

N° 411474
M. et Mme A...

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies
Séance du 19 juin 2019
Lecture du 10 juillet 2019

CONCLUSIONS

Mme Emilie Bokdam-Tognetti, rapporteur public

Dans sa rédaction antérieure à sa réforme par la loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012 de finances rectificative pour 2012, l'article 150-0 B du CGI institue un sursis d'imposition des plus-values d'échange réalisées dans le cadre d'un apport de titres à une société soumise à l'IS.

En adoptant ces dispositions, le législateur a, selon votre décision *M. et Mme B...* du 22 septembre 2017 (n° 412408, T. pp. 546-572, RJF 12/17 n° 1226, concl. A. Bretonneau, Dr. fisc. 2018 n° 29 comm. 347, RJF 12/17 n° 1226) entendu faciliter les opérations de restructuration d'entreprises, en vue de favoriser la création et le développement de celles-ci, par l'octroi automatique d'un sursis d'imposition pour les plus-values résultant de certaines opérations qui ne dégagent pas de liquidités et que les contribuables pourraient, en l'absence de sursis, être découragés de réaliser.

Par une décision *D...* du 27 juillet 2012 (n° 327295, T. pp. 685-710, RJF 2012 n° 1042, concl. E. Crépey BDCF 11/12 n° 129), transposant à ce dispositif la jurisprudence dégagée pour l'ancien mécanisme de report d'imposition des articles 92 B et 160 du CGI (par ex. CE, 8 octobre 2010, *min. c/ M. et Mme C...*, n° 313139, T. p. 716, RJF 12/10 n° 1204 et 1205, concl. L. Olléon BDCF 12/10 n° 132, obs. O. Fouquet FR 44/10 inf. 18 p. 21, chronique V. Daumas RJF 1/11 p. 5), vous aviez jugé que le bénéfice du sursis 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. 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 une part significative du produit de ces cessions (sur cette précision : v. CE, 3 février 2011, *min. c/ Conseil*, n° 329839, RJF 4/11 n° 471, concl. L. Olléon BDCF 4/11 n° 50) dans une activité économique. Vous avez jugé à plusieurs reprises qu'un réinvestissement patrimonial du produit ne permettait pas de faire échapper une telle opération d'apport-cession à la qualification de montage (outre la décision *min. c/ Conseil*, v. CE, 24 août 2011, *E...*, n° 316928, RJF 11/11 n° 1186, concl. J. Boucher BDCF 11/11 n° 129 ; ou encore CE, 24 août 2011, *F...*, n° 314579, RJF 2011 n° 1186, Dr. fisc. 2011 n° 42-43, comm. 566, note R. Poirier, pour des investissements immobiliers réalisés par une SCI à caractère patrimonial). Par ailleurs, le réinvestissement doit s'opérer dans un délai raisonnable (CE, 3 février 2011, *min. c/ Conseil*, préc.).

Votre décision *M. et Mme B...* du 22 septembre 2017 n° 412408 ne reprend pas exactement la formule consacrée par ce courant jurisprudentiel. Vous n'avez ainsi évoqué qu'une obligation de « réinvestissement », sans préciser qu'il devait s'opérer dans une activité économique.

Les observations sur cette décision à la RJF estiment qu'il ne s'agit que d'une imprécision de rédaction ne révélant aucune intention de modification de la jurisprudence, et qu'une lecture contraire ne serait pas cohérente avec le rappel, par votre décision, de l'objectif économique de facilitation des restructurations d'entreprises par échanges de titres poursuivi par le législateur.

Nous ne pensons pas que cette formulation, s'écartant de précédents multiples et répétés, puisse être balayée d'un revers de main comme une pure et simple « imprécision » de rédaction. Vous devez aujourd'hui déterminer s'il faut y voir un abandon complet de votre jurisprudence *D...*, ou une simple prise de distance avec une interprétation trop étroite de la notion d'investissement dans une activité économique dégagée par cette jurisprudence.

