

CONCLUSIONS

M. Frédéric ALADJIDI, rapporteur public

1 – Comme dans la récente affaire *CE 17 juillet 2013 n° 352989, min. c/ SARL Garnier Choiseul Holding : RJF 2013, n°1064 – Conclusions F. Aladjidi – Chronique E. Bokdam*, il est question dans les deux présents pourvois de ce que l'on appelle parfois le « désinvestissement », c-a-d le rachat d'entreprises sans activité ni actif autre que liquide, en vue de procéder à leur dissolution :

- les associés de ce que l'on appelle habituellement la « coquille » échappent ainsi à l'impôt de distribution au taux marginal et ne subissent que l'imposition, généralement inférieure, frappant les plus-values réalisées sur les titres ;

- quant à l'entreprise qui acquièrent les titres, et que l'on appelle le « coquillard », elle peut aussi diminuer sa pression fiscale par différentes techniques dont les deux principales reposent sur l'avoir fiscal et sur le régime des « sociétés mères ».

Alors que dans le précédent, ce sont les coquillard qui ont fait l'objet des redressements litigieux et c'est le ministre qui demandait l'annulation d'arrêts de décharge, c'est ici la coquille qui est en cause et ce sont ses associés qui vous demandent régulièrement l'annulation de deux *arrêts jumeaux du 21 septembre 2011* par lesquels *la CAA de Paris* a rejeté leurs demandes, après avoir fait droit à l'appel du ministre qui était dirigé contre un jugement de décharge du *TA de Paris du 31 mars 2009*.

2 - Le montage qui a été regardé ici, par l'administration et par la cour, comme constitutif d'un abus de droit par « fraude à la loi » au regard des anciennes dispositions de *l'article L64 du LPF* telles qu'interprétées, dans le prolongement de votre décision de *Section du 27 septembre 2006 n° 260050 Sté Janfin : RJF 12/06 n° 1583 avec chronique Y. Bénard p. 1083, concl. L. Olléon BDCF 12/06 n° 156, étude O. Fouquet Dr. fisc. 47/06 p. 1999 n°65* par votre décision *CE 28 février 2007 Ministre c/ P... n° 284566 et n° 284565 : RJF 5/07 n° 599, conclusions L. Vallée BDCF 5/07 n° 61*, est très simple.

Les deux requérants étaient les associés d'une société qui était spécialisée dans la photographie publicitaire depuis 1977 jusqu'à ce qu'elle cesse toute activité en 1999, ayant cédé son fonds de commerce trois ans plus tôt et ne conservant pour actifs que des liquidités mises en réserve et le bien immobilier, acquis en 1990, où elle avait été installée.

Se préparant à prendre leur retraite, les intéressés ont conclu avec une société dite d'aide au désinvestissement, une promesse d'acquisition de leurs actions, sous la condition

suspensive de la recherche d'un acquéreur pour le bien immobilier. Puis, ayant conclu, avec un tiers, une promesse de vente de ce bien, ils ont pu céder leurs titres le 24 février 2000, veille du jour où la société a pu, elle-même, vendre le bien.

Les contribuables n'ont alors déclaré qu'une PV de cession de titres de société prépondérante immobilière, dans les conditions que ***l'article 150 A bis du CGI*** aligne sur le régime d'imposition prévu pour les biens immeubles, c'est-à-dire, en l'espèce ***l'article 150 M du même code*** qui prévoit que « *Les PV immobilières réalisées plus de deux ans après l'acqui-si-tion du bien sont réduites de 5 % pour chaque année de détention au-delà de la deuxième* ». Et compte tenu des 23 ans de détention des titres, cela a abouti à une exonération complète.

