

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*RACHAT DE TITRES PRÉALABLEMENT APPORTÉS À LA SOCIÉTÉ CÉDANTE DANS LE
CADRE D'UN APPORT PARTIEL D'ACTIF*

ARNAUD DE BISSY

Référence de publication : La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 3, 19 Janvier 2012, 1067

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

**RACHAT DE TITRES PRÉALABLEMENT APPORTÉS À LA SOCIÉTÉ CÉDANTE DANS LE CADRE D'UN
APPORT PARTIEL D'ACTIF**

Selon la CAA de Paris, en cas de rachat de titres détenus par une société dans une filiale par l'effet d'un apport partiel d'actif placé sous le régime de faveur de l'article 210 B du CGI, l'ensemble de la plus-value constatée au moment du rachat est éligible au régime des distributions de bénéfices entre filiales et sociétés mères. Il n'y a pas lieu de la plus-value existante au jour de l'apport partiel et celle constatée au titre de la période écoulée entre l'apport et le rachat des titres.

CAA Paris, 10e ch., 15 mars 2011, n° 09PA05607, SA Société Générale :JurisData n° 2011-016449

LA COUR (...) :

• Considérant que le 30 mars 1987, la Société Génébanque a bénéficié de la part de la société Généfinance d'un apport partiel d'actifs comprenant des titres de la société Sogapec, ultérieurement devenue SG Capital Développement. ; que ces titres, qui figuraient au bilan de la société apporteuse pour un montant de 201 501 341 F (30 718 681,41 euros), ont été inscrits à l'actif de la société bénéficiaire pour leur valeur d'apport, établie à 287 701 812 F (43 859 858,50 euros) ; que la plus-value d'apport d'un montant de 86 200 471 F (13 141 177,09 euros) ainsi dégagée par la société Généfinance à l'occasion de cette opération, placée sous le régime prévu aux articles 210 A et 210 B soit 86 200 471 F (13 141 177,09 euros), a bénéficié du sursis d'imposition résultant de ce régime ; qu'en 1997, la société SG Capital Développement a procédé au rachat de ses propres titres détenus par la Société Génébanque, au prix de 292 680 783 F (44 618 897,73 euros), en vue de l'annulation ultérieure de ces titres par voie de réduction de capital ; que la Société Génébanque a constaté alors un boni de rachat égal à la différence entre la valeur comptable initiale des titres et le prix de vente, soit un montant de 91 179 441 F (13 900 216,17 euros), qu'elle a retranché de son bénéfice net imposable au titre de l'exercice clos au cours de l'année 1997 en application du régime des sociétés mères et filiales organisé par les dispositions des articles 145 et 216 du CGI ; qu'à l'issue d'une vérification de comptabilité de cette société, l'Administration a remis en cause le bénéfice de ce régime pour le montant du prix de rachat correspondant à la plus-value d'apport placé en sursis d'imposition, qu'elle a soumis à l'impôt sur les sociétés au taux réduit de 19 % prévu par les dispositions de l'article 39 *duodecies* du CGI dans leur rédaction alors applicable ; que les compléments d'impôt sur les sociétés et de contributions additionnelles issus de ce redressement ont été mis à la charge de la SA Société Générale, en application de l'article 223 A du CGI, en sa qualité de société intégrante d'un groupe fiscal dont fait partie la Société Génébanque ;

• Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que la somme de 292 680 783 F (44 618 897,73 euros) versée par la société SG Capital Développement à la Société Génébanque correspond, pour sa fraction excédant le montant du remboursement des apports effectués initialement par les associés de la

société Sogapec, à une distribution de revenus, y compris en tant qu'elle inclut la somme égale à la plus-value d'apport placée en sursis d'imposition dans les conditions rappelées précédemment ; que la somme de 91 179 441 F (13 900 216,17 euros) représentant la différence entre la somme de 292 680 783 F (44 618 897,73 euros) et la somme de 201 501 341 F (30 718 681,41 euros) égale à la valeur d'inscription comptable, en 1987, dans les écritures de la société Génémance, des titres de la société Sogapec, pouvait par suite être regardée comme une distribution faite par une filiale à sa société mère relevant du régime prévu aux articles 145 et 216 du CGI ;

- Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que, sans qu'il soit besoin d'examiner le moyen tiré de l'irrégularité du jugement attaqué, la SA Société Générale, redevable légal de l'imposition en litige, est fondée à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Paris, par le jugement attaqué, a rejeté sa demande tendant à la décharge des cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés, de contribution additionnelle de 10 % et de contribution temporaire de 15 % auxquelles elle a été assujettie au titre de l'exercice clos au cours de l'année 1997 ; (...)

