N° 433954 – M. C…

9ème et 10ème chambres réunies

Séance du 15 septembre 2021
Lecture du 7 octobre 2021

Conclusions

Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, rapporteure publique

La loi de finances pour 2013 a substitué, à l'ancien régime d'imposition forfaitaire des plus-values de cession de valeurs mobilières qui figurait au 2 de l'article 200 A du CGI, une imposition au barème progressif de l'impôt sur les revenus, ces gains pouvant toutefois, sur option du contribuable et par dérogation, être imposés, en vertu du 2 bis de l'article 200 A du même code, au taux forfaitaire de 19% lorsque certaines conditions tenant notamment à la nature de l'activité de la société dont les titres sont cédés, aux fonctions exercées par le cédant dans cette société, à la durée et au pourcentage de détention de titres de cette société par le cédant et son groupe familial, sont satisfaites. En ce qui concerne les gains réalisés en 2012, le A du IV de l'article 10 de la loi de finances pour 2013 a prévu, par dérogation, leur imposition au taux forfaitaire de 24 %, les « *gains nets mentionnés à l'article 150-0 A du code général des impôts réalisés au titre de l'année 2012 [pouvant], sur option du contribuable, être imposés dans les conditions prévues au 2 bis de l'article 200 A du même code, dans sa rédaction en vigueur à compter du 1er janvier 2013, lorsque l'ensemble des conditions prévues à ce même 2 bis sont remplies* ».

Les faits à l'origine du présent litige - qui soulève une unique question relative aux conséquences d'un sursis d'imposition pour l'appréciation des conditions d'octroi du régime d'imposition favorable des plus-values au taux de 19% ainsi édicté – sont les suivants.

Un contribuable apporte à une société B les titres d'une société A qu'il détenait et reçoit, en contrepartie, des titres de B. La plus-value d'apport bénéficie du régime du sursis de l'article 150-0 B du CGI. Les titres de B reçus à l'échange sont peu de temps après à leur tour apportés par le contribuable à une société C. Enfin, en octobre 2012, la société C procède à un rachat partiel de ses propres titres auprès du contribuable dans le cadre d'une réduction de capital non motivée par des pertes. Le contribuable est alors imposé sur le gain réalisé lors de ce rachat selon le régime des plus-values, le prix d'acquisition des titres de C étant, conformément aux dispositions de l'article 150-0 D du code, calculé à partir du prix d'acquisition des titres échangés, soit ici, par transitivité, celui des titres remis à l'échange lors du premier apport.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Ce contribuable peut-il bénéficier du taux de 19% et à l'aune de quelle société (A, B et/ou C) apprécier les conditions posées au 2 bis de l'article 200 A du CGI ?

Dans la présente affaire, les requérants plaidaient pour l'appréciation des conditions d'activité, de durée et de pourcentage de détention, et d'exercice de fonctions de direction au niveau de la société A dont les titres avaient été apportés. Ils arguaient notamment de ce qu'en l'absence de prise de valeur des titres reçus en rémunération de l'apport entre la date de cet apport et le rachat final, le gain net constaté lors du rachat des titres C correspond à la plus-value d'apport placée en sursis d'imposition.

Par l'arrêt attaqué, la cour administrative d'appel de Nantes a écarté le moyen dont elle était saisie au motif que, « *toutefois, ces dispositions dérogatoires (du A du IV de l'article 10 de la loi de finances pour 2013) ne s'appliquent pas à l'imposition d'une plus-value ayant bénéficié d'un sursis d'imposition sur le fondement de l'article 150-0 B du code général des impôts* » et en a déduit que « *dans ces conditions, c'est à bon droit que l'administration a substitué un taux forfaitaire d'imposition de 24 % au taux de 19 % initialement retenu par M. et Mme C…* ». Les requérants soutiennent que la cour a, en statuant ainsi, commis une erreur de droit.

Revenons un instant sur la notion de sursis d'imposition.

