



Rapport présenté par Mr. Christian Eckert (AN)

Projet de loi de finances rectificative pour 2012 (n° 403),

Nouveau régime de sursis d'imposition des plus values d'apport

Article 13

1.– Le régime de sursis d'imposition actuellement applicable en cas d'échange ou d'apport de titres	1
2.– Le nouveau régime de report d'imposition applicable en cas d'apport	4
a) L'économie générale du nouveau régime de report d'imposition	4
b) Les conditions d'application du report d'imposition	5
c) La fin du report d'imposition	7
d) La compatibilité du nouveau régime de report d'imposition avec le droit de l'Union européenne	9
Texte du projet de loi :	13

Observations et décision de la Commission :

Le présent article vise à remettre en cause un schéma d'optimisation fiscale dit d'apport-cession, au titre de la taxation des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux des particuliers à l'impôt sur le revenu. À cette fin, il substitue à l'actuel régime de sursis d'imposition applicable en cas d'apport un régime de report d'imposition sous condition de emploi.

Afin d'éviter tout effet d'aubaine, il est proposé que ces dispositions entrent en vigueur le jour de la délibération du conseil des ministres sur le présent projet, soit le 14 novembre 2012.

1.– Le régime de sursis d'imposition actuellement applicable en cas d'échange ou d'apport de titres

Le législateur a pris en compte la situation particulière des contribuables qui réalisent des plus-values à l'occasion d'un échange de titres ou d'un apport. En effet, ces opérations ne dégagent pas de liquidités au moment de leur réalisation mais facilitent les restructurations d'entreprises nécessaires à la vie économique. Par dérogation à la règle selon laquelle le fait générateur de l'imposition d'une plus-value est constitué au cours de l'année de la réalisation de celle-ci, la loi prévoit dans ce cas

que la plus-value n'est imposée que l'année au cours de laquelle les titres reçus en échange seront eux-mêmes cédés.

Les plus-values réalisées depuis le 1^{er} janvier 2000 à l'occasion de certaines opérations d'échanges de titres bénéficient d'un sursis d'imposition. Ce régime de sursis a été institué par la loi de finances pour 2000 à la place du régime de report d'imposition qui s'appliquait depuis 1991 pour les échanges de titres réalisés à l'occasion d'une offre publique, d'une fusion, d'une scission ou d'un apport en société (et qui continue d'ailleurs à s'appliquer pour les plus-values qui étaient en situation de report d'imposition au 1^{er} janvier 2000).

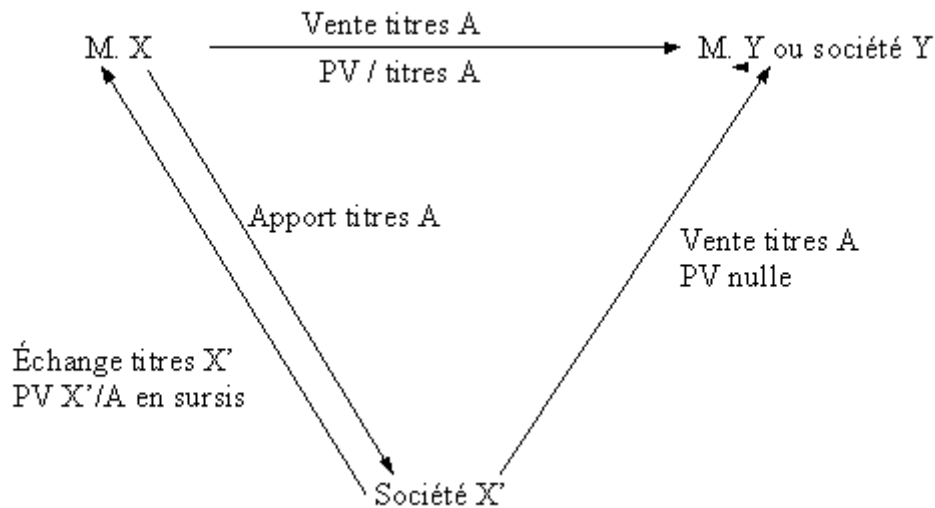
En cas de sursis d'imposition, l'opération d'échange est considérée comme présentant un caractère intercalaire et n'est donc pas prise en compte pour l'établissement de l'impôt sur le revenu au titre de l'année de l'échange des titres. Le sursis d'imposition s'applique de plein droit, sans que le contribuable ait à en faire la demande ni qu'il ait à déclarer la plus-value d'échange non constatée. Toutefois, *il n'y a pas d'exonération définitive de cette plus-value puisqu'ultérieurement, lors de la cession des titres reçus en échange ou lorsque ces titres sont rachetés, remboursés ou annulés, le gain net est calculé à partir du prix ou de la valeur d'acquisition des titres remis à l'échange.*

L'article 150-0 B du code général des impôts qui prévoit ce sursis d'imposition concerne les opérations d'échange de valeurs mobilières ou de droits sociaux résultant d'une offre publique (d'échange, d'achat, de rachat ou de retrait), d'une fusion, d'une scission, de l'absorption d'un fonds commun de placement (FCP) par une société d'investissement à capital variable (SICAV), d'un apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés, d'une conversion, d'une division ou d'un regroupement. *Le montant de la soulte éventuellement reçue par le contribuable lors de l'échange ne doit toutefois pas excéder 10 % de la valeur nominale des titres reçus pour que le sursis d'imposition soit applicable.*