RACHAT DE TITRES PRÉALABLEMENT APPORTÉS À LA SOCIÉTÉ CÉDANTE DANS LE CADRE D'UN APPORT PARTIEL D'ACTIF

1 - Il m'est revenu en mémoire l'échange d'un jeune doctorant avec l'un des membres de son jury de thèse, éminent professeur de droit et avocat fiscaliste réputé de surcroît, à propos de l'arrêt *Gardet* (CE, 7^e et 9^e ss-sect., 8 juill. 1992, n° 88734 : *JurisData* n° 1992-047554 ; *Dr. fisc.* 1993, n° 5, *comm.* 125, *concl.* Mme M.-D. Hagelsteen ; *JCP E* 1992, *pan.* p. 355 ; *Dr. sociétés* 1993, *comm.* 43, *note* M. Deslandes ; *RJF* 8-9/1992, n° 1172, *chron.* J. Turot, p. 659 à 666 ; *Bull. Joly* 1992, n° 10, *note* N. Chahid-Nourai, p. 1122). Cet arrêt avait, rappelons-le, reconnu que le profit réalisé par l'associé à l'occasion du rachat de ses titres par sa société avait une nature de plus-value et non de dividende, ce qui ne l'avait pas empêché de l'imposer comme un revenu mobilier (le privant seulement de l'avoir fiscal) ! À l'étudiant qui s'étonnait de cette contradiction entre la qualification juridique et le régime fiscal, le suffragant s'écria à propos d'un associé personne morale qui se retire de sa société : « Mais vous voulez que la société paye plus d'impôt ? ».

2 - Il faut dire que la qualification de plus-value la privait *ipso facto* du régime des sociétés mères (CGI, art. 145 et 216)... La réponse de l'impétrant fut d'une coupable naïveté : « Je comprends votre préoccupation Monsieur le professeur, mais je ne suis pas conseil... ». Devant le sourire amusé et presque gêné du jury par tant de candeur, le candidat acheva de s'autodétruire : « Je pensais que le droit devait être cohérent et que les qualifications juridiques devaient aussi s'imposer en matière fiscale... ». Désarmant, et irrécupérable.

3 - Bien des années après, la question du rachat de titres continue d'alimenter la doctrine (V. Dumont, *Rachat par une société de ses propres titres : une « chère » rédemption ?* : *BF Lefebvre* 10/2010, p. 753 et s.), et de générer des litiges entre l'Administration et les contribuables (A. de Bissy, *Optimisation fiscale du retrait d'associé* : *Dr. et patrimoine oct.* 2011, p. 51 et s.). Aujourd'hui pourtant, la qualification de revenu mobilier s'est définitivement imposée en jurisprudence, aussi bien pour l'associé personne physique (CE, 3^e et 8^e ss-sect., 31 juill. 2009, n° 296052, *Sté Fiteco* : *JurisData* n° 2009-081519 ; *Dr. fisc.* 2009, n° 43, *comm.* 509, *concl.* E. Glaser, *note* A. de Bissy ; *RJF* 11/2009, n° 939, *concl.* E. Glaser, p. 825 ; *BDCF* 11/09, n° 128, *concl.* E. Glaser), que pour l'associé personne morale (CE, 3^e et 8^e ss-sect., 26 juill. 2011, n° 325464, *min. c/ Sté Pfizer Holding France* : *JurisData* n° 2011-018832 ; *Dr. fisc.* 2011, n° 47, *comm.* 600, *concl.* E. Cortot-Boucher, *note* R. Schneider et O. Janoray).

