

**N° 445685**  
**M. et Mme C...**

**8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 6 octobre 2021**  
**Lecture du 20 octobre 2021**

## **CONCLUSIONS**

**M. Romain VICTOR, rapporteur public**

1.- Faut-il symétriser *Cérès* ? Telle est la question que soulève cette affaire qui intéressera les experts et amateurs éclairés de fiscalité financière.

2.- M. Jean-Marc C... était le dirigeant du groupe Coralu, spécialisé dans la conception, la fabrication et l'installation de façades, menuiseries et garde-corps pour les chantiers de façade de logements collectifs et individuels.

L'intéressé et son épouse, Mme Sabine de M..., ont fait l'objet, en 2011, d'un examen contradictoire de leur situation fiscale personnelle au regard de l'impôt sur le revenu.

A l'issue de ce contrôle, l'administration leur a notifié deux principaux redressements : le premier, dans la catégorie des plus-values de cession de valeurs mobilières, pour un montant en base de 5 M€ imposable au taux de 18%, à raison d'une opération d'apport-cession réalisée le 29 juin 2009, remise en cause sur le fondement de la répression de l'abus de droit ; le second, dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers à raison de revenus distribués par la société civile JMS, imposés sur le fondement du c. de l'article 111 du code général des impôts.

A l'issue de la procédure d'imposition et compte tenu de l'avis défavorable émis par le comité de l'abus de droit fiscal<sup>1</sup>, seul le second chef de redressement a été maintenu.

L'imposition sur le fondement de l'article 111 se rapporte à une opération d'apport en société, l'apport ayant bénéficié à la société civile JMS, holding financière personnelle de M. C..., constituée le 2 juin 2009 à parts égales entre M. et Mme C... (50 parts chacun).

Selon ce qu'indique le mémoire complémentaire, JMS devait servir de réceptacle à des prises de participations financières dans les Champagne Bollinger et la chocolaterie de Marlieu.

---

<sup>1</sup> Avis n° 2015-13.

En juin 2009, une première opération d'apport avait lieu. M. C... apportait à la société JMS l'usufruit pour une durée de 7 ans de 15 777 actions de la SAS Coralu, holding de son groupe, dont 491 dépendaient de la « société d'acquêts » formée entre les époux C....

Pour mémoire, une telle société (qui est un contrat) permet, dans le droit des régimes matrimoniaux, de constituer une masse commune entre des époux séparés de biens.

L'apport avait donc pour caractéristiques de porter sur des droits sociaux démembrés (l'usufruit d'actions) et d'être temporaire (7 ans).

En échange, 487 900 nouvelles parts de JMS d'une valeur de 10 € étaient émises et une soulte de 485 180 € était versée et inscrite au crédit des comptes courant d'associés de M. C... d'une part et de la société d'acquêts d'autre part, dans les écritures de JMS.

A l'issue de ce premier apport, ayant donné lieu à une plus-value placée en report d'imposition, le capital de JMS (488 000 parts) était réparti entre M. C..., qui détenait 472 766 parts en propre, Mme C..., qui détenait 50 parts en propre, chacun des époux détenant en outre 7 592 parts par l'intermédiaire de leur société d'acquêts.

Le jour de l'apport, la société JMS revendait l'usufruit temporaire des 15 777 titres Coralu à la SARL CM, contrôlée par M. C..., procurant ainsi des liquidités (5 364 180 €) à JMS. La cession de l'usufruit temporaire était réalisée pour la valeur exacte de l'apport.

Puis, le 27 novembre 2009, avait lieu un second apport portant également sur des droits sociaux démembrés et à titre temporaire.

M. C... faisait en effet apport à JMS de l'usufruit sur 17 ans de 10 426 parts de la SARL CM, pour une valeur fixée dans l'acte d'apport à 2 649 767 €, l'apport étant rémunéré par la remise de 241 000 parts sociales nouvelles de 10 € (2 410 000 €) et par le versement d'une soulte de 239 767 €.

C'est cette dernière étape du montage qui est en débat devant vous mais, disons d'emblée qu'à la lumière de ce rappel, nous comprenons que l'administration fiscale se soit demandée à quelle logique économique cette construction sophistiquée pouvait bien répondre, eu égard notamment au caractère circulaire ou triangulaire des apports successifs : le second apport à JMS portant sur l'usufruit temporaire des parts de la SARL CM, qui était elle-même cessionnaire de l'usufruit temporaire des actions Coralu apportées à JMS...