Ce régime peut donc s'appliquer en cas d'apport de valeurs mobilières ou de droits sociaux à une société de capitaux ou assimilée soumise à l'impôt sur les sociétés (de plein droit ou sur option, sans en être exonérée totalement ou partiellement de façon permanente). Les titres remis en contrepartie de l'apport doivent, d'une part, être des valeurs mobilières ou des droits sociaux représentatifs d'une quotité du capital de la société bénéficiaire de l'apport ou constituer des valeurs mobilières donnant droit à l'attribution de titres représentant une quotité du capital de cette société (obligations convertibles, échangeables ou remboursables en actions) et, d'autre part, être émis à l'occasion de l'opération d'apport.

Un montage fréquemment utilisé à des fins d'optimisation fiscale consiste à céder des titres initialement détenus par une personne physique juste après leur apport à une société contrôlée par ce contribuable. L'administration fiscale a systématiquement pourchassé ce type de montage, d'abord sous le régime de report applicable jusqu'en 2000 puis sous le régime de sursis. Elle considère en effet que le placement en report ou en sursis d'imposition d'une plus-value réalisée par un contribuable lors de l'apport de titres à une société qu'il contrôle, suivi de leur cession par cette société, est un montage constitutif d'un abus de droit. Le contribuable aurait en effet normalement pu céder directement les titres à un acquéreur puis réinvestir lui-même le produit de cette cession sans procéder à l'opération d'apport, qui a pour seul but d'échapper au paiement immédiat de l'impôt sur la plus-value.

SCHÉMA DE L'APPORT-CESSION



Le Conseil d'État statuant au contentieux a développé une jurisprudence précisant les cas dans lesquels l'administration peut être fondée à invoquer l'abus de droit dans le cadre d'opérations d'apport-cession, et donc à remettre en cause le régime de faveur décrit ci-dessus. Au titre de l'ancien régime de report applicable jusqu'en 2000, il a jugé légal le bénéfice de ce régime dès lors que le réinvestissement économique du produit de la cession est avéré (8 octobre 2010, n° 301934, *Bazire* ; 11 février 2011, n° 314950, *Picoux*) et qu'il a été effectué dans le délai nécessaire qu'impliquaient l'importance et la nature de l'investissement réalisé (8 octobre 2010, n° 313139, *ministre c/ Bauchart*). En revanche, il en a remis en cause le bénéfice lorsque les sommes réinvesties ne représentaient pas une part significative du produit de la cession des titres (4 % du produit de la cession réinvestis et 60 % affectés à des avances en compte courant qui ont un caractère patrimonial, dans une décision du 3 février 2011, n° 329839, *ministre c/ Conseil* ; 15 % du produit de la cession réinvestis et 41 % affectés à des avances en compte courant, dans une décision du 24 août 2011, n° 316928, *Ciavatta*). Il y a aussi abus de droit lorsque le produit de la cession, affecté à des investissements immobiliers réalisés par une SCI à caractère patrimonial *bénéficiaire de l'apport*, peut être appréhendé par le contribuable porteur de parts de la SCI bénéficiaire de l'apport et qu'il contrôle (24 août 2011, n° 314579, *Moreau et Girault*), ou lorsque le contribuable, apporteur des titres, récupère des liquidités à l'occasion de la réduction ultérieure du capital de la société bénéficiaire de l'apport, par voie de remboursement partiel aux associés du montant de leurs parts (8 octobre 2010, n° 321361, *Four*).

Statuant pour la première fois sur le régime de sursis applicable depuis 2000 dans une décision du 27 juillet 2012 (n° 327295, *Berjot*), le Conseil d'État a jugé qu'en dépit du caractère automatique du sursis, un montage d'apport-cession peut aussi être considéré comme constitutif d'un abus de droit. Il a alors appliqué les mêmes critères que ceux qu'il a dégagés pour les apports ouvrant droit à un report d'imposition : l'administration est fondée à se prévaloir de la procédure de répression des abus de droit dès lors que l'opération d'apport, dont l'intérêt fiscal consiste à différer l'imposition de la plus-value, permet à l'apporteur de disposer des liquidités obtenues lors de la cession tout en restant détenteur des titres et que le produit de la cession n'est pas effectivement réinvesti dans une activité économique.

Compte tenu du durcissement de l'imposition des plus-values prévu par l'article 6 du projet de loi de finances pour 2013, les tentatives d'y échapper risquent de se multiplier, notamment au travers d'opérations d'apport-cession. Eu égard à la difficulté pratique de mise en œuvre pour l'administration, du caractère traumatisant pour les contribuables, de la longueur de la procédure et de l'incertitude contentieuse qui caractérisent la répression des abus de droit, le Gouvernement propose de définir un nouveau régime légal de report d'imposition spécifique aux montages d'apport-cession, et à cette occasion de transposer dans la loi les critères retenus par la jurisprudence pour caractériser les opérations qui auront le droit de bénéficier de ce régime.