4 - L'intérêt de l'arrêt ici commenté de la cour administrative d'appel de Paris du 15 mars 2011 réside dans le contexte original de l'affaire : celui d'un rachat de titres préalablement apportés à la société cédante dans le cadre d'un apport partiel d'actif (*CAA Paris, 10e ch., 15 mars 2011, n° 09PA05607, SA Société Générale :JurisData n° 2011-016449 ; Dr. sociétés 2011, comm. 184, note J.-L. Pierre*). Les faits de l'espèce peuvent être résumés comme suit :

le 30 mars 1987, la société Généfinance réalise un apport partiel d'actifs au profit de la société Génébanque. Parmi les éléments d'actif apportés à Génébanque, figuraient des titres de la société Sogapec (devenue ultérieurement SG Capital développement) ;

les titres Sogapec figuraient au bilan de Généfinance pour un montant de 201 501 341 F (30 718 681,41 €). Ils sont apportés à Génébanque pour une valeur de 287 701 812 F (45 859 858,50 €). Conformément à l'article 210 B du CGI, qui transpose aux scissions et aux apports partiels d'actifs le régime des fusions (*CGI, art. 210 A*), la plus-value d'apport (86 200 471 F, soit 13 141 177,09 €) sur les éléments non amortissables est mise en sursis (elle ne sera imposée que lors de la cession des biens par la société bénéficiaire, ici Génébanque) ;

en 1997, la société SG Capital développement a racheté ses propres titres à la société Génébanque pour un prix fixé à 292 680 783 F (44 618 897,73 €). La société Génébanque a considéré que le profit total (292 680 783 F - 201 501 341 F = 91 179 441 F) devait être assimilé à un revenu mobilier exonéré en application du régime des sociétés mères (*CGI, art. 145 et 216, préc.*) et l'avait retranché de son bénéfice imposable, en totalité (à l'époque des faits, la réintégration d'une quote-part pour frais et charges n'était pas requise par les textes) ;

à la suite d'une vérification de comptabilité de la société Génébanque, le vérificateur fiscal a au contraire estimé que le profit mis en sursis d'imposition n'avait pas perdu son caractère de plus-value et qu'il devait donc être imposé en tant que tel (19 % à l'époque × 86 200 471 F). Le complément d'IS réclamé a ensuite été mis à la charge de la Société Générale en sa qualité de société mère du groupe intégré dont faisait justement partie la société Génébanque.

5 - Si le tribunal administratif de Paris avait rejeté la demande en décharge présentée par la Société Générale (*TA Paris, 1re sect., 3e ch., 26 juin 2009, n° 0413737, Société Générale et Sté Génébanque : JurisData n° 2009-024268*), la cour de Paris juge au contraire que « la somme de 292 680 783 F (44 618 897,73 €) versée par la société SG Capital développement à la société Génébanque correspond, pour sa fraction excédant le montant du remboursement des apports effectués initialement par les associés de la société Sogapec, à une distribution de revenus, y compris en tant qu'elle inclut la somme égale à la plus-value d'apport placée en sursis d'imposition dans les conditions rappelées précédemment (...) ».

6 - Certains auteurs approuvent la solution au motif que le mécanisme du sursis d'imposition a pour effet de générer un seul profit de cession, à la différence du report d'imposition (*note J.-L. Pierre, CAA Paris, 10e ch., 15 mars 2011, n° 09PA05607, SA Société Générale, préc.*). Nous sommes bien d'accord sur ce point, mais ce profit unique ne saurait être un revenu mobilier ; il s'agit d'une plus-value de cession. Cette qualification aurait dû s'imposer avec plus d'évidence encore dans le cas d'une plus-value d'apport mise en sursis (1).

7 - La décision de la cour de Paris est également riche d'enseignements. Elle met en lumière la double imposition que subit la plus-value d'apport mise en sursis, au niveau du bénéficiaire lorsqu'il cédera les biens apportés, et au niveau de l'apporteur lorsqu'il cédera les titres reçus en échange. Même si cette double imposition peut aujourd'hui être évitée grâce aux avantages dont disposent les sociétés mères, elle invite surtout à une réforme de l'article 210 B (2).

1. L'apport de la décision : le régime fiscal du rachat de titres bénéficiant d'un sursis d'imposition dans le cadre d'un apport partiel d'actif

A. - Profit unique ou profit multiple ?

8 - Selon l'article 210 B du CGI en vigueur au moment des faits, le régime fiscal de faveur des fusions de sociétés s'applique également aux scissions et aux apports partiels d'actif si la société apporteuse obtient un agrément ministériel ou si l'apport porte sur une branche complète d'activité et qu'elle prend l'engagement de conserver les titres reçus en échange pendant 5 ans et de calculer la plus-value de cession de ces titres par référence à la valeur que les biens apportés avaient dans ses propres écritures. Nous reviendrons ultérieurement sur les conditions d'accès au régime de faveur (elles ont d'ailleurs peu changé, V. *infra* n° 17 et s.). Pour l'heure, seul nous intéresse le dispositif fiscal propre aux fusions et aux opérations assimilées ; la loi met en œuvre un mécanisme de différé d'imposition des plus-values d'apport.

