

NOUVEAUX CHARMES ET CONTRAINTES DE L'APPORT-CESSION

*par Jérôme Commerçon, Associé Département Fiscal,
et Xavier Colard, Avocat Département Fiscal,
Scotto & Associés*



Jérôme Commerçon

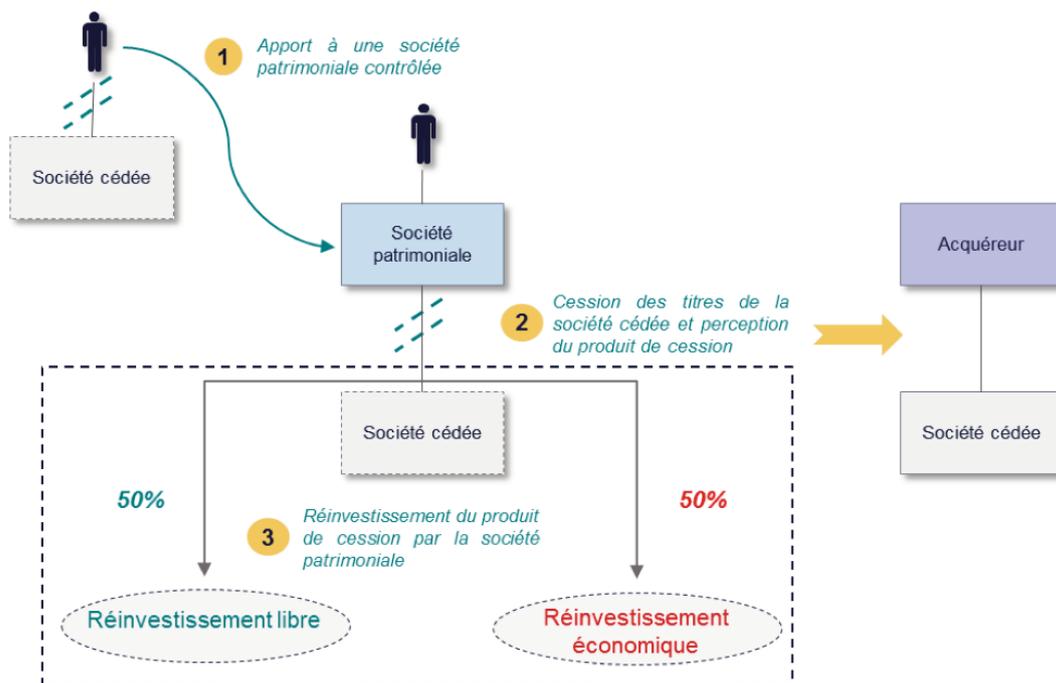


Xavier Colard

Outil combinant les atouts d'une structuration patrimoniale efficace et le charme d'une optimisation fiscale sécurisée, le mécanisme d'apport par une personne physique de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés qu'elle contrôle, suivi de la cession de ces derniers à brève échéance (communément dénommé « apport-cession ») est codifié depuis fin 2012 à l'article 150-0 B ter du Code général des impôts.

Tout en permettant par exemple de faciliter la gestion isolée d'un ensemble d'actifs, d'organiser les règles de gouvernance au sein d'un groupe familial, d'encapsuler des revenus en vue de la retraite et éventuellement de préparer la transmission d'un patrimoine, le recours au mécanisme de l'apport-cession permet de reporter, voire d'effacer à terme, l'imposition des plus-values latentes sur des titres ayant vocation à être cédés.

La loi de finances rectificative pour 2016 (Loi 2016-1918 du 29-12-2016) a apporté quelques aménagements significatifs à ce régime, en introduisant d'importantes précisions concernant (i) les modalités de remploi possibles du produit de la vente des titres par la société bénéficiaire des apports, dorénavant harmonisées, (ii) la durée du réinvestissement nécessaire, désormais limitée à douze mois, et (iii) les conséquences de la fin du report d'imposition, à l'avenir figées en considération du régime d'imposition applicable au titre de l'année de l'apport. En outre, les opérations de réorganisation successives sont facilitées en permettant des échanges illimités de titres en report d'imposition. Enfin, la soulte éventuellement versée lors de l'apport doit désormais être imposée immédiatement du fait d'un durcissement général du régime fiscal applicable aux soultes.



UN RÉGIME DE REPORT D'IMPOSITION SOUS CONDITION DE REMPLOI

Codifié à l'article 150-0 B ter du Code général des impôts (« CGI ») aux fins d'encadrer le régime de l'apport-cession, largement contesté par l'administration fiscale sur le terrain de l'abus de droit par le passé et dont les grands traits étaient jusqu'alors fixés par la jurisprudence, ce dispositif légal s'applique depuis le 14 novembre 2012 aux opérations d'apport en nature de titres réalisées au profit d'une société contrôlée par l'apporteur, dès lors que celle-ci est soumise à l'impôt sur les sociétés et que son siège social est situé dans un pays de l'Union européenne ou dans un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale.

