

Des réclamations doivent là encore être présentées, dans les délais prévus par les lois en vigueur dans l'Etat de la filiale.

Enfin toutes les retenues à la source, et non pas seulement celle visée par l'arrêt Denkavit et l'instruction administrative précitée sont, selon nous, fragilisées par la position de la Cour européenne.

On pense en particulier aux retenues qui affectent les intérêts sortants sans trouver d'imposition équivalente dans l'Etat du créancier en raison par exemple de la faiblesse de son résultat fiscal. Certes, dans ce cas, c'est pen-

sons-nous le principe de liberté des mouvements des capitaux qui est en cause, mais la CJCE devrait sanctionner avec la même sévérité la violation infligée à un autre grand principe communautaire.

Rappelons que le principe de la liberté des mouvements de capitaux est d'application mondiale, et non seulement européenne. Pour terminer, précisons que la Cour juge que «même une restriction à la liberté d'établissement de faible portée ou d'importance mineure est prohibée par l'article 43 CE». Elle nous invite, nous semble-t-il, à la plus grande vigilance en la matière. ■

L'ANALYSE

Vers une nouvelle appréciation de l'abus de droit en cas d'apport-cession de fonds de commerce ?



Par Jean-Christophe Bouchard, avocat associé, et Réginald Legenre, avocat, Franklin

La société SHNP a procédé à l'apport à titre pur et simple d'un fonds de commerce au bénéfice de la société Astyage, filiale de la société Casino, le 30 décembre 1995. L'apport a été soumis au droit fixe d'enregistrement. Quatre jours après l'apport, la société SHNP cédait les actions reçues à la société Casino.

Arguant de la concomitance des opérations d'apport et de cession, l'administration fiscale a considéré que l'apport devait s'analyser en une vente passible des droits de mutation à titre onéreux (5 % à compter du 1^{er} janvier 2006) et notifié un

redressement au titre des droits d'enregistrement sur le fondement de l'abus de droit.

La Cour de cassation (Cass. com. 20 mars 2007 sté distribution Casino France n° 05-20.599) a rejeté le pourvoi du contribuable et jugé que «enchaînement de ces opérations sur une courte période se justifiait par la poursuite d'un but exclusivement fiscal, consistant à éluder le paiement des droits de mutation à titre onéreux», après avoir relevé que l'apport avait été réalisé «en dehors de toute prise de risque inhérente à l'apport en société et en dehors de toute logique économique».

Cet arrêt vient ajouter au trouble semé par un arrêt du 31 octobre 2006 (Cass. com. 31 octobre 2006 n° 1174, sté Audit Sud Est) alors que le contexte jurisprudentiel entourant l'apport-cession était jusqu'à présent très favorable.

Dans cette affaire, l'apport avait été réalisé au profit d'une société créée par l'apporteuse et la cessionnaire des actions. La Haute Cour avait jugé que l'apport de l'immeuble suivi de la cession dissimulait une vente aux motifs que l'apport-cession était intervenu moins de trois mois après la constitution de la société bénéficiaire et que la cessionnaire avait le contrôle exclusif de la société bénéficiaire. Ces deux arrêts rappellent en outre deux avis du CCRAD figurant dans ses rapports de 1998 (affaire 98-5) et 2001 (affaire n° 2001-5).

Il nous semble toutefois que seule une décision de principe pourrait remettre en cause la jurisprudence bien établie selon laquelle un apport-cession peut valablement être réalisé dès lors que ses justifications économiques et financières sont réelles, cela même si elles sont atteintes par la voie la moins imposée, et

à condition qu'elles ne soient pas contredites par une opération ultérieure telle que l'absorption à brève échéance de la bénéficiaire des apports par la société cessionnaire, le délai de réalisation des opérations, la création de la société bénéficiaire pour les besoins de l'apport comme sa création par le cessionnaire des titres étant indifférents (Cass. com 7 mars 1984, SARL Beauvallet ; Cass. Com. 21 avril 1992 Saphymo Stel ; Cass. com. 10 décembre 1996 n° 2084 P, sté RMC France).

Enfin, on rappellera qu'un apport-cession sera plus difficilement critiquable par l'administration lorsque l'apport portera sur une branche complète d'activité. En effet, un tel apport, dont le traitement comptable est prévu par le CNC, trouve des justifications économiques encore plus flagrantes que l'apport d'actifs isolés. ■