L'objectif ultime du dispositif du sursis étant de favoriser, en facilitant les restructurations, l'activité économique des entreprises, cet objectif n'est pas atteint mais contredit lorsque les titres apportés sont immédiatement cédés sans que le produit en soit réinvesti par la société dans une activité économique. Ainsi que le relevait P. Fernoux dans un ouvrage cité par J. Boucher dans ses conclusions sur l'affaire *E...* (Gestion fiscale du patrimoine, Groupe Revue Fiduciaire, 16e éd., 2011, p. 354), compte tenu de l'objectif économique ainsi poursuivi, « *on imagine mal que [le législateur] ait eu pour intention de permettre la création d'une sorte de tirelire qui thésauriserait les fonds recueillis* ».

Toutefois, en matière d'abus de droit, s'arrêter à l'objectif du législateur ne suffit pas. On peut aller à l'encontre de cet objectif sans pour autant avoir poursuivi un but exclusivement fiscal. Sur ce point, il faut bien admettre que la rédaction de votre décision *D...* n'est pas limpide et ne distingue pas clairement, dans les conditions qu'elle énonce, entre ce qui relève de la caractérisation du but exclusivement fiscal, d'un côté, et de la méconnaissance de l'objectif du législateur, de l'autre.

Dans les opérations d'apport-cession, les actes écartés, en cas de montage, comme entachés d'abus de droit sont la création de la société et l'apport de titres à celle-ci par le contribuable, c'est-à-dire les actes organisant l'interposition de la société entre le contribuable et la cession des titres. La question est celle de la finalité purement fiscale de cette interposition. En quoi le réinvestissement du produit de la cession permet-il d'inférer quoi que ce soit sur le but (purement fiscal ou non) de l'opération d'apport ?

Il faut tout d'abord rappeler le point de départ de ces affaires : la création par un contribuable d'une société civile A qui opte pour l'IS, l'apport à cette société de titres qu'il détient au capital d'une société B, la cession par la société A des titres de B ainsi apportés, le tout dans un bref délai. Compte tenu de la concomitance de l'apport et de la cession, celle-ci s'opère à un prix égal à la valorisation retenue lors de l'apport. La société ne réalise donc pas de plus-value de cession et n'est pas imposée sur le produit de la vente des titres B faute de gain net, tandis que le

contribuable, qui a réalisé une plus-value d'échange, n'a pas été imposé au titre de l'année de cet échange grâce au sursis.

Lorsque la société A rétrocède sans contrepartie au contribuable le produit de la cession des titres B, que ce soit sous la forme d'une distribution, d'une inscription en compte courant, d'un prêt, d'un remboursement d'apport ou encore d'une réduction de capital non motivée par les pertes, un tel accaparement par le contribuable du produit de la cession est de nature à établir l'absence de substance économique du montage ayant consisté à interposer la société entre lui et la cession des titres. En effet, en pareille hypothèse, cette interposition n'a eu d'autre effet et n'a pu avoir d'autre objet que fiscal.

Lorsque la société A ne fait, dans un délai raisonnable, aucun usage des liquidités issues de la cession des titres B ni aucune démarche sérieuse en ce sens, l'on peut également, même en l'absence d'appréhension directe du produit par le contribuable, déduire d'un tel constat le but exclusivement fiscal de l'opération.

En effet, quand bien même la société ne serait pas fictive et aurait par ailleurs fonctionné conformément à son objet, l'on ne voit pas, puisqu'elle a tout de suite cédé les titres B et n'a rien fait du produit de leur cession, quel but autre que celui de bénéficier du sursis a poursuivi l'apport de ces titres par le contribuable. La société apparaît alors comme une simple « tirelire », pour reprendre l'expression de P. Fernoux précitée, et le seul motif à son interposition entre le contribuable et la cession aura été d'obtenir le sursis. Le contribuable contrôlant la société, la circonstance qu'il n'y ait pas d'appréhension effective par le contribuable du produit de la cession, mais seulement potentielle, ne fait pas échec à cette analyse.

Lorsque, à l'inverse, la société utilise les liquidités dégagées par la cession des titres de B pour les investir dans une activité économique, par exemple en acquérant elle-même des actifs (immobiliers, mobiliers, ou stocks) de nature à lui permettre d'exercer une telle activité, ou en prenant au capital de sociétés ayant une activité économique des participations présentant pour elle une dimension d'utilité – en ce qu'elles lui confèrent le contrôle ou une influence certaine sur ces sociétés, ou en ce qu'elle en retire une utilité pour l'exercice de sa propre activité économique – l'opération ne peut être regardé comme ayant poursuivi un but exclusivement fiscal.