Le vérificateur contestait la valeur vénale des droits apportés par M. C... à JMS. Il concluait que cette valeur n'était pas de 2 649 767 €, mais de 621 353 €, ce dont il déduisait que l'apport avait été effectué pour une valeur majorée avant de retenir, nous citons la proposition de rectification : « *Cette survalorisation de l'apport génère un avantage sans contrepartie au bénéfice de l'associé. Cette libéralité n'a pas été tracée en comptabilité* », ce qui justifiait la qualification d'avantage occulte de l'article 111 c, ceci alors même, relevait le vérificateur, que les droits sociaux attribués en rémunération de l'apport pour une valeur

majorée n'affectaient pas l'actif net de la société émettrice, la libéralité étant « *constituée et payée sous forme d'actions* » et la surévaluation « *génératrice d'un revenu réputé distribué à la date d'attribution des actions émises en contrepartie* ».

L'écart entre la valeur déclarée de l'apport (2 649 767 €) et sa valeur vénale retenue par l'administration (621 353 €) donnait la mesure de la libéralité (2 028 414 €), ce montant étant affecté d'un coefficient multiplicateur d'1,25 et soumis à l'impôt sur le revenu et aux contributions sociales au titre de l'année 2009, les droits étant assortis de pénalités, le tout pour un peu moins de 2 M€.

Les époux C..., qui réclamaient en vain, portaient le litige devant le juge.

N'ayant obtenu que le dégrèvement des contributions sociales, à concurrence de la somme de 92 531 €, prononcé par l'administration pour se conformer à la décision n° 2016-610 QPC du 10 février 2017 du Conseil constitutionnel, ils se pourvoient en cassation.

**3.-** Au point 3 de son arrêt, la cour a jugé, dans ce qui constitue un considérant de principe : « *Lorsqu'une société bénéficie d'un apport pour une valeur que les parties ont délibérément majorée par rapport à la valeur vénale de l'objet de la convention, sans que cet écart ne comporte de contrepartie, l'avantage ainsi octroyé doit être regardé comme une libéralité consentie à l'associé et représentant un avantage occulte constitutif d'une distribution de bénéfices au sens (...) de l'article 111 du CGI. La preuve d'une telle libéralité doit être regardée comme apportée par l'administration lorsqu'est établie l'existence, d'une part, d'un écart significatif entre la valeur d'apport déclarée et la valeur vénale réelle du bien apporté et, d'autre part, d'une intention, pour l'apporteur d'octroyer, et, pour la société bénéficiaire, de recevoir une libéralité du fait des conditions de l'apport. Cette intention est présumée lorsque les parties sont en relation d'intérêts* ».

La cour a encore retenu, au point 9 : « *il résulte de ce qui a été dit au point 3 que, contrairement à ce que soutiennent M. et Mme C..., un apport en nature effectué par un associé pour une valeur majorée est susceptible d'être regardée comme une libéralité octroyée par la société bénéficiaire de l'apport, en raison de la distribution de titres surévalués, imposable entre ses mains sur le fondement du c) de l'article 111* ».

Enfin, et nous en terminons par cette citation, la cour a retenu, au point 11, que la distribution occulte était imposable « *quand bien même elle ne prend pas la forme d'une somme en numéraire mais de parts de société* ».

Vous aurez d'abord reconnu, dans la rédaction du point 3 de l'arrêt attaqué, une formulation qui est directement inspirée de l'arrêt *Société Cérès* (Plén., 9 mai 2018, n° 387071, rec. p. 165, RJF 2018 n° 726, concl. Y. Bénard C726, chron. A. Iljic p. 915) qui a transposé aux opérations d'apports en société la solution forgée par votre arrêt *Min. c/ Société Raffypack* (3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ssr, 5 janv. 2005, n° 254556, T. pp. 854-855-858, RJF 2005 n° 213, concl. E. Glaser BDCF 2005 n° 25, chron. F. Berezyiat p. 314) pour les acquisitions à titre

onéreux en cas de prix volontairement minoré par les parties pour dissimuler une libéralité du vendeur à l'acquéreur.

Plus exactement, la cour s'est inspirée de la seconde partie de l'arrêt *Cérès* qui – nous soulignons lourdement ce point – concernait l'hypothèse d'un apport à un prix volontairement minoré dissimulant une libéralité, sans citer au préalable la première partie de l'arrêt qu'il faut pourtant avoir présente à l'esprit : il y est en effet rappelé qu'il résulte des dispositions combinées du 2 de l'article 38 du CGI et de l'article 38 *quinquies* de l'annexe III à ce code que les opérations d'apport sont, en principe, sans influence sur la détermination du bénéfice imposable et que ce n'est que par exception que, lorsque la valeur d'apport des immobilisations, comptabilisée par l'entreprise bénéficiaire, a été volontairement minorée par les parties pour dissimuler une libéralité faite par l'apporteur à l'entreprise bénéficiaire, que l'administration est fondée à corriger la valeur d'origine des immobilisations apportées pour y substituer leur valeur vénale, augmentant ainsi l'actif net de l'entreprise dans la mesure de l'apport effectué à titre gratuit.

