



Chloë Nessim & Fabrice Rymarz
Cabinet d'avocats Racine

Optimisation fiscale

Le dispositif d'apport-cession ou l'issue législative du feuilletton jurisprudentiel de l'anti-abus

Technique très prisée des praticiens, fiscalistes et autres gestionnaires de patrimoine, l'apport-cession vient de faire une entrée remarquée dans le Code général des impôts. Pourtant, plusieurs zones d'ombre subsistent en matière de limites à l'optimisation fiscale.

Le montage de l'apport-cession consiste, en substance, en l'apport par une personne physique de titres d'une société soumise à l'Impôt sur les Sociétés (IS) à une autre société soumise à ce même impôt et que l'apporteur contrôle, suivi, dans un délai très bref, de la cession par la société bénéficiaire de l'apport des titres reçus pour leur valeur d'apport. Par l'application combinée des règles fiscales applicables aux apports de titres avant l'entrée en vigueur du dispositif commenté et du régime d'imposition forfaitaire favorable des dividendes versés aux personnes physiques, ces opérations permettaient aux personnes physiques de céder les titres d'une société qu'ils contrôlaient sans imposition immédiate tout en bénéficiant des liquidités afférentes à ladite cession avec une imposition extrêmement réduite. Régulièrement combattu

par l'administration fiscale sur le terrain de l'abus de droit (laquelle avait récemment reçu l'aval du Conseil d'Etat), l'apport-cession a finalement fait une entrée remarquée dans le Code général des impôts (CGI). Le nouveau dispositif issu de la 3^e loi de finances rectificative pour 2012, prévu à l'article 150-OB ter du CGI, présente les caractéristiques suivantes. Tout d'abord, le sursis d'imposition applicable lors de l'apport des titres à une société contrôlée est remplacé, sous certaines conditions, par un report d'imposition applicable de plein droit. Ensuite, il est mis fin au report d'imposition dans deux cas. D'une part, en cas de cession par l'apporteur personne physique des titres reçus en contrepartie de l'apport (à l'instar du régime actuel). D'autre part, en cas de cession des titres apportés dans un délai de 3 ans, sauf si la société bénéficiaire de l'apport prend l'engagement

d'investir dans une activité opérationnelle (ou dans l'acquisition d'une fraction du capital d'une société exerçant une telle activité et qui a pour effet de lui en conférer le contrôle) au moins 50 % du produit de leur cession dans un délai de deux ans, à compter de la date de la cession. Cette mesure anti-abus vise essentiellement à tenir en échec les schémas d'abus de droit internes mais permet également de contrecarrer les schémas d'optimisation passant par la délocalisation de l'apporteur à l'étranger.

Substitution d'un régime de report d'imposition au régime du sursis d'imposition

Les apports de titres placés sous le régime du sursis d'imposition ne constituent que des opérations intercalaires n'ayant aucune conséquence fiscale lors de l'apport, l'assiette et le régime d'im-

position applicables à la plus-value d'apport étant déterminés au terme du sursis, lors de la cession des titres reçus en contrepartie de l'apport. Dans le cadre du régime du report d'imposition, l'assiette de la plus-value est au contraire cristallisée au moment de l'apport, tandis que le régime d'imposition applicable est celui en vigueur au terme du report. La substitution du mécanisme du report au mécanisme du sursis a donc un effet dissuasif évident dans la mesure où il fige la plus-value sur les titres apportés telle qu'elle existe au jour de l'apport. L'apporteur ne pourra donc plus, comme auparavant, bénéficier des abattements pour durée de détention sur la durée de conservation totale des titres (l'abattement sera figé à la date de l'apport) et ne sera plus en mesure de bénéficier de règles d'assiette favorables qui pourraient, éventuellement, entrer en vigueur postérieurement à l'apport. En outre, dans la mesure où les règles d'imputation des plus et moins values sont encore incertaines dans cette situation particulière (cf. point suivant), l'apporteur pourrait se trouver dans la situation de devoir acquitter un impôt sur une plus-value alors même qu'au moment de la cession des titres apportés, il réaliserait une moins-value nette.