En effet, en pareil cas, si la société A a immédiatement cédé les titres B et si l'apport des titres B à la société A n'a pas servi à restructurer A et B ensemble, il aura toutefois contribué, compte tenu de l'usage fait par A du produit de la cession, à aider au développement de l'activité de A et, le cas échéant, d'autres sociétés au capital desquelles elle serait entrée.

La difficulté survient dans l'entre-deux : une utilisation du produit par la société qui ne s'opérerait pas sous la forme d'un investissement direct des liquidités dans une activité économique.

Votre décision B... nous semble inviter à adopter une approche large de la notion de réinvestissement économique, mais il ne saurait être question d'admettre tout réinvestissement quel qu'il soit, y compris purement patrimonial.

Il nous semble tout d'abord que, lorsque le produit de la cession est investi par la société dans un instrument financier, mais que le contribuable établit que cet investissement s'est d'emblée inscrit dans le cadre d'une opération économique globale dont il est indissociable, et avait notamment pour objet, soit d'obtenir un effet de levier indispensable, soit de couvrir un risque, soit de présenter des garanties aux fins d'obtenir un financement, lié à une opération économique future déterminée de la société, cet investissement pourrait être regardé comme un investissement dans une activité économique au sens de votre jurisprudence *D...* permettant d'écarter l'abus de droit. En effet, l'apport de ces titres à la société suivi de leur cession lui a, grâce aux liquidités que leur cession lui a procurées, servi de source de financement et de couverture pour son activité économique.

Par ailleurs, une activité financière ou immobilière nous paraît parfois pouvoir, selon les conditions dans lesquelles elle est exercée, être regardée comme une activité économique.

Reste le réinvestissement purement « patrimonial » qui ne tombe dans aucune des cas précités. Que nous dit, en principe – et ce « en principe », issu de votre jurisprudence *M. et Mme B...*, est important, car il permet d'écarter toute présomption irréfragable de fraude en l'absence de réinvestissement économique – un tel réinvestissement patrimonial sur le but purement fiscal de l'opération ?

D'une part, les effets d'un réinvestissement d'ordre purement patrimonial du produit nous paraissent s'assimiler, au regard de la question qui nous occupe, à ceux d'une thésaurisation. Mais au lieu d'être une tirelire passive, la société ayant recueilli le produit de la cession est alors une tirelire plus efficace. Comme le relevait A. Bretonneau dans ses conclusions sur l'affaire *M. et Mme B...* « *un réinvestissement patrimonial ne constitue pas une perte de contrôle (du produit de la cession par le contribuable).* » L'investissement patrimonial apparaît comme une autre façon pour le contribuable qui contrôle la société de disposer du produit de la cession pour s'enrichir indirectement, non seulement sans servir le développement économique (en contrariété avec l'objectif du législateur), mais aussi sans que l'on identifie, compte tenu de cette utilisation du produit de la cession, le motif, autre que fiscal, pour lequel ces titres ont été apportés à la société. Mais il ne s'agit que d'une présomption simple.

D'autre part, admettre que tout réinvestissement patrimonial ferait obstacle à la qualification d'abus de droit reviendrait à vider de sa substance la condition même de réinvestissement. Il suffirait d'investir les titres dans tout placement, quel qu'il soit, pour éviter le redressement, alors même que le montage n'a pas eu d'autre objectif que de bénéficier du sursis.

D'ailleurs, lors de la réforme ultérieure de ce dispositif par la loi de finances rectificative pour 2012, qui a soustrait les opérations d'apport à une société contrôlée par le contribuable du champ du sursis pour lui substituer un mécanisme de report, le législateur a subordonné le bénéfice de ce report, en cas de cession des titres apportés, à une condition de réinvestissement dans une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale, agricole ou financière, à l'exception de la gestion d'un patrimoine mobilier ou immobilier (article 150-0 B ter du CGI).