Pour autant, la définition législative des apports-cessions pouvant bénéficier d'un régime de faveur n'a pas seulement un caractère répressif, mais elle vise aussi à sécuriser les investisseurs eux-mêmes : les critères retenus seront désormais objectifs et clairement affichés dans la loi, sans devoir attendre la prise de position du juge sur chaque espèce, bien après la réalisation des réinvestissements.

2.- Le nouveau régime de report d'imposition applicable en cas d'apport

Le nouveau régime de report d'imposition est codifié au sein d'un nouvel article 150-0 B *bis* du code général des impôts, créé par le B du I du présent article.

a) L'économie générale du nouveau régime de report d'imposition

En cas de report d'imposition, la plus-value est normalement constatée au titre de l'année de l'échange des titres mais son imposition est différée au moment où s'opérera la cession des titres reçus lors de l'échange. La cession ultérieure des titres reçus en échange entraîne l'expiration du report, de sorte que la plus-value en report est immédiatement mise en recouvrement et une nouvelle imposition est établie sur la différence entre le prix de cession et le prix ou la valeur du titre lors de l'échange.

Le champ d'application de ce nouveau régime ne concerne que l'apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés et contrôlée par le contribuable. Il est donc plus restreint, tant que l'actuel régime de sursis que l'ancien régime de report. L'articulation du nouveau report avec l'actuel sursis est réalisée par le A du I du présent article, qui modifie l'article 150-0 B du code général des impôts relatif au sursis en indiquant que le sursis ne s'applique que « *sous réserve* » de l'application du report. Comme le rappelle le guide de légistique mis en ligne sur le site officiel www.legifrance.gouv.fr, la locution « sous réserve » indique l'ordre de prééminence entre deux dispositions en conflit : la disposition ne joue que lorsque le texte réservé ne trouve pas à s'appliquer. Cela signifie que, si le contribuable réalise un apport à une société soumise à l'impôt sur les sociétés qu'il contrôle, il ne peut plus bénéficier du régime du sursis et relève exclusivement du régime du report. Il peut alors demander le bénéfice du report, mais s'il ne le fait pas, il est immédiatement imposé sur la plus-value d'échange. En revanche, s'il effectue un apport à une société qu'il ne contrôle pas, il demeure dans le champ d'application de l'actuel régime de sursis.

Le nouveau régime de report ne concerne pas les titres qui font l'objet d'un engagement de conservation (pacte Dutreil) pour pérenniser l'actionnariat familial

dans le cadre des transmissions patrimoniales. Les opérations d'apport-cession réalisées avec ces titres peuvent donc continuer à bénéficier du régime de sursis de droit. L'exonération de 75 % des droits de mutation à titre gratuit prévue par les articles 787 B et 787 C du code général des impôts pour ces titres peut être remise en cause dans certains cas de cession et d'apport qui ne respectent pas les engagements collectif et individuel de conservation, mais il n'existe dans le droit en vigueur aucun régime de faveur spécifique concernant l'imposition des plus-values au titre des pactes Dutreil.

Le report d'imposition concerne non seulement l'impôt sur le revenu, mais aussi les prélèvements sociaux. En effet, du fait de l'apport de titres, le contribuable ne perçoit aucune liquidité en contrepartie qui lui permettrait de s'acquitter de l'impôt dû. Le système est différent pour le report d'imposition prévu par l'article 150-0 D *bis* qui n'emporte pas report des prélèvements sociaux, en application expresse du *e ter* de l'article L. 136-6 du code de la sécurité sociale. Pour ce report en effet, il y a cession avant emploi et donc des liquidités disponibles pour s'acquitter des prélèvements sociaux dès l'année de la cession.

b) Les conditions d'application du report d'imposition

L'application du nouveau report d'imposition est subordonnée au respect de quatre conditions.

1. Le contribuable doit demander expressément le bénéfice du report (à la différence du régime de sursis, qui est de droit). Cette demande doit être réitérée lorsque les titres remis en échange après un premier apport font eux-mêmes l'objet d'un nouvel apport.

La demande de report devra être formulée au moment de la souscription de la déclaration des revenus de l'année de l'échange. Le D du I du présent article modifie pour coordination en ce sens l'article 170 du code général des impôts.

À cet égard, dans une décision du 13 juillet 2011 (n° 338463, *Labbé*), le Conseil d'État statuant au contentieux a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) portant sur l'obligation pour le contribuable de formuler une demande et de la réitérer à l'occasion d'un nouvel échange afin de bénéficier du régime de report applicable jusqu'en 2000, en estimant « *que cette obligation a pour objet de permettre un contrôle de la plus-value placée par le contribuable en report d'imposition* » et « *que les conséquences attachées à l'omission d'une telle formalité, qui se traduisent par la taxation immédiate de la plus-value précédemment réalisée, ne revêtent pas le caractère d'une sanction mais se bornent à faire application du régime de droit commun* ». Il n'y a donc pas de méconnaissance du droit de propriété garanti par l'article XVII de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

2. Le montant de la soulte éventuelle ne doit pas excéder 10 % de la valeur nominale des titres reçus en échange de l'apport, comme dans le régime de sursis.

