le législateur, qui n'a pas réservé le bénéfice du différé d'imposition aux sociétés exerçant une activité économique (*R. Mortier, L'apport-cession à la loupe, préc., n° 35*. – *L. Jaillais et O. de Saint-Chaffray, L'opération d'apport-cession, ite missa est : Option Finance n° 1097, 25 oct. 2010*).

Certes, les débats parlementaires sont peu éclairants. Mais ils sont tout aussi muets sur le lien entre le report d'imposition et la non-appréhension des liquidités nécessaires au paiement de l'impôt par le contribuable. Pourtant, le rapport fait au nom de la commission des finances de l'Assemblée nationale sur le projet de loi de finances pour 2000 prévoit que le mécanisme de différé d'imposition a été adopté « en raison de son intérêt pour l'économie » (*R. Poirier, Apports-cessions : absence d'abus de droit en cas de réinvestissement dans une activité économique, n° 15, note sous CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 8 oct. 2010, n° 313139, min. c/ M. et M<sup>me</sup> Bauchart, préc. ; CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 8 oct. 2010, n° 301934, M. Bazire, préc. et CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 8 oct. 2010, n° 321361, min. c/ Cts Four, préc.*). Nous avons compris de ce rapport que le législateur avait plus particulièrement voulu faciliter la restructuration du capital des entreprises exerçant une activité économique. Dans ces conditions, il nous paraissait conforme à l'objectif du législateur d'exiger de la société bénéficiaire de l'apport qu'elle emploie les fonds dans une activité économique ou en titres d'une entreprise qui exerce une telle activité. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Moreau*, le rapporteur public précise aussi que « cette exigence de réinvestissement résulte d'une analyse de l'intention du législateur, qui, en instituant le report d'imposition, a entendu favoriser les restructurations d'entreprises et, par suite, favoriser le maintien et le développement de l'activité économique ».

Toutefois, certains auteurs font valoir à juste titre que le régime du report s'applique *stricto sensu* à l'ensemble des apports de titres, y compris de sociétés « non économiques » et que, si les débats parlementaires ont porté sur les apports, ils n'ont pas porté sur les cessions après apport (*Ch. Rontchevsky et J. Toultée, Apports avant cession : une jurisprudence qui pose question : FR Lefebvre 14/2011, p. 41*. – *R. Mortier, L'apport-cession à la loupe, préc., n° 35*). La référence à « l'économie » faite dans ce rapport parlementaire ne serait donc pas à prendre à la lettre, en tout cas ne justifierait pas que le Conseil d'État restreigne les réinvestissements non susceptibles d'encourir la critique aux seules activités économiques. Au demeurant, puisque le législateur n'a pas réservé le mécanisme du report d'imposition aux apports de titres de sociétés exerçant une activité économique, il ne serait pas juste de faire peser sur les modalités de emploi après cession des conditions autres que celles auxquelles était assorti le bénéfice du report.

En tout état de cause, si l'exercice de sa profession par le contribuable au sein de la société peut occasionnellement aider le juge à qualifier l'activité de la société d'économique, il ne s'agit pas d'une condition posée par la jurisprudence. L'intervention d'autres professionnels (les autres associés, des employés, etc.) au sein de la société ou de ses filiales devrait suffire.

**4 – Des investissements patrimoniaux auraient aussi permis de s'assurer de l'absence d'appréhension des fonds par le contribuable.** – D'autres investissements, de type patrimonial, auraient également permis de s'assurer que le montage ne place pas le contribuable dans une situation similaire à celle où il aurait disposé des liquidités lui permettant de payer l'impôt. Le réinvestissement dans un bien immobilier locatif, une marque ou un brevet, par exemple, rendrait le produit de la vente tout autant indisponible que s'il était investi dans un fonds de commerce ou des parts de société commerciale. Le contribuable n'en disposerait plus pour payer l'impôt.

Ce n'est pas l'avis du Conseil d'État, qui assimile le réinvestissement dans un actif patrimonial à une absence de réinvestissement, comme si la société avait conservé des liquidités en les gardant à la disposition du contribuable : « eu égard au (mode de) emploi du produit de la cession, ce produit pouvait être appréhendé par les contribuables » (arrêt *Moreau*).