Par la présente affaire, vous réaffirmez donc que le réinvestissement d'une partie significative du produit de la cession des titres apportés doit, en principe, s'opérer dans une activité économique (ou, si vous souhaitez expressément marquer une inflexion à la suite de votre jurisprudence B...dont l'exigence de réinvestissement par la société doit selon nous s'interpréter par opposition à celle d'une simple logique de placement de sa part, présenter un caractère économique), à l'exclusion d'un réinvestissement purement patrimonial.

Le litige de M. et Mme A...vous permettra d'apporter des précisions sur les formes que peut prendre un tel réinvestissement.

Rappelons que vous opérez un contrôle de qualification juridique tant sur la notion d'abus de droit elle-même, qu'en amont de sa caractérisation, sur la poursuite d'un but exclusivement fiscal. Vous n'avez pas précisé votre contrôle, au sein même de l'examen des faits dont se prévaut l'administration pour établir un tel but, sur la notion de réinvestissement dans une activité économique. Plutôt qu'à des contrôles de qualification en chaîne, et en dépit de l'apparente densité juridique de l'expression « réinvestissement dans une activité économique », nous vous proposons de vous en tenir à un contrôle de la dénaturation des faits joint à un contrôle d'erreur de droit.

Le premier moyen du pourvoi est tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que l'acquisition par la société civile Valmer, en emploi d'une partie du produit de la cession des titres de la société Alpes Assainissement qui lui avaient été apportés par M. et Mme A..., des titres d'autres sociétés détenus par les époux A..., ne pouvait être regardée comme un réinvestissement économique au motif que ces opérations avaient permis aux contribuables d'appréhender la trésorerie de la société civile Valmer.

Les requérants font valoir que les sommes qui leur ont été versées lors de ces acquisitions constituent la contrepartie de l'aliénation au profit de la SC Valmer d'éléments de leur patrimoine. Ils reprochent à la cour de n'avoir pas recherché si la nature des acquisitions de titres réalisées par la société civile Valmer permettait, compte tenu de l'objet des sociétés dont les titres ont été ainsi acquis et de celui de cette société, de les regarder comme des investissements dans une activité économique.

Lorsque la société A contrôlée par le contribuable emploie une partie du produit de la cession des titres de B pour acquérir d'autres titres d'une société C auprès du contribuable, ces liquidités « réatterrissent » dans les mains de celui-ci, qui en dispose, tout en restant par ailleurs détenteur direct des titres de la société A reçus lors de l'échange initial et détenteur indirect, par le biais de la société A qu'il contrôle, des titres de la société C qu'il a vendus à celle-ci.

L'intégralité des opérations peut n'apparaître que comme un habile tour de passe-passe dont le contribuable contrôle tous les paramètres et qui lui permet d'échapper à l'imposition immédiate de la plus-value de cession des titres B qu'il aurait dû acquitter s'il n'avait pas interposé la société A. L'apport initial ne serait pas regardé comme ayant eu pour objet de conférer à la société A, par la cession des titres B, les moyens financiers d'acquérir les titres C, dès lors notamment que le contribuable pouvait, d'un côté, céder directement les titres B au tiers qui les a effectivement

acquis, et de l'autre, apporter à la société A les titres de C. Dans l'hypothèse où la plus-value réalisée sur la cession des titres C est inférieure à celle réalisée sur les titres B, passer par un tel schéma n'aurait ainsi d'autre but que d'atténuer la charge fiscale liée à sa situation réelle.

Le résultat final des opérations est bien, en pareil cas, que le contribuable bénéficie du sursis tout en disposant des liquidités issues de la cession des titres apportés, et en restant détenteur des titres reçus lors de l'échange.

Toutefois, si un tel circuit fermé fleure bon – ou plutôt mauvais – le montage à but exclusivement fiscal, on peut hésiter à sauter directement de cette impression à la conclusion d'abus de droit sans même s'interroger sur l'existence d'un mobile économique valable à l'acquisition par A des titres C.