Aux termes du premier alinéa de l'article 150-0 B du CGI, « *les dispositions de l'article 150-0 A ne sont pas applicables, au titre de l'année de l'échange des titres, aux plus-values réalisées dans le cadre (…) d'un apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés*. » Comme l'a jugé votre décision *min. c/ M. et Mme A…* du 7 mars 2019 (n° 420094, aux Tables sur ce point, RJF 6/19 n° 546, concl. R. Victor), « *en adoptant les dispositions de l'article 150-0 B du CGI, le législateur a entendu faciliter les opérations de restructuration d'entreprises, en vue de favoriser la création et le développement de celles-ci, par l'octroi automatique d'un sursis d'imposition pour les plus-values résultant de certaines de ces opérations, notamment d'échanges de titres. Il a, pour ce faire, entendu assurer la neutralité au plan fiscal de ces opérations d'échanges de titres et, à cette fin, sauf lorsqu'il en a disposé autrement, regarder de telles opérations comme des opérations intercalaires*. »

L'opération d'apport étant ainsi, dans le cadre du régime de l'article 150-0 B du CGI, traitée comme purement intercalaire et sans effet fiscal, elle n'est pas le fait générateur d'un impôt et ne donne pas lieu au constat, l'année de l'apport, d'un gain imposable. La plus-value d'apport n'a pas d'existence fiscale autonome. Lorsqu'ultérieurement, les titres reçus à l'échange sont revendus ou rachetés, le gain net issu de cette opération de vente ou de rachat est calculé, en vertu des dispositions du 9 de l'article 150-0 D du code, à partir du prix ou de la valeur d'acquisition des titres apportés, diminué de la soulte reçue ou majoré de la soulte versée lors de l'échange.

En d'autres termes, lorsqu'il a été fait application des dispositions de l'article 150-0 B du code à une opération d'apport, l'on ne distingue pas, lors de la cession ou du rachat ultérieur

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

des titres reçus en rémunération de l'apport, entre deux gains distincts, composés l'un d'une plus-value issue de l'opération d'apport attendant un traitement propre correspondant à sa nature, et l'autre, une plus-value ou moins-value provenant de la cession des nouveaux titres. Le sursis n'est pas un report. Le droit fiscal ne connaît ainsi que d'un seul gain, calculé selon une fiction de neutralité de l'opération d'apport ayant bénéficié du sursis d'imposition, laquelle conduit à réputer que les titres reçus en rémunération de l'apport sont entrés dans le patrimoine de l'apporteur aux conditions auxquelles y étaient entrés les titres apportés, c'est-à-dire à la même date, au même prix et moyennant en particulier les mêmes montants d'apport que les titres qui ont fait l'objet de l'apport (cf. CE, 7 mars 2019, *min. c/ M. et Mme A…*, n° 420094, précitée, s'inspirant des jurisprudences déjà rendues au sujet du régime de faveur des fusions de l'article 210 A du CGI, notamment CE, 11 février 2013, *min. c/ Société Heineken France*, n° 356519, T. pp. 562-571, RJF 5/13 n° 474, avec notre chronique RJF 6/13 p. 515, concl. B. Bohnert BDCF 5/13 n° 54).

Par suite, lorsque les titres d'une société sont apportés par un contribuable soumis à l'impôt sur le revenu qui reçoit, en échange, des titres de la société bénéficiaire de l'apport et qui bénéficie, s'agissant du gain réalisé à cette occasion, du régime du sursis automatique d'imposition prévu par l'article 150-0 B du CGI, il n'existe pas de plus-value d'apport qui constituerait un gain mentionné à l'article 150-0 A du code, disposant d'une existence fiscale autonome et auquel il serait possible d'appliquer, comme s'il s'agissait d'un objet fiscal distinct, le 2 bis de l'article 200 A du code.

Le gain en litige dans la présente affaire et dont les requérants revendiquaient l'imposition au taux de 19% n'est donc pas la plus-value d'apport initiale - même si, compte tenu de l'absence de prise de valeur des titres reçus en rémunération des apports successifs, le montant de celui-ci est identique à celle-là – mais le gain net retiré par M. C… du rachat par la société A30C d'une partie de ses propres titres, calculé à partir du prix d'acquisition des titres de la société A2C Ouest ayant fait l'objet de l'opération d'apport initiale.

Or la circonstance que le contribuable ait bénéficié du sursis automatique et que ce gain net comprenne, de manière fongible et indissociable avec la valeur (en l'espèce nulle) née de l'évolution de la valeur des titres reçus depuis l'apport, la matière correspondant à la plus-value d'apport qui avait été placée en sursis d'imposition et dont le régime de l'article 150-0 B a conduit à effacer l'existence fiscale, ne fait pas, par principe, obstacle à ce que le contribuable puisse bénéficier du taux forfaitaire dérogatoire de 19% à raison du gain net constaté lors de la cession ou du rachat des titres qui avaient été reçus en rémunération de l'apport. Le gain net issu de ce rachat est en effet au nombre des gains mentionnés à l'article 150-0 A du CGI, peu important les modalités particulières de détermination du prix d'acquisition pour son calcul.