Pourquoi ce besoin de emploi dans une « activité économique » plutôt que dans un autre actif, si le législateur n'a pas formellement posé cette condition ?

Nous ne croyons pas que le Conseil d'État a jamais considéré qu'une société dont l'objet est civil n'a pas d'activité par principe au regard de l'IS. Certaines sociétés civiles ont une activité plus développée (gestion d'un parc locatif) que d'autres (détection d'une résidence secondaire), mais dans tous les cas l'« activité » d'une société n'est ni plus ni moins que la réalisation de son objet social.

L'Administration a déjà contesté qu'une société holding pure exerce une activité (notamment à propos du mécanisme de transfert des déficits de l'article 209, II du CGI en cas de fusion, V. *CAA Douai, 2<sup>e</sup> ch., 8 mars 2011, n° 09DA00967, SAS Numéricable : Dr. fisc. 2011, n° 37, comm. 503, concl. P. Minne, note R. Poirier*). Mais précisément, l'Administration n'avait pas soutenu dans les affaires *Bazire* et *Bauchart* que les sociétés civiles en cause qui fonctionnaient conformément à leur objet social n'exerçaient aucune activité. Le Conseil d'État a pris le soin de le souligner avant d'admettre que la détention de participations constitue bien une activité économique.

Par ailleurs, si les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés sont habituellement des sociétés commerciales, une société civile est en droit d'opter pour l'impôt sur les sociétés même si elle se limite à gérer ses placements.

Alors, peut-être le Conseil d'État a-t-il voulu étendre l'exigence de « substance économique » élaborée dans sa jurisprudence *Pléiade*

(CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 18 févr. 2004, n° 247729, SA Pléiade : JurisData n° 2004-080518 ; Dr. fisc. 2004, n° 47, comm. 849 ; Dr. sociétés 2004, comm. 91 ; RJF 5/2004, n° 510 ; BDCF 5/2004, n° 65, concl. P. Collin ; BGFE 2004, n° 3, obs. N. Chahid-Nourai, p. 17 ; LPA 9 juill. 2004, p. 17, note J.-C. Parot ; Banque et Droit 2004, n° 95, obs. C. Acard, p. 65), et Sagal (CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 18 mai 2005, n° 267087, min. c/ Sté Sagal : JurisData n° 2005-080715 ; Dr. fisc. 2005, n° 44-45, comm. 726, concl. P. Collin ; RJF 8-9/2005, n° 910 ; RJF 12/2005, chron. Y. Bénard, p. 943 ; BDCF 8-9/2005, n° 110, concl. P. Collin ; BGFE 2005, n° 4, obs. N. Chahid-Nourai ; Rev. adm. 2005, n° 347 obs. O. Fouquet, p. 482), à la sphère des apports-cessions, en attendant systématiquement d'une société interposée qu'elle investisse à risque dès lors qu'elle est soumise à l'IS ? Ou a-t-il voulu dissuader le contribuable opportuniste d'assujettir la société à l'IS chaque fois qu'il n'entend pas modifier sa « situation et ses activités réelles » par rapport à celle où il aurait personnellement cédé les titres ou recouru à une société translucide ?

En raison des doutes qui pèsent sur la justification du caractère économique et non patrimonial du réinvestissement, on espère que

les magistrats retiendront une définition large capable d'embrasser la plupart des situations où, en présence d'un réinvestissement durable, le contribuable cesse de disposer de sommes liquides. Par exemple :

– dans l'affaire *Bauchart* : l'un des deux investissements, pris isolément, était patrimonial (achat d'une société ayant pour objet la propriété d'un hôtel-restaurant), mais il a pris une teinte économique dès lors qu'était simultanément achetée la société exploitante ;

– dans l'affaire *Moreau*, le Conseil d'État a ouvert la possibilité que des investissements, en apparence patrimoniaux (achat d'un immeuble) puissent être réalisés dans le cadre d'une activité économique (« eu égard à (...) la gestion du produit de cette cession (...) »).