3. L'apport doit bénéficier à une société soumise à l'impôt sur les sociétés établie en France ou, s'il est réalisé dans un État de l'Union européenne ou dans un État ayant conclu avec la France une convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, à une société soumise à un impôt équivalent à l'impôt sur les sociétés. Le même régime d'extraterritorialité s'applique pour le régime de sursis.

4. La société bénéficiaire de l'apport doit être contrôlée par le contribuable qui apporte les titres. Ce critère légal de contrôle répond au critère jurisprudentiel d'appréhension potentielle par le contribuable des liquidités disponibles dans la société après l'opération d'apport-cession. Il est proposé pour l'essentiel de transposer les critères de contrôle d'une société par une autre tels que retenus par le code de commerce. Cette condition doit être appréciée à la date de l'apport, en tenant compte des nouveaux droits détenus dans la société en cause suite à cet apport. Trois critères alternatifs sont prévus :

– la détention de la majorité des droits de vote, directement ou avec le cercle familial du contribuable,

– l'exercice de la majorité des droits de vote en vertu d'un pacte d'actionnaires,

– l'exercice d'un pouvoir de décision de fait, avec deux cas de présomption : d'une part, lorsque le contribuable dispose directement ou indirectement d'au moins 33,33 % des droits de vote (c'est-à-dire qu'il dispose d'une minorité de blocage – on observera toutefois que le code de commerce retient 40 %) sans qu'aucun autre actionnaire ne détienne une participation supérieure ; d'autre part, lorsque le contribuable détermine les décisions prises en assemblée générale en agissant de concert avec une autre personne.

Définition du contrôle au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce

« I.– Une société est considérée, pour l'application des sections II et IV du présent chapitre, comme en contrôlant une autre :

« 1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

« 2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

« 3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

« 4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

« II.– Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

« III.– Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale. »

Les plus-values d'échange en report deviennent imposables au titre de l'année de réalisation de l'événement entraînant l'expiration du report. Le taux d'imposition applicable est celui en vigueur au cours de l'année d'expiration du report. Comme pour tout régime de report, l'intérêt de retard s'applique (au taux de 4,8 % par an, tel que prévu par l'article 1727 du code général des impôts) à partir de la date de l'apport des titres. L'application de l'intérêt de retard a pour effet de compenser le préjudice résultant, pour le budget de l'État, de l'écoulement du temps depuis le calcul initial de la plus-value, dont le montant nominal subit chaque année l'inflation. Le contribuable aura aussi pu placer le montant d'impôt qu'il n'aura pas encore payé au titre de la plus-value d'échange du fait du report.

c) La fin du report d'imposition

Cinq événements sont susceptibles de *mettre fin au report*. Ils sont prévus au I du nouvel article 150-0 B ter pour les quatre premiers, et au dernier alinéa du III du même article pour le cinquième.

1. La transmission, le rachat, le remboursement ou l'annulation des titres reçus en échange entraînent l'expiration du report d'imposition de la plus-value d'échange et, par conséquent, l'imposition immédiate de cette plus-value.

La notion de transmission retenue pour mettre fin au report est très large : elle comprend non seulement les transmissions à titre onéreux (vente, apport, échange), comme dans le régime de sursis, mais elle concerne aussi les transmissions à titre gratuit (succession et donation) des titres reçus en échange. Il s'agit d'une dérogation à la règle générale d'exonération définitive (« purge ») de la plus-value dont l'imposition a été reportée en cas de mutation à titre gratuit (une autre dérogation, spécifique pour certaines donations, est aussi prévue par l'article 14 du présent projet). Une telle dérogation s'est toutefois déjà appliquée pour les plus-values d'échange de titres réalisés avant le 1^{er} janvier 1988 en report sur le fondement de l'ancien article 160 du code général des impôts. Elle est aussi prévue pour la remise en cause du report d'imposition prévu par l'article 150-0 D bis, lorsque la durée de détention des titres après remploi (soit cinq ans) n'est de ce fait pas respectée.

Lorsque les titres reçus en échange sont des actions ou des droits sociaux d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés et que cette société procède à un remboursement d'apports ou de primes d'émission, ce remboursement entraîne l'expiration du report d'imposition. De même, l'annulation des titres reçus en échange, à la suite notamment d'une réduction du capital ou de la dissolution de la société émettrice de ces titres, entraîne l'expiration du report d'imposition l'année au titre de laquelle l'annulation intervient.

Si la transmission, le rachat, le remboursement ou l'annulation ne portent que sur une partie des titres reçus en échange, seule la fraction correspondante de la plus-value initialement reportée est imposée. Le surplus continue à bénéficier du report, en application du IV du nouvel article 150-0 B ter.

2. La transmission, le rachat, le remboursement ou l'annulation des titres apportés sont aussi susceptibles d'entraîner l'expiration du report d'imposition de la plus-value d'échange.

Le bénéfice du report d'imposition peut toutefois être maintenu à la condition que le produit de la cession soit réinvesti par la société bénéficiaire de l'apport qui, comme on l'a vu précédemment, est contrôlée

par le contribuable. Ce critère légal de emploi traduit le critère jurisprudentiel de réinvestissement effectif d'une part substantielle du produit de la cession dans une activité économique. L'État se doit en effet de réserver le bénéfice du régime de faveur aux seules opérations d'apport-cession qui sont favorables à l'investissement et au développement de l'économie.