Dans sa chronique sur les décisions G... et C...(RJF 1/11 p. 5), V. Daumas estimait que la règle posée par votre jurisprudence conduisait à distinguer, en matière d'apport-cession, deux hypothèses : celle de l'appréhension par le contribuable auteur de l'apport des liquidités dégagées par la cession, et celle, sans appréhension directe, de création d'un montage purement patrimonial. La première traduirait ainsi « *l'objectif du législateur de n'accorder le bénéfice du report d'imposition qu'à raison de l'absence de liquidités permettant à l'apporteur de payer l'imposition due sur la plus-value réalisée ; si le contribuable dispose en réalité, par le biais du montage mis en place, de telles liquidités, il méconnaît les intentions du législateur* ». L'autre, à la lumière des précisions apportées par votre décision B..., correspondrait quant à elle à l'objectif du législateur de contribuer au développement de l'activité économique.

Nous ne sommes toutefois pas certaine que l'on puisse ainsi scinder deux types ou deux volets d'abus de droit, et retenir ce dernier au seul motif que le contribuable dispose finalement des liquidités issues de la cession.

Il nous semble en effet impossible de passer outre l'exigence fondamentale de caractérisation d'un abus de droit, dans l'application de l'article L. 64 alors applicable, tenant à l'intentionnalité exclusivement fiscale. D'une part, il ne doit pas exister de présomption irréfragable de fraude du contribuable impliqué dans une opération d'apport-cession (il ne saurait y avoir de mécanique implacable à laquelle le contribuable ne pourrait en toute circonstance échapper) ; d'autre part, votre jurisprudence D... ne vise pas les opérations ayant pour résultat celui que nous venons de décrire (tout ou partie du produit de la cession des titres apportés revient entre les mains du contribuable), mais les « montages » qui ont « pour seule finalité » de parvenir à ce résultat.

Or le seul fait que le contribuable dispose à l'issue des opérations, en raison de l'achat par la société d'un autre actif qu'il détenait, d'une partie du produit de la cession ne nous paraît pas suffire à exclure que le montage ait pu avoir une motivation au moins partiellement économique, et par suite dispenser le juge de s'interroger sur la nature et l'objet de l'actif ainsi acquis et la rationalité économique de cette acquisition.

En particulier, l'objectif du législateur étant de faciliter les restructurations des entreprises aux fins de favoriser leur développement, et votre jurisprudence ayant déjà admis que

l'investissement dans des titres de tierces sociétés puisse, dans certains cas, être regardé comme un investissement dans une activité économique (v. par ex. les affaires C...et G... précitées), l'acquisition, par la société bénéficiaire de l'apport initial, de titres d'autres sociétés dans lesquelles le contribuable détient des participations peut, le cas échéant, être conforme à un tel objectif.

Par ailleurs, il serait paradoxal – et reviendrait à notre sens à présumer de manière irréfutable une intention frauduleuse – d'exclure le caractère de réinvestissement dans une activité économique au seul motif que les titres ont été acquis auprès du contribuable alors que, l'eussent-ils été auprès d'un tiers, l'investissement dans une activité économique aurait pu, en fonction de la nature et de l'objet des participations acquises, être reconnu.

En outre, si le contribuable récupère une partie de la trésorerie dégagée par la cession des titres qu'il avait apportés, il ne s'agit pas d'une appréhension directe ou d'une mise à disposition sans contrepartie, sous forme d'un remboursement d'apport, d'une réduction de capital non motivée par des pertes, d'un prêt ou d'une distribution : le contribuable cède un nouvel élément d'actif, qui sort de son patrimoine personnel et entre dans celui de la société. Certes, il en conserve indirectement le contrôle, mais dès lors que la substance et la réalité de la société ne sont pas contestées, il nous semble que l'on ne peut faire complète – ou à tout le moins automatique - abstraction de la distinction des personnalités morales et fiscales et des patrimoines.

Enfin, si par cette vente des titres C le contribuable récupère tout ou partie du produit de la cession des titres B, et si l'on pourrait estimer qu'il dispose, de ce fait, des liquidités nécessaires pour acquitter l'impôt sur la plus-value d'échange, nous rappellerons, d'une part, que votre jurisprudence refuse de réduire la problématique de l'apport-cession à la simple question de la disposition effective des moyens de payer l'impôt, et d'autre part, que le prix versé lors de la cession des titres C sert d'abord à acquitter l'impôt sur la plus-value de cession de ces titres.