9 - S'agissant des plus-values d'apport sur biens non amortissables, la loi prévoit que la société absorbante doit calculer les plus-values réalisées ultérieurement à l'occasion de leur cession d'après la valeur qu'elles avaient, du point de vue fiscal, dans les écritures de la société absorbée (*CGI, art. 210 A, 1, c*). Ce dispositif a pour effet d'exonérer la société apporteuse et de mettre à la charge de la société bénéficiaire l'imposition de la plus-value, comme si elle avait été propriétaire des biens depuis l'origine (*P. Serlooten, Droit fiscal des affaires : Dalloz, 10e éd., 2011/2012, n° 876*). La doctrine parle de « sursis d'imposition » (*M. Cozian et F. Deboissy, Précis de fiscalité des entreprises : LexisNexis, Litec, 35e éd.*

2011/2012, n° 1827). Il importe peu que les biens soient évalués à leur valeur comptable ou à leur valeur réelle (mais dans ce dernier cas, un retraitement extra-comptable sera nécessaire). Le « sursis » se distingue du « report » d'imposition qui n'a pas pour effet de transférer la charge fiscale sur le cessionnaire (le cédant reste tenu de payer l'impôt sur la plus-value d'apport), mais permet d'en différer le paiement le jour où les biens apportés sont de nouveau cédés (ce régime s'applique lors de la mise en société d'une entreprise individuelle, *CGI, art. 151 octies*).

10 - Dans l'affaire soumise à la cour de Paris, l'administration fiscale entendait traiter différemment la plus-value d'apport sur les titres de la société Sogapec, devenue SG Capital développement (287 701 812 F - 201 501 341 F = 45 859 858,50 €) et la « plus-value » de cession directement liée au rachat de ses propres titres par SG Capital développement (a priori, 292 680 783 F - 287 701 812 F = 4 978 971 F). L'objectif de l'administration fiscale était clair : cantonner l'application du régime des sociétés mères à cette fraction résiduelle du profit de cession et imposer la plus-value intercalaire comme une plus-value à long terme. La société plaidait au contraire pour une approche « moniste » de la plus-value liée au rachat des titres qui, conformément à la jurisprudence, doit être imposée comme un revenu mobilier et devait bénéficier entièrement de l'exonération au titre de l'article 216 du CGI.

11 - La cour administrative d'appel de Paris a fait une correcte application des principes en traitant le produit fiscal de façon unitaire. Fondamentalement en effet, le sursis d'imposition conduit à ne calculer qu'une seule plus-value à la charge du cédant (par différence entre la valeur d'acquisition chez l'apporteur et le prix de cession). La solution aurait été différente dans une situation de « report » d'imposition car ce mécanisme génère deux plus-values taxables : une plus-value d'apport à la charge de l'apporteur (par différence entre la valeur d'acquisition et la valeur d'apport) et une plus-value de cession à la charge du bénéficiaire de l'apport qui cède ensuite le bien (par différence entre la valeur d'apport et le prix de cession). Or, lorsque la loi met en œuvre un sursis d'imposition, il n'y a qu'un seul profit et donc un seul régime applicable ; cela est logique. Reste à savoir lequel ; c'est ici que nous divergeons.

B. - Plus-value de cession ou revenu mobilier ?

12 - Est-il encore besoin de rappeler que le profit issu du rachat de ses propres titres par une société soumise à l'IS peut faire l'objet de deux qualifications opposées (*J. Turot, Rachat par une société de capitaux de ses propres titres. Un régime assis entre deux chaises : RJF 8-9/1992, p. 659*) ? Du côté de la société, on peut y voir une distribution de bénéfices (cela est lié à son appauvrissement supposé), alors que du côté de l'associé, c'est la qualification de plus-value qui domine (car peu lui importe qu'il cède ses titres à sa société ou à un tiers).