3 – A la suite d'une VC, l'administration a estimé qu'en l'absence d'un tel montage, la PV réalisée à raison de la cession du bien immobilier détenu par la société qui était vouée à être liquidée, aurait été imposée entre les mains des associés, dans la catégorie des RCM, en application des ***articles 111 bis et 161 du CGI*** qui, respectivement, qualifient de revenus distribués, les bénéfices et réserves des personnes morales soumises à l'IS qui cessent d'y être assujetties et fixent les modalités d'imposition des boni de liquidation. Et écartant ce montage sur le fondement de ***l'article L. 64 du LPF***, elle a émis des cotisations d'IR au titre de 2000.

Le TA avait estimé que l'administration n'apportait pas la preuve lui incombant que la société était effectivement vouée à la liquidation, celle-ci étant en droit de réinvestir les liquidités obtenues de la cession de son actif unique sans pour autant changer son objet social ou cesser son activité. Il avait relevé, qu'il ne résultait, d'ailleurs, pas de l'instruction que la société ait été effectivement liquidée. Il avait ajouté que les associés n'étaient tenus à aucune obligation de dissoudre eux-mêmes leur société ou de choisir une date de cession de leurs titres qui comporte pour eux la charge fiscale la plus onéreuse. Il en avait déduit que l'administration n'établissait pas « *l'existence d'un montage purement artificiel contraire à l'intention du législateur, et, partant, le but exclusivement fiscal des opérations litigieuses* ».

Sans avoir à se prononcer sur l'enchaînement entre les deux derniers temps du raisonnement qui était pourtant contestable si l'on considère avec ***J. Boucher*** dans ses ***conclusions sur la décision CE 31 juillet 2009 n° 290971, B... : RJF 12/09 n° 1141*** que l'existence d'un « *montage purement artificiel* », est l'indice certes essentiel mais non unique du but exclusivement fiscal, la CAA en a remis en cause la conclusion:

- en décrivant, d'abord, la situation de la société à la date de cession des titres, le fait que la vente du bien était intervenu le lendemain de celle-ci, la spécialité de l'acquéreur et les opérations qui ont suivi l'acquisition : fusion, le 15 novembre 2000, avec une société du groupe de l'acquéreur, absorption de cette dernière, le 15 décembre 2000, par une autre société du même groupe et liquidation à l'amiable de cette dernière le 30 décembre 2001 sans que la société cédée n'ait jamais repris d'activité ;

- en estimant, ensuite, au regard de la condition dite objective de l'abus de droit par fraude à la loi, que le ministre était fondé à soutenir que « *la cession des titres de ladite société avait pour seul objet la recherche du bénéfice d'une application littérale des textes relatifs aux plus-values de cession des sociétés à prépondérance immobilière* »

- et en jugeant, enfin, au regard de la condition dite subjective que, « *dans les conditions susmentionnées, le moyen tiré de ce que la dissolution de la société a été réalisée par les cessionnaires des titres et de ce que la cession des titres est une forme traditionnelle de la transmission, juridiquement beaucoup moins complexe que la dissolution, n'est pas de nature à faire regarder l'opération de cession en cause comme inspirée par un motif autre que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que la contribuable, si elle n'avait pas passé cet acte, aurait normalement supportées en cas de dissolution* ».

4 – Un premier moyen tiré d'une irrégularité de procédure que la cour aurait commise ne vous retiendra guère. Les requérants tentent de tirer argument de ce qu'ils ont reçu deux **ordonnances du 13 octobre 2010** indiquant, d'une part que l'instruction serait close le **15 novembre 2010** et, d'autre part, qu'elle était réouverte, pour reprocher à la cour de ne pas avoir analysé le contenu du mémoire qu'ils avaient présenté le **8 mars 2011**.

Mais comme une clôture de l'instruction avait, antérieurement, été fixée, en application de **l'article R. 613-1 du CJA**, précisément à la date du **13 octobre 2010**, et que les intéressés ne pouvaient l'ignorer, l'ordre dans lequel ils présentent les ordonnances prises à cette même date pour réouvrir l'instruction et fixer son terme, est non seulement erroné mais il est, par ailleurs, empreint d'une certaine mauvaise foi.

