

EXPERTISES

ORGANISATION

FINANCE & GESTION SEPTEMBRE 2015



PAR
MATHIEU LE TACON
AVOCAT ASSOCIÉ, DELSOL
AVOCATS

L'Administration fiscale précise le mécanisme de l'apport-cession

Plus de trente mois après l'entrée en vigueur du mécanisme du « report d'imposition » prévu à l'article 150-0 B ter du CGI, l'Administration fiscale vient enfin de publier ses commentaires, pour l'instant à l'état de projet, de ce nouveau mécanisme.

Les entrepreneurs qui détiennent en direct les titres de leur société et qui s'approprient à les céder ont toujours la possibilité soit de les vendre directement, soit de les apporter préalablement à une société holding créée pour l'occasion, à charge ensuite pour celle-ci de vendre elle-même les titres qui lui ont été apportés.

Dans le premier cas, celui de la cession directe des titres par l'entrepreneur, la plus-value de cession est soumise (i) au barème progressif de l'impôt sur le revenu (dont le taux maximum est de 45%), après certes un abattement pour durée de détention de 0 à 85%¹, (ii) aux prélèvements sociaux (CSG, CRDS, etc.) au taux global de

15,5% sans abattement, (iii) le cas échéant à la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus au taux de 3 ou 4%².

Pour faire simple, la plus-value ainsi réalisée peut-être imposée au minimum à 26,25% et au maximum à 64,5%...

Dans le second cas, celui de l'apport préalable des titres à une holding, l'entrepreneur

cédaient n'est (en tout cas à ce stade) tout simplement pas imposé puisqu'il bénéficie généralement d'un mécanisme de différé d'imposition.

Dans le cadre de ce différé d'imposition, depuis le 1^{er} janvier 2000 s'appliquait à tous les cas de figure un mécanisme de « sursis » d'imposition codifié à l'article 150-0 B ter du CGI.

En application de ce mécanisme l'entrepreneur qui apportait les titres de sa société à une holding détenue à 100% par lui bénéficiait, de plein droit et sans aucun formalisme déclaratif, d'un sursis d'imposition de la plus-value et ce jusqu'à une (très éventuelle³) cession ultérieure⁴ des titres de la holding par l'entrepreneur.

La société holding pouvait ensuite vendre les titres qui venaient de lui être apportés, par hypothèse à la même valeur que celle d'apport, ce qui permettait à la holding de ne dégager aucune plus-value et ainsi d'appréhender 100% du produit de cession sans aucun frottement fiscal.

Ce mécanisme dit d'« apport-cession » était pourtant régulièrement considéré comme abusif par l'administration fiscale, mais aussi par la jurisprudence, notamment en cas de délai trop rapproché entre l'apport à la holding et la cession par celle-ci des titres qui lui ont été apportés.

C'est dans ce cadre que le législateur a souhaité codifier le mécanisme de « l'apport-ces-

« *cession* » en lui donnant une existence légale mais aussi en l'encadrant.

Le report d'imposition codifié à l'article 150-0 B ter du CGI

Ainsi, dans le cadre de la Loi de finance rectificative pour 2012, a été mis en place un nouveau mécanisme de différé d'imposition, cette fois de « *report* » d'imposition et codifié à l'article 150-0 B ter du CGI, susceptible de s'appliquer aux opérations d'apport réalisées depuis le 14 novembre 2012.

En application de ce mécanisme, l'apport par un entrepreneur de titres d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés à une holding qu'il contrôle bénéficie d'un « *report* » d'imposition.

La plus-value en report doit ainsi être calculée (en appliquant l'abattement pour durée de détention correspondant⁵) et mentionnée sur la déclaration de revenus de l'entrepreneur tant qu'un événement (par exemple la cession des titres de la holding obtenus en échange de l'apport) ne met pas fin au report, rendant ainsi exigible l'impôt sur la plus-value.

Surtout sont désormais expressément prévues les conditions dans lesquelles peut être réalisé un « *apport-cession* » : dans le cas où la holding cède les titres qui lui ont été apportés dans un délai de trois ans à compter de l'apport, le report dont a bénéficié l'entrepreneur prend fin sauf si la holding prend l'engagement de réinvestir dans un délai de deux ans au moins la moitié du produit de cession dans une activité économique.

Plus précisément le report est maintenu si la holding réinvestit dans les deux ans de la cession, intervenant elle-même dans les trois ans de l'apport, 50% au moins du produit de la cession :

- Soit dans le financement d'une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale,

agricole ou financière, à l'exception de la gestion d'un patrimoine mobilier ou immobilier ;
- soit dans l'acquisition d'une société, exerçant une ou plusieurs des activités précitées et lui permettant d'avoir le contrôle de cette société ;

- soit dans la souscription en numéraire au capital initial ou à l'augmentation de capital d'une ou plusieurs sociétés exerçant une ou plusieurs des activités précitées mais sans avoir besoin d'en obtenir le contrôle.