C'est sans doute dans ce maillon manquant du raisonnement que gît l'erreur de droit qu'à notre avis, la cour a commise.

4.- La question est de savoir si la jurisprudence *Cérès* fonctionne à double sens, c'est-à-dire si elle peut couvrir également les cas dans lesquels ce n'est pas la société bénéficiaire de l'apport qui s'enrichit par l'effet d'une libéralité résultant d'un apport pour une valeur minorée, mais l'apporteur qui s'enrichit par l'effet d'une libéralité résultant d'un apport pour une valeur majorée.

Les solutions symétriques sont séduisantes intellectuellement et esthétiques. Elles sont de surcroît fréquentes, en matière de rémunérations et avantages occultes de l'article 111 c.

Il en va ainsi de la jurisprudence réversible relative aux acquisitions ou cessions d'éléments d'actif. En effet, de la même manière que l'acquisition par une entreprise soumise à l'impôt sur les sociétés d'un élément d'actif à un prix délibérément majoré fait naître un avantage occulte imposable sur le fondement du c. de l'article 111 entre les mains du vendeur (3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ssr, 20 juin 2012, *Min. c/ M...*, n° 343033, T. p. 726), la cession par l'entreprise d'un élément d'actif à un prix délibérément minoré fait naître un avantage occulte taxable dans ce cas entre les mains de l'acheteur (7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ssr, 14 juin 1978, *Min. des finances c/ X*, n° 9403, rec. p. 254). Ce sont les termes de votre arrêt de Section T... qui met sur le même plan les deux opérations (28 févr. 2001, n° 199295, rec. p. 96, RJF 2001 n° 620, chron. J. Maïa p. 395, concl. G. Bachelier BDCF 5/01 n° 67).

La quête de symétrie est, en outre, au cœur de l'identification d'une libéralité qui, conformément aux règles du droit civil les mieux établies, implique de pouvoir constater un appauvrissement du disposant et un enrichissement du gratifié. L'article 893 du code civil définit en effet la libéralité comme « *l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne* ».

Enfin si, civilement, la donation entre vifs a la nature d'un contrat unilatéral, ayant pour objet de conférer un avantage sans contrepartie, et implique d'identifier, chez le disposant, un élément intentionnel qui tient à l'intention de procurer un avantage au gratifié, l'article 894 du code civil définit la donation comme « *un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte* ». C'est ce qui explique que la jurisprudence fiscale exige non seulement que soit établie, chez l'auteur de la libéralité, l'intention d'octroyer, mais aussi que l'on puisse identifier réciproquement un élément subjectif chez le bénéficiaire : l'intention de recevoir une libéralité du fait des conditions de l'acte.

C'est, comme nous l'avons déjà dit<sup>2</sup>, votre jurisprudence « plaisir d'offrir » et « joie de recevoir ».

Pour autant, les solutions symétriques sont loin d'être systématiques.

Il suffit de rappeler que, dans le cas d'une acquisition par l'entreprise d'un élément d'actif à prix majoré ou minoré, l'administration fiscale n'est pas en droit de rehausser les bases de l'impôt sur les bénéfices de cette dernière dès lors que l'élément d'actif ayant été inscrit à l'actif pour sa valeur d'acquisition, il n'est résulté de cette seule opération aucune diminution ou aucune augmentation de la valeur de l'actif net ressortant du bilan de clôture de l'exercice (8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> chr, 17 nov 2000, *Min c/ Sté SPEI*, n° 179429, T. p. 954, RJF 2001 n° 144 ; 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ssr, 27 avr. 2001, *Société générale de transport et d'industrie*, n° 212680, T. p., RJF 2001 n° 905, concl. J. Courtial BDCF 2001 n° 87), alors que l'administration est en droit de taxer le revenu distribué entre les mains de son bénéficiaire.

Nous croyons de même que l'application symétrique de la jurisprudence *Cérés* ne fonctionne pas – ou à tout le moins pas systématiquement.

Certes, ainsi que nous venons de le rappeler, le rehaussement notifié au bénéficiaire de la libéralité, qui dans notre configuration est l'apporteur, n'est pas subordonné à la condition que l'opération ait fait naître un surcroît de résultat imposable pour la distributrice.