5 – **Tableau récapitulatif.** – On peut résumer sous forme de tableau l'état actuel de la jurisprudence. En italiques, figurent les solutions qui semblent possibles et certaines interrogations qui demeurent.

	Absence d'abus de droit	Abus de droit
<b>Remploi en titres de participation</b>	Parts ou actions d'une société exploitant un commerce ( <i>Bazire</i> ), ou de deux sociétés ayant pour objet la propriété et l'exploitation d'un hôtel ( <i>Bauchart</i> ). Le Conseil d'État semble avoir admis que la simple gestion d'une participation sans immixtion dans la gestion est une activité économique, pour les besoins du report d'imposition. <i>Participations majoritaires ou minoritaires ?</i>	Part non significative du produit réinvesti dans des prises de participation : 4 % ( <i>Conseil</i> ) ; 15 % ( <i>Ciavatta</i> ). À comparer, pas d'abus de droit où le contribuable a réinvesti (en titres et avances) la totalité des fonds dans l'affaire <i>Bazire</i> et plus que la totalité du prix de cession dans l'affaire <i>Bauchart</i> . Prises de participation dans une société n'exerçant pas une activité économique ( <i>Conseil</i> ).
<b>Remploi en valeurs de placement</b>		Valeurs mobilières de placement ( <i>Ciavatta</i> )
<b>Remploi en avances en compte courant</b>	Avances aux filiales en vue de financer leur stock ( <i>Bazire</i> ) ou leur besoin de trésorerie, leurs travaux, etc. <i>Blocage de l'avance pour une durée significative ? (concl. J. Boucher sous Ciavatta)</i>	Avances aux filiales sans qu'il soit démontré qu'elles revêtaient un caractère non patrimonial ( <i>Conseil</i> ), en étant employées au financement des travaux ou d'acquisition d'éléments d'actif de ces filiales ( <i>Ciavatta</i> ).
<b>Remploi en biens immeubles</b>	<i>Acquisition de biens immobiliers avec exercice d'une activité économique, telle la location meublée (concl. sous Ciavatta) ou équipée ou assortie de prestation de services, poursuivie par l'apporteur.</i>	Acquisition d'un immeuble à usage commercial, d'un immeuble à usage d'habitation, achat de parts de SCI, achat de comptes courants dans cette société, sans exercice d'une activité économique ( <i>Moreau</i> ), par exemple la location d'immeubles nus.
<b>Délai de réinvestissement</b>	Réinvestissements un à trois ans après l'apport ( <i>Bauchart, Bazire</i> ). Échec des démarches entreprises et report sur d'autres investissements ( <i>CAA Lyon, 2<sup>e</sup> ch., 27 oct. 2009, n° 07LY02295, min. c/ Clairet</i> ).	Réinvestissement largement postérieur à la cession : 3 % 3 ans après la cession, et 57 % 6 ans après. Affaire <i>Picoux</i> renvoyée au fond. Il n'est pas soutenu que la société ait tenté de procéder à des investissements économiques ( <i>Conseil</i> ).
<b>Emploi des titres après apport</b>	Délai nécessaire qu'impliquait l'investissement eu égard à son importance et à sa nature ( <i>Bauchart</i> ) Donation huit ans après l'apport, non retenu à charge ( <i>CAA Nantes, 1<sup>re</sup> ch., 18 déc. 2006, n° 05NT00486, Bazire et n° 05NT00650, Simme- nauer : RJF 5/2007, n° 598</i> )	

## 2. Les apports-cessions réalisés avec le mécanisme du sursis d'imposition

6 – Le Conseil d'État n'a pas encore tranché la question et il est difficile d'anticiper la décision qu'il prendra. Du côté de la doctrine :

– les tenants, majoritaires, de la thèse de « l'automatisme du sursis » font valoir que l'absence de choix fiscal offert au contribuable est nécessairement exclusive de toute motivation fiscale. En opérant de façon automatique, l'article 150-0 B du CGI exonère le contribuable de tout soupçon d'objectif purement fiscal quel que soit l'emploi du produit de la vente par la société. L'abus de droit est privé de tout enjeu fiscal dès lors qu'aucune plus-value n'est constatée dans le régime du sursis ;