Les requérants n'invoquant, sinon, aucune des circonstances qui peuvent imposer, d'après votre décision de **Section du 27 février 2004 Préfet des Pyrénées-orientales c/ A..., 252988 au recueil**, qu'un mémoire produit après clôture de l'instruction soit, par dérogation aux dispositions de **l'article R. 613-3 du CJA**, examiné, le moyen ne peut qu'être écarté.

5 – A la limite entre la régularité et le bienfondé de l'arrêt, les requérants invoquent, ensuite, une insuffisance de motivation, mais aussi une EDD au regard de la condition objective, en reprochant à la cour d'avoir omis de vérifier si les contribuables avaient recherché le bénéfice d'une application littérale des textes relatifs aux PV de cession des sociétés à prépondérance immobilière à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs.

La cour a bien pris position sur cette condition, mais il est vrai que sa réponse n'est pas complète et n'évoque pas, contrairement à ce que vous aviez dû faire en détail, dans **l'affaire SARL Garnier Choiseul Holding**, les objectifs du législateur qui auraient été méconnus. Or, on sait qu'une lecture stricte de ces objectifs, peut conduire à valider des opérations qui avaient été qualifiées d'abus de droit par l'administration mais qui se révèlent finalement n'être que des mesures d'optimisation fiscale (cf. **CE 7 septembre 2009 n° 305586, min. c/ SA Axa : RJF 12/09 n° 1138 et n° 305596, Sté Henri Goldfarb : RJF 12/09 n° 1139 - concl. L. Olléon BDCF** à propos de l'utilisation du régime des AF par les coquillards).

Ici, toutefois, il est constant que **l'article 150 A bis** vise, comme les requérants l'indiquent eux-même devant vous, à ce que les plus-values réalisées à l'occasion de la cession d'un immeuble soient imposées dans les mêmes conditions, pour les sociétés à prépondérance immobilière, que leurs titres soient cédés ou que l'immeuble lui-même le soit.

Mais encore faut-il, nous semble-t-il, que la société détienne encore l'immeuble car il n'y a pas lieu, sinon, de la faire bénéficier des avantages liés à la fiscalité immobilière. Or, en l'espèce, la coquille s'était irrévocablement engagée à céder l'immeuble à un tiers en

concluant la promesse de vente, pour répondre à une exigence du coquillard avant que celui-ci ne rachète ses titres, et la vente du bien est intervenue le lendemain de cette opération.

Il nous paraît donc qu'au regard de l'EDD invoquée, la cession des titres qui est intervenue sous le régime de *l'article 150 A bis*, même si elle en respecte les règles, est contraire à l'objectif qui était poursuivi par le législateur, en édictant ces dispositions et qu'il n'y a pas un grand effort à faire pour écarter l'insuffisance de motivation alléguée, compte tenu des faits relevés par la cour.

La circonstance invoquée par les requérants selon laquelle le bénéfice de *l'article 150 A bis*, a été limité, suite à la modification de *l'article 150 UB – I du CGI* par *l'article 50 de la loi n°2004-1485 du 30 décembre 2004 portant loi de finances pour 2004*, aux sociétés qui pouvaient être regardés comme à prépondérance immobilière à la date de clôture des trois exercices précédents la cession, est inopérante : il est exact que cette condition était remplie en l'espèce, mais ce n'est pas suffisant pour en déduire que le montage n'est pas allé à l'encontre des objectifs poursuivis, par ailleurs, par le législateur.

6 – Le dernier moyen est tiré de l'EQJ à avoir retenu, en l'espèce, un abus de droit et évoque la condition subjective, tout en revenant sur la condition objective.

Vous contrôlez en cassation la qualification d'abus de droit sur la base des faits tels qu'ils ont été souverainement appréciés par les juges du fond (cf. *CE 29 décembre 1995 n° 133251, Jo-mini : RJF 2/96 n° 231 concl. G. Bachelier p. 94*). Et vous contrôlez de même le respect de la condition subjective, comme indiqué dans *l'affaire précitée Garnier Choiseul Holding*.