Mais nous rencontrons la difficulté théorique suivante : l'apporteur s'enrichit-il nécessairement et, à supposer que ce soit le cas, la société bénéficiaire s'appauvrit-elle ? Autrement dit, lorsqu'il est constaté, l'enrichissement de l'apporteur procède-t-il ou provient-il de manière certaine d'un appauvrissement de la société bénéficiaire de l'apport ?

Il faut commencer par rappeler que les apports – si l'on met de côté les apports en industrie – sont constitués de biens (il s'agit dans notre cas de droits sociaux démembrés), dont les associés transfèrent la propriété ou la jouissance à la société bénéficiaire (il s'agit dans notre cas de la propriété du droit d'usufruit) et en contrepartie desquels ils reçoivent des

---

<sup>2</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> chr, 24 oct. 2008, *Min. c/ M. S...* et *Min. c/ M. SC...*, n° 412322 et n° 412323, inédit, RJF 2019 n° 36, à nos concl. C36.

parts ou actions, représentatifs de droits sur la société qu'ils ont vocation à exercer au cours de la vie sociale et à la liquidation de la société.

Dans un schéma d'apport consenti à l'occasion d'une augmentation de capital, les biens apportés seront en règle générale rémunérés par l'émission d'actions ou parts sociales nouvelles, qui représentent des droits dans le capital, ainsi que des droits politiques.

Si l'apport de titres est assimilé fiscalement à une cession à titre onéreux de valeurs mobilières et droits sociaux et relève du régime de taxation des plus-values mobilières, un dispositif de sursis d'imposition s'applique automatiquement aux plus-values résultant d'opérations d'échanges de titres réalisées à l'occasion d'un apport de titres à une société soumise à l'IS.

Au plan civil, l'opération d'apport confère à l'apporteur un droit sur l'actif net social, une simple potentialité de rémunération au titre de son investissement.

Dans ce contexte, l'enrichissement de l'apporteur ayant consenti un apport pour une valeur majorée ne nous paraît pas systématique.

Nous notons tout d'abord qu'il n'y a aucun enrichissement immédiat dans le cas d'un apport consenti à une société dont l'apporteur serait l'unique associé, car les biens apportés se retrouvent à l'actif de la société bénéficiaire et l'apporteur ne reçoit en contrepartie que des titres lui ouvrant des droits qui par construction ne portent que sur ce dont la société bénéficiaire dispose. L'opération nous semble neutre pour l'apporteur, ou circulaire.

En revanche, si la société bénéficiaire compte d'autres associés, l'apporteur qui consent un apport pour une valeur majorée peut y gagner.

Prenons le cas d'une société bénéficiaire qui compte deux associés A et B disposant chacun de la moitié des parts, leur participation étant exactement valorisée 50 chacun. Si à l'occasion d'une augmentation de capital un nouvel associé consent un apport de titres estimés à 100, alors que leur valeur vénale est de 50, il obtiendra la moitié des droits sociaux (100/200). Il troque donc des titres valant 50 contre d'autres titres qui lui donnent droit à la moitié d'un actif réel de 150. On peut considérer qu'à la date de l'échange, l'intéressé s'enrichit.

Mais nous butons alors sur la seconde question, qui est de savoir si la société bénéficiaire de l'apport s'appauvrit du fait de la remise des titres en échange de l'apport, c'est-à-dire si c'est la contrepartie de l'enrichissement de l'apporteur peut être identifiée dans une diminution du patrimoine de la société bénéficiaire de l'apport.

Dans le cas d'un apport consenti pour une valeur délibérément minorée, vous considérez que l'administration est fondée à corriger, dans les comptes de la société bénéficiaire, la valeur d'inscription à l'actif du bien apporté, pour lui restituer sa valeur véritable, ce qui donne la mesure de la libéralité dont elle bénéficie.



En revanche, dans le cas d'un apport consenti pour une valeur délibérément majorée, le simple fait que la société bénéficiaire remette des titres de son capital en rémunération de cet apport ne caractérise pas un appauvrissement de la société car, sauf circonstances particulières, cette remise de titres ne lui coûte rien, mais entraîne plutôt une dilution à due proportion des droits des autres associés.

L'appauvrissement éventuel nous paraît donc devoir être recherché du côté des associés dilués qui peuvent de leur côté, le cas échéant, avoir consenti une libéralité, s'ils ont délibérément ratifié l'acte d'apport pour une valeur majorée, c'est-à-dire s'ils ont été animés d'une intention libérale.