Soulignons que le mécanisme du report d'imposition reste valable même en cas d'apport rémunéré par une soulte dès lors que celle-ci n'excède pas 10% de la valeur nominale des titres reçus en échange de l'apport.

A titre d'exemple, un entrepreneur apportant à sa holding des titres d'une valeur de 1 100 000 € bénéficie du report d'imposition de la plus-value même s'il est rémunéré par des titres de sa holding pour 1 M€ et par une soulte de 100 000 €, soulte qui peut par exemple lui être remboursée grâce au produit de cession des titres reçus par la holding.

Ce faisant, l'entrepreneur perçoit directement et sans aucun frottement fiscal immédiat, une partie du produit de cession des titres apportés à sa holding...

Autre point important, contrairement au sursis prévu à l'article 150-0 B du CGI, le mécanisme du report prévu à l'article 150-0 B ter du CGI ne permet pas une purge automatique de la plus-value en cas de donation.

Les précisions apportées par l'administration fiscale

Plus de deux ans et demi après l'entrée en vigueur de ce nouveau mécanisme de report d'imposition des plus-values d'apport l'administration fiscale vient de mettre en ligne

son projet de commentaires de ce nouveau mécanisme.

En l'état trois observations nous semblent devoir être faites.

La première observation concerne la soulte puisque l'administration confirme ce qu'une partie des praticiens craignait, à savoir que l'usage de la soulte pourrait être considéré comme un abus de droit par l'administration fiscale lorsque la stipulation d'une soulte ne répond qu'à un objectif purement fiscal.

A titre d'exemple, on peut imaginer que l'entrepreneur associé unique d'une société soumise à l'IS qui apporte ses titres à une holding nouvellement créée dans le seul but de profiter de la soulte, pourrait se voir reprocher un but exclusivement fiscal.

Il reste néanmoins à déterminer si, une fois démontré le but autre que fiscal dans la création de la holding, la soulte est alors attaquant ou pas par l'administration fiscale.

La deuxième observation tient à la limitation de l'enchaînement de plusieurs opérations successives d'échanges. Alors que le texte de l'article 150-0 B ter du CGI semblait permettre une succession d'opérations bénéficiant du report ou du sursis, l'administration voudrait limiter à deux le nombre d'opérations faites en report ou sursis d'imposition. Une telle limitation serait un vrai frein à des opérations de restructurations pourtant économiquement justifiées et ce, d'autant plus que l'administration fiscale ne précise pas, en cas d'un troisième apport successif, si celui-ci ferait tomber les deux reports ou bien seulement le dernier report en date...

Enfin, et il s'agit de la troisième observation, l'administration fiscale confirme ce qu'elle avait déjà indiqué dans une précédente instruction, à savoir que l'apport de titres bénéficiant du mécanisme de l'ancien report⁷

à une société contrôlée, donc sous le régime de l'article 150-0 B ter du CGI, ferait tomber de plein droit l'ancien report d'imposition de la plus-value. Une telle solution semble très critiquable tant elle semble ne découler d'aucun texte et rendrait impossible toute opération d'apport actuelle dans un contexte où le contribuable dispose de titres bénéficiant de l'ancien régime de report.

Sur les trois points précités, il va de soit que les praticiens souhaiteraient que l'administration fiscale précise et ou amende son projet d'instruction... ce qui seul permettra de pouvoir faire efficacement fonctionner le mécanisme de l'« *apport-cession* » dès lors que celui-ci est désormais bien encadré par le législateur. ●

1. La CEHR s'applique au taux de 3% pour la fraction du revenu fiscal de référence comprise entre 500 et 1 000 € pour un couple, entre 250 et 500 € pour une personne imposée seule, au taux de 4% pour la fraction du revenu fiscal de référence supérieure à 1 000 € pour un couple, à 500 € pour célibataire.

2. La CEHR s'applique au taux de 3% pour la fraction du revenu fiscal de référence comprise entre 500 et 1 000 € pour un couple, entre 250 et 500 € pour une personne imposée seule, au taux de 4% pour la fraction du revenu fiscal de référence supérieure à 1 000 € pour un couple, à 500 € pour célibataire.

3. Les titres de la holding pouvant notamment faire l'objet d'une donation au profit des enfants ce qui a pour effet de purger purement et simplement la plus-value.

4. Auquel cas la plus-value de cession des titres de la holding est calculée par référence à la valeur d'origine des titres remis à l'échange.

5. Ce qui a pour effet de geler le cours de l'abattement pour durée de détention, contrairement au mécanisme du sursis qui ne stoppe pas le cours du même abattement.

6. Tel qu'il existait avant le 1^{er} janvier 2000, avant la mise en place de l'article 150-0 B du CGI, et codifié aux articles 92 B et 160 I du CGI.