Bien sûr, quand bien même l'acquisition par la société des titres détenus par le contribuable poursuivrait un objectif économique valable et caractériserait un réinvestissement, elle aurait pu s'opérer par la voie d'un apport plutôt que d'une vente. Or l'apport n'aurait pas permis au contribuable de récupérer des liquidités, mais seulement un nouvel échange avec de nouveaux titres de A. Mais l'optimisation n'est pas pendable, et rien n'oblige un contribuable à retenir la voie fiscalement la plus onéreuse.

Dans ces conditions, nous vous invitons à accueillir le moyen tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que l'acquisition des parts que M. et Mme A...détenaient dans trois sociétés ne pouvait pas être regardée comme un réinvestissement économique au motif que ces opérations leur avaient permis d'appréhender la trésorerie de la société civile Valmer, sans rechercher si, compte tenu de l'objet de la société civile Valmer, de l'activité des sociétés en cause, et le cas échéant de l'ampleur des participations en litige, la société civile Valmer pouvait être regardée comme ayant, en acquérant ces titres, investi dans une activité économique.

Le deuxième moyen du pourvoi porte sur le point de savoir si un prêt peut – et sous quelles conditions – constituer un investissement dans une activité économique au sens de votre décision *D...*

En énonçant qu'un prêt « *ne constitue pas un investissement dans une activité économique en l'absence de circonstances particulières de nature à lui retirer son caractère patrimonial* », la cour a entendu transposer aux prêts votre jurisprudence sur les avances en compte courant.

Dans votre décision *min. c/ Conseil* du 3 février 2011 (supra), vous avez en effet jugé que le placement, par la société bénéficiaire de l'apport, du produit de la cession des titres apportés sur un compte courant ouvert dans les écritures d'une SARL dans laquelle elle a pris une participation revêt un caractère patrimonial, en l'absence de circonstances particulières de nature à lui conférer un caractère économique. Dans votre décision *E...* du 24 août 2011, vous avez jugé, par un *a contrario*, que l'emploi de telles avances en compte courant pour le financement de travaux ou d'acquisition d'éléments d'actif de la SARL pouvait être regardé comme un investissement dans une activité économique (en l'espèce, la SARL avait une activité commerciale d'exploitation d'un bar-restaurant). Par ailleurs, dans votre décision *G...* du 8 octobre 2010, n° 301934, dans laquelle vous avez conclu au réinvestissement du produit dans une activité économique, vous avez notamment relevé l'apport en compte courant, à une société dans laquelle la société civile avait pris des participations, des liquidités nécessaires pour constituer le stock de ses produits.

Cette jurisprudence repose sur le caractère remboursable à tout moment de ces avances, qui présentent de ce fait, en principe, le caractère d'un simple placement comparable à un dépôt à vue, et non d'un véritable investissement. J. Boucher exigeait du contribuable, pour que de telles avances puissent être regardées comme un réinvestissement dans une activité économique, qu'il apporte des éléments établissant le blocage, par convention, pour une durée significative des fonds, ou l'existence d'un besoin de trésorerie tel qu'un prélèvement serait en réalité impossible – « *l'effet étant, dans les deux cas, de faire supporter au créancier les risques de l'investisseur* ». Vous ne semblez pas être allés aussi loin, votre décision se contentant de relever l'absence de preuve que ces avances ont été employées par le débiteur pour le financement de son activité économique.

Pour notre part, nous aurions été encline à considérer qu'un prêt n'est en principe pas, compte tenu de sa nature, un « investissement » dans une activité économique : le prêteur est créancier, et non investisseur ; il est assuré, sauf défaut, de récupérer à l'échéance la somme prêtée du prêt, et le service qu'il rend en avançant la somme est en général rémunéré par des intérêts. Vous auriez ainsi pu estimer qu'un prêt ne peut être regardé comme un réinvestissement dans une activité économique qu'à la condition qu'en l'accordant, la société, compte tenu des relations commerciales entretenues avec l'emprunteuse, ou de la nature financière de son activité, agisse dans l'intérêt de son propre développement économique.

