

# **Fiscalité et rémunération des apports**

**IACF - Paris, le 10 mai 2016**

**Vincent Agulhon, Pascal Coudin,  
Anne-Sophie Coustel, Philippe Grousset,  
Luc Jaillais, Christophe Rontchevsky**

**Avocats, membres de la commission fiscalité des entreprises de l'IACF**

# Apport sans augmentation de capital

Pascal COUDIN

IACF – 10 Mai 2016

## PEUT-ON REALISER UN APPORT SANS AUGMENTER LE CAPITAL DE LA SOCIETE ?

- **Apport à une société étrangère**

CE 7 septembre 2009 n° 303560, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., **SNC Immobilière GSE** (RJF 12/09 n°1068)

- **Apport à une société française**

CE 12 février 1990, n° 84904, 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.-s., **Ets Charles Bussière** (RJF 4/90 n°370)

La simple renonciation par certains de ses associés à une partie de leurs comptes courants, ne peut être regardée, en l'absence de toute contrepartie, notamment sous forme de droits sociaux, comme ayant le caractère juridique de « suppléments d'apport » au sens des dispositions de l'article 38 du CGI

## PEUT-ON REALISER UN APPORT SANS AUGMENTER LE CAPITAL DE LA SOCIETE ?

- Les apports avec prime d'émission de convenance

CAA Nantes 22 juin 2005 n° 01-1864, 1<sup>e</sup> ch., **SA Bernard Matthews** (RJF 1/2006 n°184). Apport de 10 millions rémunéré par une seule action d'un nominal de 100. Il est jugé que l'opération ne dissimule pas un abandon de créance.

Sur la possibilité juridique de convenir d'une prime de convenance voir Alain Couret Journal des Sociétés 2007 dossier rémunération des apports.

- A rapprocher des opérations de coup d'accordéon

CE 20 mars 1989, n° 56087, 9<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> s.-s., Malet Matériaux (RJF 5/1989 n°548)

# La problématique de la soulte

Vincent AGULHON, LUC JAILLAIS

IACF – 10 Mai 2016

*Soulte : « somme d'argent due par un co-échangiste ou par un co-partageant destinée à compenser l'inégalité des prestations ou des lots »*

(Vocabulaire Juridique – Association Henri Capitant – Gérard Cornu)

## La soulte en régime de plus-values privées

### La loi :

**Article 150-0 B du CGI** : « *Les échanges avec soulte demeurent soumis aux dispositions de l'article 150-0 A lorsque le montant de la soulte reçue par le contribuable excède 10 % de la valeur nominale des titres reçus* ».

**Article 150-0 B ter du CGI** : « *Les apports avec soulte demeurent soumis à l'article 150-0 A lorsque le montant de la soulte reçue excède 10 % de la valeur nominale des titres reçus* »

↳ application du sursis d'imposition ou du report d'imposition sur l'intégralité de la plus-value d'apport à condition que le montant de la soulte n'excède pas 10 % de la valeur nominale des titres reçus en rémunération de l'apport.

# La soulte en régime de plus-values privées


**Premier motif de rectifications : le montant de la soulte excède 10 % de la valeur nominale des titres reçus en rémunération de l'apport**


**Erreur commise** : le montant de la soulte est déterminé par rapport à la valeur des apports

**Cas particulier** : enregistrement d'une prime d'émission > celle-ci ne peut être assimilée/intégrée à la valeur nominale des titres reçus en rémunération de l'apport

**La soulte excède 10 % de la valeur nominale des titres reçus (99)**

**La soulte n'excède pas 10 % de la valeur nominale des titres reçus (100).**

Titres A = 110 	Capital = 99 Soulte = $\frac{11}{110}$
---	---

Titres A = 110 	Capital = 100 Soulte = $\frac{10}{110}$
---	--



## La soulte en régime de plus-values privées

**Premier motif de rectifications : le montant de la soulte excède 10 % de la valeur nominale des titres reçus en rémunération de l'apport**

**Sanction** : remise en cause du différé d'imposition à raison de l'intégralité de la plus-value d'apport

**Contestation de la conformité sur ce point des textes de différé d'imposition au regard de la Constitution**, et notamment aux articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 :

- en ce qu'il crée un effet de seuil disproportionné et non nécessaire,
- ce qui conduit à une imposition de l'ensemble de la plus-value d'apport en violation de l'exigence de prise en compte des facultés contributives des contribuables ?

# L'abus de soulte

**Deuxième motif de rectifications : remise en cause du différé d'imposition (sursis et report d'imposition) sur le terrain de la procédure de répression des abus de droit**

**BOFiP 150-0 B ter** : mise en garde au regard de l'abus de droit ...

*« s'il s'avère que cette opération ne présente pas d'intérêt économique pour la société bénéficiaire de l'apport, et est uniquement motivée par la volonté de l'apporteur d'appréhender une somme d'argent en franchise immédiate d'impôt et d'échapper ainsi notamment à l'imposition de distributions du fait de ce désinvestissement » ...*

*... « l'administration a toujours la possibilité, dans le cadre de la procédure de l'abus de droit fiscal, notamment d'imposer la soulte reçue »*

Sanction : imposer seulement la soulte reçue ?