Ce régime permet, de façon simplifiée, l'application d'un mécanisme de report d'imposition différant l'imposition de la plus-value latente sur les titres apportés jusqu'à la disparition des titres de la société patrimoniale bénéficiaire de l'apport du patrimoine de la personne physique apporteuse, par voie de cession, rachat, remboursement, ou annulation des titres, ou le cas échéant jusqu'au transfert de son domicile fiscal hors de France. Le bénéfice du régime de report d'imposition est néanmoins subordonné au réinvestissement par la société patrimoniale dans des activités économiques de 50% au moins du produit de la cession des titres reçus en apport lorsque cette cession intervient, de façon relativement classique, à brève échéance après

l'apport et en toute hypothèse dans un délai de trois ans. Ce seuil de réinvestissement doit alors être atteint avant l'expiration d'un délai de deux ans suivant la cession, à l'aide d'un ou plusieurs réinvestissements.

La nature des conditions de réinvestissement économique précisée

Initialement, les actifs éligibles permettant d'atteindre le seuil de 50% de réinvestissement dans des activités économiques dans les deux ans de la cession pour maintenir le régime de report d'imposition devaient entrer dans l'une des catégories suivantes :

- le financement d'une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale, agricole ou financière, à l'exception de la gestion d'un patrimoine mobilier, ou
- l'acquisition d'une fraction du capital conférant le contrôle d'une société exerçant l'une des activités « opérationnelles » précitées, sous l'exception relative à la gestion de son patrimoine mobilier ou immobilier propre, ou
- la souscription en numéraire au capital d'une ou plusieurs sociétés, soit exerçant l'une des activités « opérationnelles » précitées, sous la même exception relative à la gestion de son patrimoine mobilier ou immobilier propre, soit ayant pour objet social exclusif de détenir des participations dans des sociétés exerçant les activités précitées.

La loi de finances rectificative pour 2016 (article 33) a légèrement aménagé la nature des réinvestissements éligibles.

En premier lieu, la loi de finances rectificative a utilement supprimé un renvoi partiellement incohérent qui figurait dans la version initiale de l'article 150-0 B ter du CGI s'agissant des souscriptions au capital en numéraire de sociétés, qui pouvait laisser à penser que la condition d'exercice d'une activité « opérationnelle » était requise de la société dans laquelle le réinvestissement est réalisé au titre d'une période continue de cinq années préalablement à la cession. Toutefois, dans la mesure où cette modification ne s'applique qu'aux cessions réalisées depuis le 1er janvier 2017, la question se pose de savoir si l'administration fiscale entendra exiger pour les cessions antérieures à cette date l'existence d'une antériorité de cinq ans d'activité par la société dans laquelle l'investissement est réalisé et tentera de remettre en cause toute souscription au capital de sociétés nouvelles pour ces opérations.

En second lieu, la loi de finances rectificative a introduit dans le texte de l'article 150-0 B ter du CGI une précision figurant dans la doctrine administrative (BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-20160304, n°305) s'agissant du financement direct d'une activité opérationnelle, aux termes de laquelle le réinvestissement doit porter sur le financement de moyens permanents d'exploitation affectés à l'activité, ce qui exclut naturellement les immeubles inscrits à l'actif mais non affectés à une activité économique, mais pourrait également exclure le financement de simples stocks, dans le cadre d'une activité de marchand de biens, par exemple.

Enfin, la loi de finances rectificative a partiellement harmonisé la nature des sociétés dans lesquelles un réinvestissement peut être opéré en restreignant les acquisitions d'une participation majoritaire aux sociétés dont le siège social est situé dans un État membre de l'Union européenne, en Islande, au Liechtenstein ou en Norvège, à l'instar des conditions initialement posées en cas de réinvestissement sous forme d'une souscription de capital en numéraire. Une discordance subsiste néanmoins avec la situation du financement direct d'une activité, qui reste envisageable quelle que soit la localisation de cette activité. En outre, une différence fondamentale reste maintenue entre l'hypothèse d'un réinvestissement sous forme d'acquisition d'une participation conférant le contrôle d'une société et celle d'une simple souscription au capital en numéraire, dans la mesure où cette dernière reste possible dans une simple société holding. Ces nouvelles dispositions n'ont par ailleurs introduit aucune restriction ou précision particulière quant à la taille des sociétés dans

lesquelles le réinvestissement est effectué, leur forme sociale, la négociation éventuelle de leurs titres sur un marché financier et l'évolution de ces sociétés postérieurement à la réalisation du réinvestissement.

Les compléments de prix éventuellement reçus par la société patrimoniale au titre de la vente des titres qui lui ont été apportés font de plus l'objet de dispositions spécifiques. Désormais, le complément de prix doit, par parallélisme, être réinvesti dans un délai de deux ans décompté à compter de sa perception uniquement pour ne pas remettre en cause le report d'imposition et à partir de la cession elle-même.

Une durée de détention des actifs en emploi réduite à 12 mois

La loi de finances rectificative pour 2016 (article 33) a par ailleurs inséré dans le texte de l'article 150-0 B ter du CGI un délai de conservation minimum de douze mois des biens ou titres concernés par le réinvestissement de 50% du produit de cession.