13 - Est-il besoin de rappeler que le droit positif a résolument pris position en faveur de la qualification de revenu distribué ? L'administration fiscale très clairement : « Le rachat par une société passible de l'impôt sur les sociétés de ses propres titres réalisée en vue d'une réduction du capital non motivée par des pertes (...) s'analyse dans tous les cas en une distribution de revenus au sens de l'article 109 du CGI » (*Instr. 4 juill. 2000 : BOI 4 J-1-00 ; Dr. fisc. 2000, n° 36, instr. 12498*). La loi de façon indirecte, au sujet des plus-values privées, en considérant que « *Le gain net mentionné au 6 du II de l'article 150-0 A est égal à la différence entre le montant du remboursement et le prix ou la valeur d'acquisition ou de souscription des titres rachetés, diminuée du montant du revenu distribué imposable à l'impôt sur le revenu au titre du rachat dans les conditions prévues aux articles 109, 112, 120 et 161* » (*CGI art. 150-0 D, 8 ter*). La jurisprudence enfin, avec une grande constance, que l'associé sortant soit un particulier (*CE, 7e et 8e ss-sect., 24 mars 1982, n° 13963 : JurisData n° 1982-600675 ; Dr. fisc. 1983, n° 9, comm. 342 ; RJF 5/1982, n° 496. - CE, 7e et 9e ss-sect., 9 janv. 1985, n° 39597, Reverchon : JurisData n° 1985-600757 ; Dr. fisc. 1985, n° 13, comm. 664, concl. P.-F. Racine ; RJF 3/1985, n° 418. - CE, 9e et 10e ss-sect., 29 déc. 2000, n° 179647, M. Roesch : JurisData n° 2000-061425 ; Rec. CE 2000, p. 663 ; Dr. fisc. 2001, n° 15, comm. 337, concl. J. Courtial ; RJF 3/2001, n° 310 ; BDCF 3/2001, concl. J. Courtial. - CE, 3e et 8e ss-sect., 31 juill. 2009, n° 296052, Sté Fiteco, préc.*), ou bien une société (*CE, 7e et 8e ss-sect., 18 mars 1992, n° 94061 et n° 95794, SA Péchiney : Dr. fisc. 1993, n° 12, comm. 599, concl. O. Fouquet ; RJF 5/1992, n° 636 ; RJF 8-9/1992, chron. J. Turot, p. 659 à 666 ; LPA 28 janv. 1994, note Ph. Losappio, p. 16. - CE, 3e et 8e ss-sect., 26 juill. 2011, n° 325464, min. c/ Sté Pfizer Holding France, préc.*).

14 - Est-il besoin de souligner à quel point la qualification de revenu distribué est absurde ? Si les mots ont un sens, le « boni » de cession est une plus-value et non un revenu distribué. Le profit de l'associé réside dans son enrichissement à l'occasion du rachat de ses titres et non dans le prix de cession qui lui est versé par la société. D'ailleurs, le législateur lui-même le reconnaît dans le cadre du régime des plus-values privées puisqu'il impose le profit de cession comme une plus-value (*CGI art. 150-0 A, II, 6, préc.*)... sous déduction de la partie imposée comme un revenu mobilier (*CGI art. 150-0 D, 8 ter, préc.*). L'administration fiscale tient le même raisonnement en matière de plus-values professionnelles (*BOI 4 J-1-00, préc., § 13*). Il faut être cohérent ; si l'assiette est celle d'une plus-value, alors le profit doit être imposé en tant que tel, et il doit l'être entièrement. Or, en l'état actuel du droit, le profit de cession sera un revenu distribué pour sa fraction qui excède la valeur des apports ou la valeur d'acquisition si elle est supérieure (*CGI, art. 161*), et une plus-value pour sa fraction comprise entre la valeur d'acquisition si elle est inférieure au nominal des titres et ce dernier montant (*V. Dumont, Rachat par une société de ses*

propres titres : une « chère » rédemption ?, préc., n° 13). Pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué ?