Le contrat de société est, depuis le code Napoléon, identifié comme un terrain d'élection des donations indirectes, c'est-à-dire des donations qui sont réalisées au moyen d'un acte qui, sans être une donation ostensible, passée devant un notaire, ni un don manuel, n'est pas non plus une donation déguisée (l'acte support de la donation indirecte n'étant pas simulé). Les professeurs Malaurie et Brenner relèvent à cet égard que « *la donation indirecte peut résulter d'un acte incomplètement onéreux* » avant d'observer qu'il peut en aller ainsi « *de la survalorisation d'un apport, lorsque ces opérations s'expliquent par une intention libérale* » (Ph. Malaurie et C. Brenner, Droit des successions et des libéralités, LGDJ, sept. 2020, n° 331). Et, ainsi que l'a écrit le professeur Renaud Mortier, la société s'apparente, dans certains cas, à une « *technique de gratification* » (JCP N 2014 n° 45-46 n° 1334 p. 93, R. Mortier et R. Gentilhomme, « *La société : technique de gratification* »), notamment lorsque la prime d'émission ou d'apport est insuffisante : « *c'est alors l'apporteur qui bénéficie d'une donation indirecte consentie par les anciens associés, lorsque la valeur vénale des droits sociaux est supérieure au nominal des titres, sous réserve toutefois que l'intention libérale de ces derniers à l'égard du premier ne soit pas douteuse* ».

La Cour de cassation a ainsi eu l'occasion de juger qu'il y avait donation indirecte (devant être rapportée à la succession du donateur) à l'occasion d'une opération d'augmentation de capital d'une SARL constituée entre un père (Henri, 169 parts sur 200), l'un de ses deux fils (Emmanuel, 22 parts) et les trois enfants de ce dernier (3 parts chacun). Les 200 parts nouvelles avait été souscrites par le fils (Emmanuel) après que son père et ses trois enfants lui avaient cédé leurs droits de souscription, pour une valeur très inférieure à leur valeur vénale. Saisie par l'autre fils (Christian) après le décès du père (Henri), la cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, identifie une donation indirecte consentie par le père à l'un seulement de ses héritiers, rapportable à la succession (Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 2 déc. 1981, *E...*, n° 80-15.972, Bull. Civ. I n° 363).

On pourrait donc penser, dans une configuration telle que la nôtre, que la libéralité n'a pas été consentie par la société bénéficiaire de l'apport, excluant de ce fait la qualification de revenus distribués en l'absence de flux sortant de la société, mais par les autres associés de cette dernière, surtout s'ils sont liés par une communauté d'intérêts avec l'apporteur, faisant présumer leur intention libérale.

Le bon instrument de taxation ne serait alors pas l'article 111 du CGI, mais les articles 750 *ter* et suivants de ce code, soumettant les transmissions à titre gratuit aux droits de mutation, la Cour de cassation jugeant de manière constante que les donations indirectes sont passibles des droits de mutation à titre gratuit (Cass. Com., 1<sup>er</sup> déc. 1998, *L... c/ DGI*, n° 96-16.010, RJF 1999 n° 254 ; Cass. Com., 7 mars 2018, *B... c/ DGFIP*, n° 16-26.689, RJF 2018 n° 692).

Un revenu distribué par la société bénéficiaire de l'apport ne pourrait, le cas échéant, être identifié que s'il était établi que la société bénéficiaire aurait, par exemple, remis en rémunération de l'apport ses titres qu'elle aurait préalablement rachetés dans le cadre d'un programme de rachat de ses propres actions (puisqu'il lui est fait interdiction d'en souscrire) dans les conditions, très restrictives, prévues aux articles L. 225-206 et suivants du code de commerce. D'autres hypothèses sont peut-être envisageables.

C'est pourquoi, en jugeant qu'en toutes circonstances, un apport pour une valeur délibérément majorée par rapport à la valeur vénale, sans contrepartie, constitue une libéralité taxable entre les mains de l'apporteur sur le fondement du c) de l'article 111, la cour a commis une erreur de droit.

Nous ajoutons, pour conclure, que le bien-fondé de la rectification litigieuse nous paraît d'autant plus sujet à caution que la société JMS, bénéficiaire de l'apport, n'avait que deux associés : M. C... et Mme, son épouse.

Or, d'une part, l'apport survalorisé de M. C..., à le supposer tel, n'a fait que diluer à la marge Mme C..., qui ne détenait en propre que 50 parts sur 488 000 avant l'apport et n'en détenait plus que 50 sur 729 000 après l'apport.

D'autre part, l'associée diluée, Mme C..., est soumise à une imposition commune avec son époux. Tout se passe au sein du même foyer fiscal.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt attaqué, au renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel de Lyon et à ce que l'Etat verse la somme de 3 000 euros à M. et Mme C... au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.