L'argumentation des requérants, qui est concentrée, comme en appel et de manière assez générale, sur le fait que rien ne les obligeait à liquider leur société et que la cession de titres est la forme la plus habituelle de transmission d'une société, n'est pas évidente à analyser.

a) En tant qu'elle ne cesse d'insister sur le fait que le recours à *l'article 150 A bis* était possible en l'espèce, elle n'est guère convaincante pour les raisons déjà évoquées s'agissant de la condition objective, et il en est de même pour la condition subjective.

On ne voit pas, en effet, quel était l'intérêt autre que fiscal, pour les requérants à recourir aux services du coquillard, alors que le plus difficile de la liquidation avait déjà été fait puisque la société n'avait plus d'activité, puisque ses actifs étaient liquides ou presque, s'agissant de l'immeuble en passe d'être vendue, et puisque le ministre n'a pas été contredit lorsqu'il affirmait dans sa *requête d'appel* qu'il n'existait ni garantie à la charge de la société, ni risque d'actions en comblement de passif ou de recherche de responsabilité solidaire.

Nous sommes donc loin des cas où vous avez écarté l'existence d'un abus de droit, comme :

- la *décision précitée de 2007 Ministre c/ P...* où était déjà en cause *l'article 150 A bis* et l'interposition d'une société tierce permettant de limiter l'imposition liée à une cession d'actif mais sans que celle-ci ne soit réalisée par une coquille vidée de sa substance ;

- la décision **CE B... précitée de 2009** où la création d'une SEP permettant d'imputer sur le revenu global d'un repreneur d'entreprises en difficulté les résultats de ces dernières a été regardée comme n'ayant pas pour seul but la répartition fiscale de pertes en cause mais c'était parce qu'il reposait sur un schéma de financement permettant de réaliser ces reprises ;

- et enfin, les décisions **CE 8 octobre 2010, n° 301934, B..., n° 313139, Ministre c/ époux B... et n° 321361, Ministre c/ conjoints F..., à la RJF 12/10 n° 1204, 1205 et 1206, chronique V. Daumas RJF 1/11 p. 5, conclusions L. Olléon BDCF 12/10 n° 132, obs. O. Fouquet FR 44/10 inf. 18 p. 21** où vous avez admis que la technique dite de l'apport cession puisse ne pas être regardée comme un montage ayant pour seule finalité de permettre au contribuable de disposer de liquidités d'une société en restant détenteur de ses titres, mais uniquement quand la société a, conformément à son objet, effectivement réinvesti le produit de ces cessions dans une activité économique, ce qui n'est pas le cas dans la présente espèce ;

Et nous sommes très près des hypothèses où le comité consultatif de répression des abus de droit a, déjà admis l'existence de tels abus, dans les **affaires 2007-16 à 21 décrites dans le rapport pour 2007 repris dans le BOI 13 L-4-08 n°51 du 16 mai 2008**, où des appréhensions de liquidités de sociétés par leurs actionnaires avaient été déguisées en cession de titres.

D'un point de vue économique, l'opération de cession était, comme dans ces précédents, injustifiable puisqu'il ressort du même document, sans que ce point n'ait davantage été contesté, que les titres de la société ont été cédés pour 7,3 MF alors que la valeur nette de ses actifs était de 8,4 MF. Or vous avez-vous mêmes, déjà admis l'existence d'un abus de droit commis par les associés d'une coquille, dans la décision **CE 4 mai 2012 n° 338501, min. c/ H... : RJF 2012, n°846 – Conclusions E. Cortot-Boucher**, en relevant que « la diminution du prix de vente des titres de la société (...), à hauteur d'une somme que la cour a elle-même qualifiée de « commission prise par l'acquéreur », révélait un service rendu par la société (...), spécialisée dans le désinvestissement, en permettant de donner à l'appréhension des liquidités de la société (...)l'apparence d'une cession de titres ».