15 - Est-il besoin de rappeler le fondement de la qualification de revenu distribué ? Le droit fiscal tend à considérer que tout désinvestissement social provenant d'une société de capitaux constitue un revenu distribué pour celui qui le reçoit (V. notamment, C. David, O. Fouquet, B. Plagnet et P.-F. Racine, *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale : Dalloz, 5e éd., 2009, thème n° 37, Les revenus distribués, p. 672 et s.*). C'est la raison pour laquelle le boni de liquidation des sociétés (CGI, art. 161, al. 1), et le boni de rachat (CGI, art. 161, al. 2) sont assimilés à des dividendes alors qu'ils ont à l'évidence la nature d'une plus-value. Dans leur commentaire sous l'arrêt *Sté Pfizer* (décision qui applique l'article 161 du CGI aux personnes morales), MM. Schneider et Janoray contestent la prééminence des articles 108 à 120 du CGI sur les règles de détermination des bénéfices industriels et commerciaux (BIC) lorsque l'associé est une personne morale (note R. Schneider et O. Janoray sous CE, 3e et 8e ss-sect., 26 juill. 2011, n° 325464, min. c/ *Sté Pfizer Holding France*, préc.). Nous sommes d'accord : il n'y a aucune raison pour traiter un produit comptable exceptionnel comme un revenu financier. Nous ajoutons néanmoins qu'il doit en aller de même pour la détermination des revenus privés : la comptabilité ne fait que révéler la vraie nature du profit.

16 - Enfin, comment expliquer que la plus-value d'apport mise en sursis se soit transformée en revenu mobilier ? C'est le résultat auquel on est conduit dans le cadre des plus-values privées lorsque les titres sont échangés (BOI 4 J-1-00, préc., § 10). Ce serait donc également le cas en matière de plus-values professionnelles, lors d'un apport partiel d'actif (CAA Paris, 10e ch., 15 mars 2011, n° 09PA05607, SA *Société Générale*). Certains auteurs évoquent le pouvoir « magique » du rachat ayant pour effet de modifier la nature juridique d'un profit (V. Dumont, *Rachat par une société de ses propres titres : une « chère » rédemption ?*, préc., n° 22). On préfère y voir une « coquetterie » de style, car il s'agirait plutôt d'un « miracle » inexplicable. La mise en œuvre du sursis d'imposition aurait dû faire prendre pleinement conscience de l'absurdité de la qualification de revenu distribué puisque tout son mécanisme repose sur la caractérisation d'une plus-value unique. Or, que constate-t-on en pratique ? Il n'y a pas de plus-value unique mais un revenu distribué sauf, éventuellement, pour sa fraction inférieure au nominal des titres rachetés (Instr. 13 oct. 2006 : BOI 4 J-1-06 ; Dr. fisc. 2006, n° 43, instr. 13607, en matière de plus-values privées).

2. Les enseignements de la décision : réflexion au sujet de la double imposition de la plus-value d'apport mise en sursis lors d'un apport partiel d'actif

A. - Une double imposition qui peut être évitée

17 - À l'époque des faits, l'article 210 B disposait « 1/ Les dispositions de l'article 210 A s'appliquent aux scissions et aux apports partiels d'actifs dans la mesure où ces opérations ont été agréées par le ministre de l'économie et des finances. Toutefois l'agrément est supprimé en ce qui concerne l'apport partiel d'actif d'une branche complète d'activité ou d'éléments assimilés lorsque la société apporteuse prend l'engagement dans l'acte d'apport ; a/ De conserver pendant cinq ans les titres remis en contrepartie de l'apport ; b/ De calculer ultérieurement les plus-values de cession afférentes à ces mêmes titres par référence à la valeur que les biens apportés avaient, du point de vue fiscal, dans ses propres écritures ».

18 - La loi de finances pour 2000(L. n° 99-1172, 30 déc. 1999, art. 22 : Dr. fisc. 2000, n° 1-2, comm. 1), a réduit le délai de conservation des titres de cinq ans à trois ans et précisé les conditions d'octroi de l'agrément administratif. Désormais, l'article 210 B, 3 du CGI énonce que : « L'agrément est délivré lorsque, compte tenu des éléments faisant l'objet de l'apport : a/ L'opération est justifiée par un motif économique, se traduisant notamment par l'exercice par la société bénéficiaire de l'apport, d'une activité autonome ou l'amélioration des structures, ainsi que par une association entre les parties ; b/ L'opération n'a pas comme objectif principal ou comme un des objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscale ; c/ Les modalités de l'opération permettent d'assurer l'imposition des plus-values mises en sursis d'imposition ».