Le produit de la cession des titres ou droits doit être investi, dans un délai de cinq ans après l'apport ⁽⁵³⁾ et à hauteur de 50 % du montant de la plus-value :

– soit dans le financement d'une activité commerciale, artisanale, libérale, agricole ou financière (pourquoi pas industrielle aussi ?), c'est-à-dire une activité opérationnelle qui ne soit pas de gestion patrimoniale,

– soit dans la souscription au capital initial ou dans l'augmentation de capital d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés qui exerce elle-même une activité opérationnelle ou qui est une holding dont l'objet social exclusif est de détenir des participations dans des sociétés opérationnelles. Cette condition portant sur la nature de l'activité de la société de emploi doit s'apprécier de manière continue pendant les huit années précédant la cession des titres, ce qui est incompatible avec une souscription au capital initial d'une société nouvellement créée. La société bénéficiaire du emploi doit aussi avoir son siège social dans un État membre de l'Union européenne ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales (soit l'Islande, la Norvège et le Liechtenstein). Il n'est pas prévu de pouvoir remployer le produit de la cession pour acquérir des titres de sociétés déjà existantes, hors augmentation de capital.

On observera qu'il existe d'autres régimes légaux de report d'imposition sous condition de emploi. Il faut ici faire référence au dispositif général de report d'imposition des plus-values mobilières prévu par l'article 150-0 D *bis* du code général des impôts et modifié par l'article 6 du projet de loi de finances pour 2013 : il concerne les cessions de titres réalisées depuis le 1^{er} janvier 2011 dont le produit de la cession est réinvesti dans la souscription au capital d'une société. Au-delà du report, la plus-value peut même être intégralement exonérée si certaines conditions sont remplies. Le taux de emploi retenu dans le nouveau dispositif prévu par le présent article est le même que celui retenu par le projet de loi de finances pour 2013 adopté par l'Assemblée nationale en première lecture le 20 novembre dernier pour le régime général. Il est toutefois plus exigeant que celui retenu par le comité de l'abus de droit dans son avis n° 2011-17 du 2 février 2012, qui a estimé qu'un réinvestissement est substantiel lorsqu'il représente 39 % du produit de la cession.

Régime du report d'imposition sous condition de emploi de l'article 150-0 D bis

Droit en vigueur :

Conditions à respecter pour bénéficier du report de la plus-value (PV) :

- avoir détenu les titres pendant 8 ans en continu,
- avoir détenu (avec le cercle familial) 10 % du capital,
- titres d'une société opérationnelle soumise à l'IS.

Conditions à respecter pour bénéficier de l'exonération de la PV reportée :

- emploi dans les 3 ans de 80 % du montant de la PV,
- emploi dans une société opérationnelle soumise à l'IS,

- détention d’au moins 5 % du capital lors du emploi,
 - conservation des titres pendant au moins 5 ans.

Nouvelles conditions à compter du 1^{er} janvier 2013 (article 6 du PLF ⁽⁵⁴⁾) :

Part à remployer : diminuée de 80 % à 50 %.

Délai de emploi : diminué de 3 ans à 2 ans.

Exonération de la PV non plus totale mais limitée à la part remployée.

Par ailleurs, il subsiste aussi un régime de report d’imposition pour les cessions de titres réalisées avant le 1^{er} janvier 2006 dont le produit est réinvesti dans les fonds propres d’une société non cotée. Le réinvestissement pouvait porter sur une partie seulement du prix de cession ; dans ce cas, le montant de la plus-value susceptible de bénéficier du report d’imposition était déterminé selon le rapport existant entre le montant réinvesti et le prix de cession.

3. La transmission, le rachat, le remboursement ou l’annulation, soit des droits du contribuable dans les sociétés ou groupements interposés qui ont réalisé l’opération d’apport, soit des titres reçus en échange par la société ou le groupement interposés, mettent fin au report d’imposition, comme s’il n’y avait pas de chaîne de participations.

Il s’agit ainsi de tenir compte de l’éventuelle interposition de sociétés civiles de portefeuille.

4. Le transfert du domicile fiscal hors de France met aussi fin au report. Le C du I du présent article modifie par coordination l’article 167 bis du code général des impôts afin de tenir compte, pour le calcul de l’exit tax, de la plus-value précédemment reportée qui devient imposable à ce titre.

5. La transmission, le rachat, le remboursement ou l’annulation des nouveaux titres reçus en échange entraînent l’expiration du report initial. Les titres reçus en échange après un premier apport peuvent en effet eux-mêmes faire l’objet d’un échange, bénéficiant d’un sursis d’imposition, ou d’un nouvel apport, lui aussi soumis à report.

d) La compatibilité du nouveau régime de report d’imposition avec le droit de l’Union européenne

On peut se demander si le nouveau régime de report est compatible avec le droit de l’Union européenne.