Ce délai se révèle en réalité être plus faible que celui requis jusqu'à présent par l'administration fiscale qui était d'une durée de vingt-quatre mois au minimum (BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-20160304, n°295).

Bien que ces précisions législatives ne s'appliquent en principe qu'aux cessions réalisées à compter du 1er janvier 2017, il pourra en être tiré argument en cas de contrôle fiscal pour les opérations réalisées antérieurement lorsqu'un délai de détention des actifs en emploi de vingt-quatre mois n'aura pas pu être satisfait.

Des modalités d'imposition figées au regard de l'année de l'apport

Dans un objectif de mise en conformité du dispositif avec la récente décision du Conseil constitutionnel du 22 avril 2016 (Cons. Const. Décision, 22 avril 2016, n°2016-538 QPC), la loi de finances rectificative pour 2016 (article 34) a significativement modifié le régime d'imposition applicable lorsqu'il est mis un terme au report d'imposition.

Jusqu'à présent, la plus-value dont l'imposition était reportée était figée dans son montant au jour de l'apport, en tenant compte des règles d'assiette applicables à l'époque de l'apport telles que les abattements pour durée de détention. Le taux d'imposition n'était en revanche pas figé et suivait les éventuelles évolutions applicables jusqu'à ce qu'il soit mis un terme au report d'imposition, en offrant le cas échéant la possibilité de bénéficier d'une baisse du taux d'imposition applicable, mais en ouvrant en contrepartie un risque de supporter une augmentation dudit taux.

Désormais, le taux d'imposition à l'issue du report sera fixé par référence au régime applicable au titre de l'année de réalisation de l'apport, en déterminant le taux qui leur aurait été appliqué si ces plus-values n'avaient pas bénéficié du report d'imposition.

S'agissant de l'impôt sur le revenu et de la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus, sous réserve de certaines particularités propres aux non-résidents ou aux apports réalisés fin 2012, le taux applicable relèvera d'une formule relativement complexe visant à prendre en considération l'application du barème progressif de l'impôt sur le revenu en déterminant le taux moyen d'imposition du contribuable. Le taux applicable est en effet égal au rapport entre (i) un montant composé de la différence entre (a) l'impôt sur le revenu qui aurait été dû au titre de l'année d'apport par le contribuable en intégrant dans ses revenus imposables les plus-values placées en report d'imposition et (b) l'impôt sur le revenu dû au titre de ses autres revenus imposables, et (ii) le montant total des plus-values placées en report d'imposition :

$$\frac{(IR \text{ total } (PV \text{ en report} + \text{autres revenus}) - IR \text{ sur autres revenus seuls})}{(PV \text{ en report})}$$

Pour les prélèvements sociaux, le texte précise qu'ils seront calculés en application du taux en vigueur lors de la réalisation de la plus-value placée en report d'imposition, la date de réalisation devant *a priori* s'entendre comme la date de réalisation de l'apport à la société patrimoniale.

Le recours aux opérations successives de restructuration devient illimité

Les apports et échanges de titres réalisés à la suite d'un apport-cession n'étaient autorisés, par la doctrine administrative que dans la limite de deux opérations d'apport ou échanges consécutifs. Une troisième opération affectant les titres grevés d'un report d'imposition entraînait l'expi-

ration du report initial et l'imposition de la plus-value à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux (BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60-20160304, n°560), constituant ainsi un véritable frein à la réalisation d'opérations de restructuration, même très espacées dans le temps.

La loi de finances rectificative pour 2016 (article 32, I-3°-b et c et II-B) a très utilement assoupli cette contrainte en autorisant les opérations d'apport ou d'échange successives sans en limiter le nombre. Ainsi, les opérations de restructuration par voie notamment d'apport ultérieur ou de fusion se trouvent facilitées.

L'imposition immédiate de la soulte versée lors d'une opération d'apport-cession

Jusqu'à présent, les soultes reçues à l'occasion d'un apport ou d'une opération d'échange de titres bénéficiaient d'un régime fiscal favorable lorsque le montant de la soulte reçue n'excédait pas 10% de la valeur nominale des titres reçus. Dans le cadre d'une opération d'apport-cession en report d'imposition, la soulte ne devenait ainsi imposable que lors de l'évènement mettant fin au différé d'imposition.

Au regard de certains schémas d'optimisation fiscale auxquels le régime favorable des soultes a pu donner lieu, et des réserves récurrentes apportées par l'administration fiscale sur le caractère abusif de ces schémas, le législateur a pris le parti de durcir les règles d'imposition applicables à l'ensemble des soultes reçues par les contribuables à l'occasion d'un apport ou d'un échange de titres.

Dans ce contexte, la loi de finances rectificative pour 2016 (article 32) a introduit un régime général d'imposition des soultes reçues dans le cadre de l'apport-cession, dès l'année de l'apport et quand bien même le montant de la soulte n'excéderait pas 10% de la valeur nominale des titres reçus en contrepartie de l'apport.

CONTACTS CABINET

Jérôme Commerçon

Associé Département Fiscal

+33 1 83 92 38 38

jcommercon@scotto-associes.com

Xavier Colard

Avocat Département Fiscal

+33 1 83 92 38 38

xcolard@scotto-associes.com