Modification du fait générateur de l'imposition des plus-values d'apport

Le deuxième élément mis en place par le législateur en vue de lutter contre les schémas d'apport-cession considéré comme abusif est la modification du fait générateur d'imposition de la plus-value d'apport. Auparavant, seule la cession des titres reçus par l'apporteur pouvait mettre fin au sursis d'imposition et déclencher l'imposition de la plus-value d'apport. Désormais, le report d'imposition cesse non seulement lorsque l'apporteur cède les titres

reçus en contrepartie de l'apport mais également dans le cas où la société bénéficiaire de l'apport cède les titres apportés et ce, dans un délai inférieur à 3 ans⁽¹⁾. Au terme de ce délai, seule la cession des titres reçus en contrepartie de l'apport est susceptible de mettre un terme au report d'imposition. L'objectif affiché est donc clair : seules les situations d'apport durables ou de réinvestissement effectif des liquidités perçues au titre de la cession des titres initialement apportés peuvent soutenir la rationalité économique des opérations d'apport-cession. En conséquence, les mécanismes fiscaux de faveur sont désormais susceptibles de ne s'appliquer que dans ces situations extrêmement circonscrites. En cas de non respect des conditions posées par l'article 150-OB ter, la plus-value en report sera désormais imposée au barème progressif de l'IR dans les conditions de droit commun. A cet égard, si les modalités d'imposition du complément de plus-value généré entre la date de l'apport des titres et celle de la cession des titres reçus en contrepartie de l'apport (ou des titres apportés) ne laissent pas de doute⁽²⁾, plus incertaines sont les modalités d'imputation de la moins-value additionnelle qui serait réalisée lors de la cession des titres reçus en contrepartie de l'apport (ou des titres apportés). Dans le rapport de M. Eckert sur le projet de loi de finances rectificative pour 2012, ce dernier précise qu'au titre de l'article 150-OB ter, la plus-value en report est « *immédiatement mise en recouvrement* » et qu'une nouvelle imposition est établie sur la différence entre le prix de cession et le prix ou la valeur des titres lors de l'apport. Sur la base de cette analyse, le report d'imposition serait considéré comme un différé de mise en recouvrement de l'impôt rendant ainsi impossible la compensation de l'éventuelle moins-value réa-

lisée lors de l'évènement mettant fin au report d'imposition et la plus-value en report imposée au titre de la même année.

A l'inverse, la doctrine administrative récente⁽³⁾ ainsi que la jurisprudence précisant les modalités d'application du mécanisme de report d'imposition⁽⁴⁾, indiquent que ce dispositif entraîne le report du fait générateur de l'imposition et que « *la moins-value subie au titre de l'année en cours (...) peut être imputée sur une plus-value dont l'imposition est établie à l'expiration du report d'imposition* ». Dans ces conditions, il existerait des arguments forts pour soutenir qu'en cas de cession de titres rendant imposable une plus-value en report d'imposition et dégageant une moins-value globale de cession, la compensation pourrait être effectuée entre la moins-value de cession et la plus-value en report devenant imposable au titre de la même année. Il conviendra donc d'être extrêmement attentif aux précisions que l'administration fiscale pourrait apporter sur ce point dans l'instruction qui commentera ce dispositif.

L'autre but du dispositif prévu par l'article 150-OB ter est de lutter contre les schémas d'abus de droit passant par la délocalisation à l'étranger. Que l'apport précède ou suive le transfert de résidence fiscale hors de France, nous verrons que l'articulation des dispositifs de l'exit tax prévu par l'article 167 bis du CGI et de l'apport-cession est susceptible de poser des difficultés d'application pratiques.

Apport précédant le transfert de domicile hors de France

Dans cette première hypothèse, le transfert de domicile fiscal hors de France met fin au report⁽⁵⁾. Cependant, l'impôt sur la plus-value dû à cette occasion pourra, dans certaines conditions, bénéficier →

du sursis de paiement prévu à l'article 167 bis du CGI, qui sera maintenu aussi longtemps que seront satisfaites les conditions de l'article 150-OB ter du CGI.

En cas de rétablissement du domicile en France dans un délai de huit ans suivant le transfert hors de France, l'article 167 bis VII du CGI prévoit que le contribuable sera replacé dans la même situation fiscale que s'il n'avait jamais quitté le territoire français. Il s'ensuit, selon nous, que le sursis de paiement grevant la plus-value d'apport en report serait purgé, tandis que le report d'imposition ayant grevé ces mêmes titres avant le transfert du domicile hors de France serait rétabli à cette occasion.

La plus-value latente additionnelle qui serait constatée entre l'apport des titres et le transfert de domicile hors de France pour laquelle un sursis de paiement avait été accordé au moment dudit transfert devrait, quant à elle, être dégrevée de toute imposition.