La cour n'a donc pu répondre comme elle l'a fait pour écarter le moyen dont elle était saisie.

Compte tenu de la rédaction du 2 bis de l'article 200 A du CGI, évoquant tantôt « les titres », tantôt « la société dont les titres sont cédés », la thèse des requérants selon laquelle

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

l'appréciation des conditions tenant la nature de l'activité de la société, aux fonctions exercées par le cédant, à la durée et au pourcentage de détention de titres de cette société par le cédant et son groupe familial devraient, lorsque les titres faisant l'objet de la cession ont été reçus en contrepartie d'une opération d'échange ayant bénéficié du sursis de l'article 150-0 B du code, s'apprécier au regard de la seule société dont les titres avaient été apportés, nous semble exclue. C'est en effet au regard des titres cédés (ou rachetés) et de la société dont les titres sont cédés (ou rachetés) que le respect des conditions posées par le texte doit s'apprécier.

Le principe de neutralité de l'opération d'apport ayant bénéficié du sursis peut-il toutefois conduire, pour l'appréciation de tout ou partie de ces conditions, à attribuer à la société dont les titres sont cédés et à ces titres eux-mêmes certaines des caractéristiques de la société dont les titres avaient été apportés dans le cadre de l'opération d'apport ayant bénéficié du sursis ?

Pour l'appréciation de la condition posée au b du 2 bis, tenant à la détention continue des « titres » par le cédant, directement ou par son groupe familial, au cours des cinq années précédant la cession, sans doute peut-on et doit-on, en vertu du principe consacré par votre décision n° 420094 *min. c/ M. et Mme A…* en vertu duquel les titres reçus sont réputés entrés au patrimoine de l'apporteur aux conditions auxquelles y étaient entré les titres apportés, considérer que les titres détenus par le cédant et son groupe familial le sont, lorsque ces titres ont été reçus en contrepartie d'un apport ayant bénéficié du sursis automatique de l'article 150-0 B du code, depuis la date à laquelle les titres apportés avaient été acquis. Il ne s'agirait ni plus ni moins que d'une déclinaison du principe de neutralité déjà appliquée, en matière de fusion, par votre décision *min. c/ Sté Heineken France* du 11 février 2013 déjà évoquée.

Pour les autres conditions, une telle approche de *continuum* nous semble en revanche impossible.

D'abord, la condition posée au d) du 2 bis tenant à la détention, à la date de la cession, de 2% des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de la société dont les titres ou droits sont cédés ne peut s'opérer, par construction, qu'au regard du pourcentage de détention dans la société dont les titres sont cédés et non de celle dont les titres ont été apportés, puisqu'il s'agit de se placer à la date de la cession.

Ensuite, la condition posée au a), tenant à la nature industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale de l'activité exercée par la société dont les titres ou droits sont cédés, appréciée de manière continue pendant les dix années précédant la cession ou, si la société est créée depuis moins de dix ans, depuis sa création, ne nous paraît, elle aussi, pouvoir s'apprécier, compte tenu de la lettre du texte mais aussi de sa logique, qu'à l'aune de la société dont les titres sont cédés. Il nous semblerait très constructif de considérer que cette société serait réputée, du seul fait de la neutralité de l'opération d'apport pour l'application de l'article 150-0 A du CGI, avoir exercé partiellement, à raison des titres qui lui été apportés, l'activité de la société dont les titres lui ont été apportés.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

La condition posée au c) du 2 bis, en vertu de laquelle les titres ou droits détenus par le cédant ou son groupe familial, doivent avoir représenté, de manière continue pendant au moins deux ans au cours des dix années précédant la cession des titres ou droits, au moins 10 % des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de la société dont les titres ou droits sont cédés, ne nous paraîtrait guère davantage se prêter à une appréciation partielle à l'aune de la société dont les titres avaient été apportés. En effet, si apprécier le seuil de détention en opérant un *continuum* entre la participation détenue dans la société dont les titres ont été apportés et celle détenue dans la société bénéficiaire de l'apport dont les titres sont ultérieurement cédés peut sembler, dans le cas très pur d'une présence exclusive et successive au capital de l'une puis l'autre, aisée à opérer, les limites et les difficultés d'un tel raisonnement apparaissent dès lors qu'on envisage la simultanéité de la présence au capital des deux sociétés. Faudrait-il, par exemple, additionner les deux participations ? Ne connaître que de l'une à l'exclusion de l'autre ? Et en ce cas, laquelle retenir ?