Mais telle n'est pas la voie que vous avez choisie dans vos décisions *E...* et *min. c/ Conseil*, qui admettent de regarder comme réinvestissement dans une activité économique une réinjection des liquidités, même sous forme d'un prêt remboursable, dans une telle activité.

Lorsqu'est en cause, non une avance en compte courant, mais un prêt « classique », le remboursement ne peut être demandé à tout moment et l'opération ne présente donc pas les caractéristiques d'un simple placement à vue, mais bien un blocage temporaire des liquidités. Il ne saurait toutefois s'en inférer, selon nous, une présomption de réinvestissement économique d'un tel prêt : la jurisprudence sur les règles de preuve en matière fiscale nous semble suffisamment complexe pour ne pas créer inutilement de nouvelles présomptions, dans un sens comme dans un autre. Il y a lieu d'examiner, lorsqu'un contribuable soutient que l'emploi des liquidités par la société pour l'octroi d'un prêt à une autre société a constitué un réinvestissement économique, quelles étaient la durée et la destination des sommes prêtées. La circonstance que l'emprunteuse ait une activité économique réelle ne suffit pas à conférer un caractère de réinvestissement économique au prêt : la somme doit en outre lui avoir été prêtée pour financer le maintien ou le développement de cette activité.

En l'espèce, en transposant aux prêts entre entreprises la présomption de simple placement dégagée pour les avances en compte courant, la cour a donc commis une erreur de droit.

Le troisième et dernier moyen porte sur l'acquisition d'un terrain, que la cour a écartée dans sa recherche d'un réinvestissement économique du produit de la cession au motif qu'elle n'avait été suivie d'aucun investissement. Il ressort toutefois des pièces du dossier soumis aux juges du fond que ce terrain avait été acquis en vue de construire un bâtiment industriel de traitement des déchets, lui-même lié à la réalisation d'une installation de production photovoltaïque dont le projet a été abandonné à la suite de l'évolution de la réglementation sur l'obligation d'achat. En s'arrêtant à l'absence de réalisation effective de ce projet de construction sur le terrain pour en déduire que l'acquisition de ce dernier devait s'assimiler à un investissement patrimonial, au lieu de rechercher si ce terrain avait été effectivement acquis dans l'intention d'y réaliser une activité économique et si le projet avait échoué pour des motifs indépendants du contribuable, la cour a commis une troisième erreur de droit. Notons que, dans une affaire *min. c/ H...* du 22 février 2013 (n° 335045, RJF 2013 n° 525, concl. E. Crépey BDCF 5/13 n° 61), vous avez jugé que l'absence de tout réinvestissement effectif des sommes ne caractérise pas un abus de droit lorsque le contribuable fait état de tentatives sérieuses et documentées de réinvestissement dans une activité économique, qui n'ont pu aboutir pour des circonstances indépendantes de sa volonté. L'abus de droit étant une affaire d'intention, le juge ne peut s'arrêter au constat d'échec d'un investissement pour lui dénier le caractère de réinvestissement dans une activité économique.

Les autres moyens du pourvoi ne sont pas fondés.

Vous annulerez l'arrêt attaqué (publié à la RJF 1/18 n° 69) et renverrez l'affaire à la cour. La cassation sur trois moyens ne doit pas être perçue comme un désaveu et un acharnement, mais comme l'expression de la difficulté de trouver le juste équilibre dans l'application de l'article L. 64 du LPF et la volonté de donner à la cour toutes les clés d'analyse pour le règlement au fond.

Par ces motifs nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt du 13 avril 2017 de la cour administrative d'appel de Marseille en tant qu'il a rejeté les conclusions de la requête de M. et Mme A...tendant à la décharge du

supplément d'IR et de contributions sociales auquel ils ont été assujettis au titre de l'année 2006 du fait de la remise en cause du sursis d'imposition de la plus-value réalisée à l'occasion de l'apport de titres à la société Valmer, ainsi que des pénalités pour abus de droit correspondantes ;

- au renvoi, dans cette mesure, de l'affaire à la cour ;
- et à ce que l'Etat verse à M. et Mme A...3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.