Apport succédant au transfert de domicile hors de France

Dans ce second cas, le transfert de domicile hors de France emportera en principe l'imposition de la plus-value latente grevant les droits sociaux, au titre de l'exit tax. Le contribuable pourra toutefois bénéficier comme dans l'hypothèse précédente, dans certaines conditions, du sursis de paiement de ladite plus-value.

L'apport des droits sociaux à une société contrôlée par l'apporteur, bénéficiant du report d'imposition, ne constituera pas une cause d'expiration du sursis de paiement précité⁽⁶⁾.

En revanche, lorsque les conditions du sursis de paiement ou du report d'imposition ne seront plus remplies dans le délai de 8 ans suivant le transfert de domicile fiscal hors de France, l'articulation des régimes de sursis et de

report d'imposition nous paraît plus incertaine.

L'administration devra en effet préciser les modalités d'imposition de chacune des plus-values réalisées lors de la cession par l'apporteur initial des titres reçus en contrepartie de l'apport. Cela inclut tout d'abord la plus-value latente placée en sursis au jour du transfert de domicile hors de France, dont l'assiette devrait être recalculée au jour de la cession (article 167 bis VIII 1 du CGI) mais dont le taux d'imposition serait celui applicable au jour dudit transfert. Il faudra également s'intéresser à la plus-value en report cristallisée à la date de l'apport des titres post-transfert⁽⁷⁾ mais dont le taux d'imposition sera fixé au jour de la cession. Enfin, la plus (ou moins) value additionnelle réalisée entre l'apport et la cession des titres⁽⁸⁾ entrera en ligne de compte.

À l'expiration du délai de 8 ans, ou dans le cas où le contribuable rétablirait son domicile fiscal en France avant cette date, rien ne s'opposerait, a priori, à ce que la plus-value constatée lors du transfert du domicile fiscal dont il a été sursis au paiement fasse l'objet d'un dégrèvement si les titres ont été conservés. Tel ne semble pas si évident pour la plus-value en report qui, à la lettre du texte, resterait due jusqu'à la cession des titres reçus en contrepartie de l'apport.

Suite aux arrêts du Conseil d'Etat par lesquels ce dernier avait tenté de poser les limites de l'optimisation fiscale dans le cadre des dispositifs d'apport-cession, une certaine insécurité juridique planait tant il s'avérait complexe de déterminer les conditions dans lesquelles un schéma pouvait être considéré comme économiquement rationnel. L'article 150-OB ter avait ainsi vocation à préciser ces conditions et à mettre ainsi fin aux seuls mécanismes d'ap-

port-cession considérés comme abusifs.

Si plusieurs zones d'ombres doivent encore être levées, il est regrettable de constater qu'en pratique, ce nouveau dispositif combiné aux autres mesures fiscales restrictives adoptées en matière de fiscalité des entreprises (limitation de la déductibilité des charges financières, limitation de l'imputation des déficits, modification des règles de calcul des plus-values de cession de titres de participation, etc.) ont un effet délétère sur les opérations de restructuration patrimoniale et incitent véritablement les entrepreneurs individuels envisageant des opérations de croissance, notamment internationales, à réaliser ces dernières hors de France, voire à délocaliser leur résidence fiscale, quitte à assumer un coût d'impôt immédiat non négligeable. ■

Notes

(1) À titre d'exception, il n'est pas mis fin au report d'imposition si la société réinvestit au moins 50 % de la plus-value réalisée dans un délai de deux ans à compter de la cession

(2) Cette plus-value serait imposable dans les conditions du droit commun et pourrait notamment bénéficier des abattements pour durée de détention, décomptés de la date de l'apport jusqu'à celle de la cession

(3) BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10 n°360

(4) CAA Paris 8 octobre 2008 n°07-4645, 2^e ch., Herlicq ; CE, 28 mars 2012 n°323412, 1^{ère} et 9^e s.-s., Herlicq.

(5) Article 150-OB ter 4° et article 167 bis II du CGI

(6) Article 167 bis VII 1. a) du CGI

(7) Calculée par la différence entre la valeur d'apport et la valeur réelle des titres retenue pour la détermination de la plus-value lors de la mise en œuvre du sursis d'imposition en application de l'article 167 bis du CGI

(8) Celle-ci devant être soumise aux règles d'imposition de droit commun