La même difficulté se rencontre dans la mise en œuvre de la cinquième condition, énoncée au e) du 2 bis de l'article 200 A, tirée de ce que le contribuable doit avoir exercé au sein de la société dont les titres ou droits sont cédés, de manière continue au cours des cinq années précédant la cession et dans les conditions prévues au 1° de l'article 885 O bis, l'une des fonctions mentionnées à ce même 1° ou avoir exercé une activité salariée au sein de la société dont les titres ou droits sont cédés. Comment appliquer une fiction de continuité ? Le contribuable peut en effet avoir exercé, avant l'opération d'apport, des fonctions dans la société à laquelle il a apporté les titres échangés, ou avoir eu cette faculté.

On le voit, si la fiction de la continuité attachée au régime du sursis fonctionne lorsqu'est en cause une condition appliquée à un titre donné, pour lequel le caractère purement intercalaire de l'opération d'échange de titres relevant de l'article 150-0 B du code permet d'attribuer à ce titre les conditions particulières d'entrée au patrimoine du titre qui l'a précédé et en contrepartie de l'apport duquel il a été remis au contribuable, cette fiction fonctionne beaucoup moins fluidement et ne saurait étendre ses effets lorsqu'est en cause une condition s'appréciant, non à l'aune des titres reçus en échange de l'apport, mais à l'aune de la société dont les titres sont cédés (qu'il s'agisse de son activité, de sa direction ou encore de la composition globale de son actionnariat).

Sans mode d'emploi législatif, l'appréciation de ces conditions ne peut dès lors s'opérer, compte tenu de la lettre-même du texte, qu'au regard de « la société dont les titres sont cédés », sans pouvoir lui attribuer, au titre de la période précédant l'apport, les caractéristiques de la société dont les titres ont été apportés, ni réputer que les fonctions exercées dans celle-ci étaient exercées dans celle-là.

Qu'en déduire dans le présent litige ? Si la cour a commis une erreur de droit en écartant par principe l'application du taux dérogatoire de 19% prévu par les dispositions combinées du 2 *bis* de l'article 200 A du CGI dans sa rédaction issue de la loi de finances pour 2013 et du IV de l'article 10 de la même loi, au gain réalisé par M. C… en octobre 2012 lors du rachat des titres de la société A30C au motif que ces dispositions dérogatoires ne s'appliquaient pas aux

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

plus-values ayant bénéficié d'un sursis d'imposition sur le fondement de l'article 150-0 B du code général des impôts, il ressort également des termes mêmes de l'arrêt attaqué que la société A30C n'a été constituée qu'en 2012. Par suite, la condition prévue au e du 2 *bis* de l'article 200 A du CGI tenant à l'exercice par le contribuable d'une fonction dirigeante ou d'une activité salariée au sein de la société dont les titres ou droits sont cédés pendant une période de cinq ans précédant la cession ne pouvait, par construction, pas être satisfaite et le bénéfice du taux forfaitaire de 19% ne pouvait, par suite, qu'être écarté.

Vous pourrez substituer ce motif, qui ne nécessite l'appréciation d'aucune circonstance de fait nouvelle, à celui retenu par la cour dont il justifie, sur ce point, le dispositif. Soulignons que, dans la mesure où l'ensemble des écritures des requérants tournent autour du point de savoir si l'appréciation du respect des conditions du 2 bis de l'article 200 A du CGI pour la détermination du taux applicable au gain de rachat de ses titres par la société A30C doit s'opérer à l'aune des caractéristiques de la société A2C Ouest, dont les titres avaient fait l'objet de l'opération d'apport initial, ou de la société A30C, les parties ont largement débattu de l'identité de la société qu'il convient de prendre en compte. Vous ne les prendrez donc pas par surprise.

Par ces motifs, nous concluons au rejet du pourvoi.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.