19 - Aujourd'hui comme hier, sauf à obtenir un agrément administratif, la cession des titres de la société bénéficiaire reçus en échange par la société apporteuse dans le cadre d'un apport partiel d'actif peut conduire à une double imposition de la plus-value d'apport (*Mémento fiscal Lefebvre 2011, n° 39235*). Il s'agit d'une double imposition « économique », puisque si un même profit est imposé deux fois, il le sera chez deux contribuables différents.

- En effet, conformément à la lettre de l'article 210 B du CGI, la société apporteuse doit calculer sa plus-value de cession, non pas par rapport à la valeur d'acquisition des titres qui lui ont été remis en échange, mais par rapport à la valeur d'origine des biens apportés (valeur comptable). Or c'est précisément ce même profit qui est de nouveau imposé, chez la société bénéficiaire de l'apport cette fois, au moment où le sursis prendra fin, lors du rachat des titres (conséquence normale liée au caractère intercalaire de l'opération, CGI, art. 210 A).

- Pour faire clair, dans l'espèce soumise à la cour de Paris, la plus-value d'apport sur les titres Sogapac (devenue SG Capital) constatée par la société Généfinance lors de son apport partiel d'actif à la société Génébanque aurait été imposée deux fois : lors de la cession des titres SG Capital par Génébanque et lors de la cession des titres Génébanque par Généfinance.

20 - Au moment des faits, il faut bien reconnaître que la qualification de revenu mobilier du boni de rachat présentait un avantage certain sur celle de plus-value dans la mesure où les dividendes sont exonérés d'IS au titre du régime des sociétés mères (*CGI, art. 145 et 216*), alors que les plus-values à long terme des sociétés étaient imposées à 19 % (*CGI, art. 219, I, a ancien*). Ce n'est plus le cas aujourd'hui ; la loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004 a exonéré les plus-values à long terme sur cession des titres de participation (à compter des exercices ouverts en 2007). Or, les titres de participation sont précisément ceux qui ouvrent droit au régime des sociétés mères (*CGI, art. 219, I, a quinquies*). Simplement, il conviendra de réintégrer une quote-part pour frais et charges de 10 %, à compter des exercices ouverts en 2011 (*L. fin. rect. 2001, n° 2011-1117, 19 sept. 2011, art. 4 : Dr. fisc. 2011, n° 38, comm. 516*) et non pas de 5 % (comme dans le régime des sociétés mères).

B. - Une double imposition injustifiée

21 - Cette quasi-identité de traitement n'entraînera de notre part aucune indifférence quant à la qualification du boni de rachat qui, n'en déplaie au juge administratif, est bien une plus-value, y compris lorsqu'elle faisait l'objet d'un sursis d'imposition auquel il est mis fin. Il ne saurait être question d'admettre une qualification juridique qui nous semble inexacte au seul motif qu'elle est plus avantageuse fiscalement, ou qu'elle ne l'est pas moins qu'une autre.

22 - Au demeurant, la double imposition économique de la plus-value d'apport n'est pas liée à la qualification de plus-value qui pourrait être attribuée au boni de rachat de titres suite à un apport partiel d'actif mais plutôt à une rédaction inappropriée de l'article 210 B du CGI.

- Elle ne se produit pas dans le régime des échanges de titres privés consécutivement à un apport en société, puisque le sursis d'imposition dont profitent ces opérations (*CGI, art. 150-0 B*) n'a pas pour effet de faire supporter le poids de l'impôt sur le bénéficiaire (il calculera sa plus-value de cession par référence à la valeur d'apport des titres), mais sur l'apporteur (il calculera la plus-value par référence à la valeur d'origine des titres, *CGI, art. 150-0 D, 9*).

- Elle contrevient au principe de neutralité fiscale édicté par la directive n° 90/434/CE du 23 juillet 1990 sur le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports partiels d'actif et échanges d'actions. À cet égard, on rappelle que le boni de fusion (qui correspond à la plus-value d'échange des associés de la société absorbée) ne constitue pas un revenu imposable (CGI, art. 115, 1). Il en va de même en matière d'apport partiel d'actif lorsque la répartition des titres a lieu dans le délai d'un an à compter de l'apport (CGI, art. 115, 2), même si un agrément est désormais nécessaire (L. n° 2001-1275, 28 déc. 2001, art. 85 : Dr. fisc. 2002, n° 1, act. 1).