Autrement dit, la décote qui a été consentie ici aussi par la coquille au coquillard est un aveu de ce que l'opération n'avait qu'un intérêt fiscal qui a été partagé entre les deux sociétés.

b) Il faut, néanmoins, observer que dans ce précédent, les seuls associés de la société cédée qui avaient fait l'objet d'un redressement étaient ceux qui avaient continué à exercer leur activité dans la société cessionnaire. Et notre **collègue E. Cortot-Boucher** précisait que rien ne permettait de dire que l'analyse qu'elle proposait et que vous avez retenue serait transposable aux associés qui voulaient cesser toute activité au sein du groupe.

En l'espèce, il n'est question que d'associés souhaitant clairement quitter une société puisqu'ils voulaient prendre leur retraite. Autant, il nous paraît clair, qu'au regard du régime particulier de cession organisé par **l'article 150 A bis**, l'abus de droit est caractérisé. Autant le raisonnement ne serait pas nécessairement le même pour le régime de droit commun des cessions de valeurs mobilières qui est prévu par les **articles 150-0 A et 200 A du CGI** et qui conduisaient, à l'époque à une imposition forfaitaire au taux de 16%.

Si la déclaration des plus-values de cession avait été faite sur la base de ces dispositions, il aurait fallu, en effet, rechercher, au titre de la condition objective, non seulement s'il y avait application littérale des dispositions en cause, ce qui ne fait guère de doute, mais également si celle-ci allait à l'encontre des objectifs poursuivis.

Or dans une décision **CE 7 juillet 2010 n° 309009 Didier S... : RJF 2010, n°1069 – Conclusions J. Burguburu**, vous avez estimé que transfert à une nouvelle société du fonds de commerce, des moyens de production industrielle et du stock d'une ancienne société puis la cession des titres de cette dernière société, ne constituait pas un montage destiné à dissimuler la liquidation de l'ancienne société, en précisant que la circonstance que la nouvelle société avait changé l'activité et l'objet social de l'ancienne, aurait, certes, pu justifier l'imposition immédiate des bénéfices en application de **l'article 221-5 du CGI** sur les cessations d'activité, mais n'entraînait pas, pour autant, sa dissolution avec liquidation.

c) Dans un cas comme celui des présentes affaires où ce n'est pas une telle cession de droit commun qui a été engagée, on aurait pu imaginer que les contribuables soutiennent, subsidiairement, qu'à supposer que le recours au régime spécial de **l'article 150 A bis** doive être écarté pour abus de droit, le quantum du redressement qui leur a été infligé était excessif car, à défaut, il pouvait prétendre, sans abus de droit, au régime de droit commun.

A supposer qu'une telle « reconstitution » soit acceptable, il vous aurait, alors fallu, sauf à considérer qu'il y avait indivisibilité, en l'espèce, entre l'acte juridique de cession et le régime fiscal qui lui était applicable, prendre position sur l'éventuelle transposition de la solution retenue dans votre **décision S... de 2010** à la présente affaire où la coquille est vide et où l'acquéreur n'a aucunement l'intention de lui faire exercer une quelconque activité.

L'argumentation dont vous êtes saisis n'est pas sans lien avec cette problématique mais elle ne peut, pour autant, être lue comme critiquant l'arrêt attaqué dans cette mesure puisqu'à aucun moment les dispositions de droit commun ne sont citées et, encore moins, analysées quant à l'objectif qu'elles poursuivent.

Comme il ne s'agit pas, selon nous, d'une question d'ordre public qu'il vous reviendrait de soulever d'office, la question apparaît devoir être réservée pour une prochaine affaire qui ne manquera pas de la poser plus expressément.

9 – Si vous nous suivez pour écarter ce dernier moyen vous ne pourrez mettre à la charge de l'Etat les sommes demandées par les requérants en application de **l'article L. 761-1 du CJA**.

Et PMNC au rejet des pourvois.