En effet, dans un arrêt du 12 avril 2012, la Cour administrative d’appel de Paris a jugé le régime de report d’imposition applicable avant 2000 incompatible avec les objectifs de la directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990. La cour a en effet estimé qu’en vertu de l’article 8 de cette directive, l’attribution, à l’occasion d’un échange d’actions, de titres d’une société à un associé de la société apporteuse en échange de titres représentatifs du capital social de cette dernière société ne doit, par elle-même, entraîner aucune imposition sur le revenu et que seul peut être imposé le profit résultant de la cession ultérieure des titres reçus. Selon la cour, le régime du report d’imposition est contraire à cette directive dans la mesure où il a pour effet de liquider la plus-value réalisée à la date de l’échange et, le cas échéant, à défaut pour le contribuable d’en demander le bénéfice qui n’est qu’optionnel, de l’imposer au titre de l’année de réalisation de l’échange.

Un pourvoi en cassation a été introduit contre cet arrêt par le ministre de l'Économie et des finances. On ne dispose donc pas encore à ce stade d'une position du juge administratif suprême sur la compatibilité d'un régime de report avec le droit de l'Union européenne. On peut toutefois observer que l'analyse de la cour repose sur la prémisse que le report ne remet pas en cause le principe même de l'imposition. Or, les dispositions du code général des impôts qui permettent au contribuable réalisant une plus-value à l'occasion d'un échange de droits sociaux résultant d'une opération d'apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés d'obtenir le report de l'imposition de cette plus-value n'ont pas pour effet de différer le paiement d'une imposition qui aurait été établie au titre de l'année de réalisation de la plus-value, mais seulement de permettre, par dérogation à la règle suivant laquelle le fait générateur de l'imposition d'une plus-value est constitué au cours de l'année de sa réalisation, de la rattacher à l'année au cours de laquelle intervient l'événement qui met fin au report d'imposition. Sans fait générateur, il n'y a pas d'imposition.

De ce point de vue, l'institution d'un nouveau régime de report d'imposition en cas d'apport ne paraît pas manifestement contraire à l'article 8 de la directive. Conformément au 1 de cet article, la plus-value d'échange n'est pas taxée en elle-même. En revanche, en application du 2 de cet article, elle peut être taxée ultérieurement, lors de la cession des titres reçus. Le sixième considérant de la directive mentionne d'ailleurs expressément la possibilité d'instituer un régime de report d'imposition. On peut seulement se demander si le caractère optionnel du report ne pourrait pas être regardé comme constituant une restriction à la neutralisation de la fiscalité au titre d'une opération intercalaire. En vertu de l'adage *nemo auditur*, le contribuable ne saurait pourtant se prévaloir du non-exercice d'une option pour invoquer une incompatibilité avec le droit de l'Union alors que l'État lui permet de bénéficier d'un report d'imposition.

Article 8 de la directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents

« 1. L'attribution, à l'occasion d'une fusion, d'une scission ou d'un échange d'actions, de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire ou acquérante à un associé de la société apporteuse ou acquise, en échange de titres représentatifs du capital social de cette dernière société, ne doit, par elle-même, entraîner aucune imposition sur le revenu, les bénéfices ou les plus-values de cet associé.

« 2. Les États membres subordonnent l'application du paragraphe 1 à la condition que l'associé n'attribue pas aux titres reçus en échange une valeur fiscale plus élevée que celle que les titres échangés avaient immédiatement avant la fusion, la scission ou l'échange d'actions.

« L'application du paragraphe 1 n'empêche pas les États membres d'imposer le profit résultant de la cession ultérieure des titres reçus de la même manière que le profit qui résulte de la cession des titres existant avant l'acquisition.

« Par « valeur fiscale », on entend la valeur qui servirait de base pour le calcul éventuel d'un profit ou d'une perte entrant en compte pour l'assiette d'un impôt frappant le revenu, les bénéfices ou les plus-values de l'associé de la société.

« 3. Dans le cas où un associé est autorisé, conformément à la législation de l'État

membre de sa résidence, à opter pour un traitement fiscal différent de celui défini au paragraphe 2, le paragraphe 1 ne s'applique pas aux titres représentatifs pour lesquels cet associé aura exercé son droit d'option.

« 4. Les paragraphes 1, 2 et 3 ne font pas obstacle à la prise en compte, pour la taxation de l'associé, de la soulte en espèces qui lui est éventuellement attribuée à l'occasion de la fusion, de la scission ou de l'échange d'actions. »

*

* *

La Commission est saisie de l'amendement CF 55 du rapporteur général.

M. le rapporteur général. En cas d'apport-cession, l'article 13 prévoit qu'on puisse bénéficier d'un report d'imposition à condition de réinvestir le produit de la cession dans une société dans un certain délai. Aux termes du texte gouvernemental, il faut réinvestir dans un délai de cinq ans après l'apport, mais le bénéfice du report est perdu si la cession a lieu plus de cinq ans après l'apport, même en cas de réinvestissement : cela paraît incohérent. Je propose donc de décomposer en deux périodes le délai de cinq ans : l'obligation de réinvestissement ne concernerait que les cessions intervenant dans un délai de trois ans après l'apport, en suite de quoi l'on disposerait de deux ans pour investir. Cela permet de mieux viser les montages abusifs sans pénaliser les restructurations d'entreprise, auxquelles l'apport-cession peut être utile.

M. le président Gilles Carrez. Cet amendement semble aller dans le bon sens.

M. Charles de Courson. Si la cession intervient après trois ans, il n'y aura plus d'obligation de réinvestissement, dites-vous – mais pas non plus d'exonération ?