– les tenants de l'analyse de l'opération d'apport-cession dans son ensemble s'interrogent sur le point de savoir si le choix même d'une société soumise à l'IS comme bénéficiaire de l'apport, plutôt que d'une société non soumise à cet impôt, peut être critiqué (en ce sens, V. TA Cergy-Pontoise, 1<sup>er</sup> ch., 4 mai 2009, n° 06-2268, Nicolet : RJF 4/2010, n° 394). Bien entendu, ce n'est pas le choix de faire apport à une société soumise à l'IS, en soi, qui peut être incriminé. Le choix de la voie la plus favorable au plan fiscal ne constitue pas à lui seul un abus de droit (concl. O. Fouquet sous CE, 7<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> ss-sect., 21 mars 1986, n° 53002, SA Auriège : JurisData n° 1986-600581 ; Dr. fisc. 1986, n° 31, comm. 1432 ; RJF 5/1986, n° 470, p. 267. – CE, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss-sect., 11 févr. 2011, n° 314950, M. et M<sup>me</sup> Picoux, préc.). Mais la recherche du différé d'imposition qui résulte du choix du régime fiscal de la société bénéficiaire peut contribuer à révéler les motivations exclusivement fiscales du contribuable « eu égard au caractère conjoint de l'apport, de la cession, du emploi et de la gestion du produit de cette cession » (pour reprendre les termes de l'arrêt Moreau).

Toutefois le choix de l'apport à une société soumise à l'IS peut résulter de considérations autres que le différé d'imposition : à caractère fiscal (modalités de détermination du bénéfice imposable de la société, impôt dû par l'associé plutôt que par la société ou l'inverse), financier (la holding peut disposer de capacités d'emprunt supé-

rieures à celles de ses associés. – V. en ce sens, CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss-sect., 27 janv. 2011, n° 320313, M. et M<sup>me</sup> Bourdon : Dr. fisc. 2011, n° 15, comm. 304, concl. C. Legras, note O. Fouquet et C. Charpentier ; RJF 4/2011, n° 472), juridique (objet social, limitation de la responsabilité des associés aux apports s'il s'agit d'une société de capitaux, possibilité de recourir à l'emprunt par voie d'émission obligataire, etc.).

De façon générale, il serait curieux d'aboutir à des conséquences diamétralement opposées (liberté ou contrainte quant à l'appréhension des fonds, et la nature du réinvestissement) selon que l'apport a été réalisé avant ou après le 1<sup>er</sup> janvier 2000, alors que le remplacement des articles 92 B, II et 164, I par l'article 150-0 B est purement technique et ne modifie pas la finalité du différé d'imposition, qui est d'éviter qu'un contribuable soit immédiatement imposé sur le montant d'une plus-value alors qu'il n'a pas perçu le produit de la vente qui permettrait d'acquitter l'impôt.

Il est donc probable, malgré le caractère automatique du sursis, que le Conseil d'État continuera à juger abusive la situation où le contribuable appréhende effectivement et directement les liquidités comme s'il avait vendu lui-même les titres, et celle où la société conserve ses liquidités sans réaliser son objet social. A contrario, les interrogations restent fortes dans le cas où la société réinvestit dans un actif patrimonial conformément à son objet social. La réponse au traitement de l'apport-cession sous le mécanisme du sursis n'est peut-être pas uniforme.

Roland POIRIER,

avocat associé,

Brandford-Griffith & Associés

**MOTS-CLÉS :** Apport-cession (Opération d') - Condition de réinvestissement - Précisions

Abus de droit - Opération d'apport-cession - Condition de réinvestissement - Précisions

Abus de droit - Champ d'application - Report ou sursis d'imposition - Opération d'apport-cession (Précisions sur la condition de réinvestissement)

JURISCLASSEUR : Procédures fiscales, Fasc. 376, E. Kornprobst