23 - Il est difficile de justifier la double imposition de la plus-value dans le cadre d'un apport partiel d'actif. Observons en premier lieu que ce risque est éliminé lorsque les biens apportés sont amortissables car l'obligation faite au bénéficiaire de l'apport de réintégrer le profit de façon échelonné est compensée par la déduction de l'amortissement. Pour les biens non amortissables, le régime de l'article 210 B se justifierait de deux façons ; eu égard aux risques d'abus de droit et compte tenu de la nature juridique particulière de l'apport partiel d'actif.

- S'agissant de l'abus de droit, le dispositif actuel aurait pour effet de prévenir les montages du type « apport/cession » qui reposent sur une utilisation abusive du sursis d'imposition par l'apporteur, puisque la société bénéficiaire sera également imposée sur la plus-value d'apport (alors que dans un apport en société « classique », elle calcule sa plus-value de cession par référence à la valeur d'apport). L'argument n'est pas sans valeur ; le contentieux relatif à l'utilisation abusive du régime des apports-cessions de titres en est la meilleure illustration (R. Mortier, L'apport-cession à la loupe : Dr. fisc. 2011, n° 42-43, étude 564). Pour autant, il n'est pas recevable ; le risque de double imposition dans un apport partiel d'actif existe indépendamment de l'abus. En outre, à supposer qu'il y ait une intention fiscale, l'arrêt de la cour de Paris ici commenté nous montre que la règle fiscale peut être contournée aisément par l'effet d'un rachat de titres si la société bénéficiaire jouit du statut fiscal des sociétés mères.

- Quant à la spécificité de l'opération d'apport partiel d'actif ; il est vrai que par comparaison avec une fusion absorption, elle présente une difficulté qui tient à ce que l'apporteur ne disparaît pas. De fait, le législateur fiscal combine le régime des fusions et celui des apports en société ; en tant que « fusion partielle », la plus-value d'apport est transférée sur les épaules du bénéficiaire, et en tant qu'apport générant un échange de titres, elle est également transférée sur les épaules de l'apporteur. Pourtant, l'apport partiel d'actif est plus proche de l'apport en société que d'une fusion (sur la distinction entre l'apport en société et la fusion, V. P. Le Cannu, note sous Cass. com., 9 nov. 2010, n° 09-70.726, FS-P+B, SA Beauté esthétique c/ SARL Detraz et Cie Les Menaux : JurisData n° 2010-020700 ; Bull. Joly

sociétés, 2011, n° 2, p.122 et s. - V. également sous cet arrêt, note M.-L. Coquelet : JCP E 2011, 1073). Il convenait de faire prévaloir l'analyse « apport », au détriment de l'analyse « fusion », en instituant un régime analogue au sursis prévu par la loi lors d'un échange de titres privés (CGI art. 150-0 B et 150-0 D, 9, préc.).

24 - Reste à envisager les incidences des règles comptables (avis CNC 2004-01, règl. CRC 2004-01). Si l'apport partiel d'actif est réalisé à la valeur vénale, il conviendra seulement de prévoir un sursis d'imposition pour l'apporteur (le bénéficiaire est exonéré « de fait »). S'il est réalisé à la valeur comptable, le sursis est « de fait » pour la société apporteuse comme pour la société bénéficiaire. Au plan fiscal, sauf à prévoir un régime d'exonération pour la société bénéficiaire (pourquoi pas lié à un engagement de conservation des titres reçus), il est bien évident que l'évaluation de l'apport à la valeur réelle est plus avantageuse.

25 - Cette prééminence de la règle comptable n'est pas choquante ; il s'agit seulement de faire application d'un principe essentiel de la fiscalité ; celui de la neutralité. Pas la neutralité « économique », qui permet de neutraliser fiscalement certains effets comptables indésirables, mais la neutralité « juridique » qui fonde la matière fiscale tout entière. S'il y a en effet une chose que les grands maîtres de la fiscalité nous ont apprise, c'est bien que le droit fiscal est un droit « second », ou de « superposition », qui doit respecter les qualifications juridiques et le traitement comptable des opérations de l'entreprise. Et au moment d'achever ces quelques lignes, l'ancien doctorant regrette encore de ne pas avoir rappelé, ce jour là, le principe de neutralité à son interrogateur qui, rendons-lui hommage, n'attendait sans doute que cela...