M. le rapporteur général. Dans ce cas, le bénéfice du report demeure. Si la cession intervient avant trois ans, il ne prend fin que si le produit de la cession n'est pas réinvesti au cours des deux ans qui suivent.

La Commission adopte l'amendement (Amendement n° 233).

Puis elle en vient à l'amendement CF 57 du rapporteur général.

M. le rapporteur général. Il s'agit de préciser que le réinvestissement doit aussi pouvoir se faire dans une activité industrielle.

La Commission adopte l'amendement (Amendement n° 232).

Elle examine ensuite l'amendement CF 58 du rapporteur général.

M. le rapporteur général. Il s'agit également d'un amendement de précision qui assouplit le dispositif de réinvestissement. Une disposition similaire a été adoptée à l'article 6 du projet de loi de finances sur 2013. Il s'agit de pouvoir réinvestir, le cas échéant, dans plusieurs sociétés.

La Commission adopte l'amendement (Amendement n° 230).

Puis elle examine l'amendement CF 56 du rapporteur général.

M. le rapporteur général. Dans le texte qui nous est soumis, le mécanisme d'encadrement des apports-cessions ne concerne pas les pactes Dutreil. Or ceux-ci n'emportent aujourd'hui d'avantages fiscaux que pour l'ISF et les droits de mutation, à l'exclusion des plus-values. Il n'y a donc pas lieu de favoriser ces pactes par rapport au droit commun en matière de plus-values, mais bien de maintenir le seul régime de faveur existant, conformément aux engagements qui ont été souscrits.

M. Charles de Courson. Je suis perplexe. Si l'on instaure un régime fiscal, il doit être cohérent. Si je comprends bien, les pactes Dutreil continueraient de bénéficier de l'abattement de 75 %, mais non des avantages sur les plus-values ?

M. le président Gilles Carrez. Non : à l'heure actuelle, les pactes Dutreil ont des conséquences sur les droits de succession et de donation et l'ISF, mais pas sur les plus-values.

M. Charles de Courson. Le texte gouvernemental me paraissait plus logique. Si l'on durcit le régime fiscal applicable aux plus-values – fût-ce pour atténuer ensuite la mesure, comme cela a été fait –, il faut maintenir les dispositions applicables aux pactes Dutreil.

M. le rapporteur général. L'imposition des plus-values des valeurs mobilières a été modifiée par le projet de loi de finances pour 2013. Il n'y a aucune raison de réserver un traitement différent aux plus-values réalisées dans le cadre des pactes Dutreil.

M. Charles de Courson. Il faut soutenir la position du Gouvernement si l'on veut préserver le capitalisme familial et éviter que les entreprises familiales ne soient toutes vendues à de grands groupes, ce qui nuirait au dynamisme du pays. Pour cette raison, je suis défavorable à l'amendement.

M. le président Gilles Carrez. Aujourd'hui, un actionnaire lié par un pacte Dutreil qui en sort pour vendre afin de réaliser une plus-value ne bénéficie d'aucune exonération d'impôt sur celle-ci puisque l'abattement de 75 % est limité aux droits de succession et de donation ainsi qu'à l'ISF. Mais qu'en est-il lorsqu'un associé A cède des titres à son associé B au sein du pacte ? Si je ne me trompe, la plus-value ainsi réalisée sera elle aussi assujettie à l'impôt.

M. Charles de Courson. Puisque l'on a durci le régime applicable aux plus-values, je maintiens qu'il faut en exonérer les pactes Dutreil pour les maintenir aussi longtemps que possible et les encourager.

M. le président Gilles Carrez. Je suis plutôt d'accord avec le rapporteur général. Les pactes incitent à l'actionnariat stable, que l'on favorise encore davantage en décourageant les cessions.

La Commission adopte l'amendement (Amendement n° 231).

Elle examine ensuite l'amendement CF 53 du rapporteur général.

M. le rapporteur général. Cet amendement précise la manière dont il faut apprécier l'exigence d'exercice d'une activité opérationnelle pour les sociétés nouvelles.

M. Charles de Courson. Comment faisait-on avant ?

M. le rapporteur général. Moins bien !

La Commission adopte l'amendement (Amendement n° 229).

Puis elle adopte l'article 13 ainsi modifié.

Texte du projet de loi :

I.– Le code général des impôts est ainsi modifié :

A.– Au premier alinéa de l'article 150-0 B, les mots : « Les dispositions de l'article 150-0 A » sont remplacés par les mots : « Sous réserve des dispositions de l'article 150-0 B *ter*, les dispositions de l'article 150-0 A ».

B.– Après l'article 150-0 B *bis*, il est inséré un article 150-0 B *ter* ainsi rédigé :

« *Art. 150-0 B ter.*– I.– L'imposition de la plus-value réalisée directement ou par personne interposée dans le cadre d'un apport de valeurs mobilières, de droits sociaux, de titres ou de droits s'y rapportant tels que définis à l'article 150-0 A à une société soumise à l'impôt sur les sociétés ou à un impôt équivalent peut, si les conditions prévues au II sont remplies, être reportée lorsque le contribuable en fait expressément la demande et mentionne le montant de la plus-value dans la déclaration prévue à l'article 170. À défaut d'option pour le report, la plus-value est imposée dans les conditions de l'article 150-0 A.

« Les apports avec soulte demeurent soumis aux dispositions de l'article 150-0 A lorsque le montant de la soulte reçue excède 10 % de la valeur nominale des titres reçus.

« Il est mis fin au report d'imposition à l'occasion :

« 1° De la transmission, du rachat, du remboursement ou de l'annulation des titres reçus en rémunération de l'apport ;

« 2° De la transmission, du rachat, du remboursement ou de l'annulation des titres apportés. Toutefois, il n'est pas mis fin au report d'imposition lorsque la société bénéficiaire de l'apport des titres réinvestit le produit de leur cession, dans un délai de cinq ans à compter de la date de l'apport et à hauteur de 50 % du montant de ce produit, dans le financement d'une activité commerciale, artisanale, libérale, agricole ou financière à l'exception de la gestion d'un patrimoine mobilier ou immobilier, ou dans la souscription en numéraire au capital initial ou à l'augmentation de capital d'une société répondant aux conditions du *b* du 3° du II de l'article 150-0 D *bis* ;

« 3° De la transmission, du rachat, du remboursement ou de l'annulation des parts ou droits dans les sociétés ou groupements interposés ;

« 4° Ou, si cet événement est antérieur, lorsque le contribuable transfère son domicile fiscal hors de France dans les conditions prévues à l'article 167 *bis*.

« La fin du report d'imposition entraîne l'imposition de la plus-value dans les conditions prévues à l'article 150-0-A, sans préjudice de l'intérêt de retard prévu à l'article 1727, décompté de la date de l'apport des titres.

« II.– Le report d'imposition est en outre subordonné aux conditions suivantes :

« 1° L'apport de titres est réalisé en France ou dans un État membre 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 fiscales ;

« 2° La société bénéficiaire de l'apport est contrôlée par le contribuable. Cette condition est appréciée à la date de l'apport, en tenant compte des droits détenus par le contribuable à l'issue de celui-ci. Pour l'application de cette condition, un contribuable est considéré comme contrôlant une société :

« a. Lorsque la majorité des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de la société est détenue directement ou indirectement par le contribuable ou par l'intermédiaire de son conjoint ou de leurs ascendants ou descendants ou de leurs frères et sœurs ;

« b. Ou lorsqu'il dispose seul de la majorité des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires ;

« c. Ou lorsqu'il y exerce en fait le pouvoir de décision.

« Le contribuable est présumé exercer ce contrôle lorsqu'il dispose directement ou indirectement d'une fraction des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux égale ou supérieure à 33,33 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

« Le contribuable et une ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérés comme contrôlant conjointement une société lorsqu'ils déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale.

« 3° Les titres apportés ne font pas l'objet d'un engagement de conservation prévu aux articles 787 B ou 787 C dans les conditions prévues par ces articles.

« III.– Lorsque les titres reçus en rémunération de l'apport ou les titres des groupements ou sociétés interposés font eux-mêmes l'objet d'un apport, l'imposition de la plus-value réalisée à cette occasion peut être reportée, dans les mêmes conditions, si le contribuable en fait expressément la demande et mentionne le montant de la plus-value dans la déclaration prévue à l'article 170.

« Il est mis fin au report initial en cas de transmission, de rachat, de remboursement ou d'annulation des nouveaux titres reçus en échange ou en cas de survenance d'un des événements mentionnés aux 1° à 4° du I, lorsque les titres reçus en rémunération de l'apport ou les titres des groupements ou sociétés interposés font eux-mêmes l'objet d'un échange bénéficiant du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B ou d'un apport soumis au report d'imposition prévu au I.

« IV.– En cas de survenance d'un des événements prévus aux 1° à 4° du I et au 2° alinéa du III, il est mis fin au report d'imposition de la plus-value dans la proportion des titres cédés, transmis, rachetés, remboursés ou annulés.

« V.– Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application du présent article, notamment les obligations déclaratives des contribuables. »

C.– L'article 167 *bis* est ainsi modifié :

1° Au II, après la référence : « 150-0 B *bis* » est ajoutée la référence : « , 150-0 B *ter* » ;

2° Au *a* du 1 du VII, les mots : « l'article 150-0 D *bis* s'applique » sont remplacés par les mots : « les reports d'imposition prévus aux articles 150-0 B *ter* et 150-0 D *bis* s'appliquent » ;

3° Après le *e* du 1 du VII, il est ajouté un *f* ainsi rédigé :

« *f*. La transmission, le rachat, le remboursement ou l'annulation des titres ou droits reçus en rémunération de l'apport ou des titres ou droits apportés ou des parts ou droits dans les sociétés ou groupements interposés conformément à l'article 150-0 B *ter*, pour l'impôt afférent aux plus-values de cession reporté en application dudit article. » ;

D.– Au troisième alinéa du 1 de l'article 170, avant les mots : « du I de l'article 150-0 D *bis* » sont insérés les mots : « de l'article 150-0 B *ter* et ».

II.– Le I est applicable aux apports réalisés à compter du 14 novembre 2012.