# L'abus de soulte

## Fiche pratique n° 20 portail BOFiP « Carte des pratiques et montages abusifs »

### « **Le procédé de fraude**

*Un particulier réalise un apport de droits sociaux, avec soulte, à une société relevant de l'impôt sur les sociétés. Le montant de la soulte, inférieur à 10 % de la valeur nominale des titres reçus, fait l'objet d'une inscription au crédit du compte courant de l'apporteur.*

*Les dividendes perçus par la société bénéficiaire de l'apport permettent ensuite de rembourser le montant de la soulte dû à l'apporteur.*

*Le procédé consiste, sous couvert d'une opération d'échange de droits sociaux avec soulte, à appréhender des liquidités en franchise d'impôt. En effet, en l'absence d'interposition de la société bénéficiaire de l'apport, les dividendes attachés aux titres apportés auraient été soumis à l'impôt sur le revenu entre les mains de l'apporteur.*

### **Le rehaussement**

*Lorsque la stipulation d'une soulte est uniquement motivée par la volonté de l'apporteur d'appréhender des dividendes en franchise d'impôt, la procédure de l'abus de droit fiscal, prévue à l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales est mise en œuvre (cf. BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60- 20150702 n° 170) ».*

*Recommandation de la DGFIP : « Les personnes qui ont réalisé de telles opérations doivent prendre contact avec l'administration fiscale pour mettre en conformité leur situation ».*

## La soulte en régime de plus-values privées

### Motifs invoqués par les proposition de rectification (DNVSF et Direction départementale)

« L'existence même de la soulte est intrinsèque à la **parité d'échange** des titres apportés et remis à l'échange ; elle ne repose pas sur la seule volonté des sociétés parties à l'opération d'échange ou du seul apporteur des titres en présence d'une société créée ad hoc ».

« la mise à disposition d'une soulte (...) n'est pas fondée par la **nécessité de compenser un quelconque déséquilibre entre les actionnaires dans la parité d'échange**, M. Z étant le seul associé intervenant à l'opération d'échange des titres. ».

« Par conséquent, **l'existence de la soulte** d'un montant de XXXX € **est purement artificielle**, n'étant pas fondée sur la parité d'échange résultant de l'opération mais reposant sur la seule volonté de M. Z, associé unique et représentant légal des sociétés parties à l'opération **dans le seul but de masquer l'appréhension par lui-même de liquidités en franchise d'impôts**, détournant ainsi l'objectif du mécanisme du sursis d'imposition prévu par le législateur en matière de plus-value d'échange de valeurs mobilières. »

« Le but exclusivement fiscal de cette opération est constitué par la recherche d'une exonération de liquidités mises à disposition de M. Z via son compte courant d'associé, la **qualification de soulte permettant de dissimuler des distributions officieuses** à son profit. La création artificielle d'une soulte ne peut être expliquée par d'autre but que celui de faire bénéficier les sommes correspondantes du mécanisme de sursis d'imposition à l'impôt sur le revenu prévu pour les plus-values d'échange de valeurs mobilières »

# L'abus de soulte

## Motifs invoqués par les proposition de rectification

### Commentaires 1 :

Confusion entre l'usage de la soulte et le traitement des rompus, alors pourtant que le BOFIP distingue bien les deux sujets :

*« 310 Lorsque dans le cadre d'une opération d'échange, le porteur possède un nombre de titres excédant celui prévu par la **parité d'échange** pour obtenir un nombre entier de titres nouveaux, l'opération est susceptible de donner lieu au profit du porteur à un versement en numéraire qui s'analyse en une **indemnisation de rompus distincte du versement d'une soulte**.*

*Dans ce cas, l'opération constitue :*

- une opération d'échange dans les limites de la parité d'échange : la plus-value réalisée sur ces titres est alors susceptible, toutes autres conditions étant par ailleurs réunies, de bénéficier du sursis d'imposition ;*
- une opération de vente pour le surplus : la plus-value réalisée sur ces titres est imposable immédiatement dans les conditions de droit commun.*

*330 En revanche, **ces mêmes sommes n'ont pas à être prises en compte pour l'appréciation de la condition tenant à l'importance de la soulte.***

## L 'abus de soulte

### **Motifs invoqués par les proposition de rectification**

#### **Commentaire 2 :**

L'Administration fiscale ignore délibérément la justification économique de la création de la holding dont témoignent les opérations de croissance externe financées pour partie par des distributions reçues de la filiale apportée et pour partie par des emprunts bancaires.

#### **Commentaire 3**

L'Administration ne cherche pas à remettre en cause le bénéfice du différé d'imposition de la plus-value d'apport ; ses rectifications en abus de droit se « limitent » à taxer le montant de la soulte en RCM.

## La soulte en régime des restructurations IS/DMTO

- Soulte autorisée par le code de commerce pour les fusions et scissions (C. com. Art. L.236-1 al 4)
- Soulte autorisée fiscalement par l'article 210-0A du CGI pour les fusions et scissions
- Soulte **non autorisée** pour les apports partiels d'actif portant sur une branche complète d'activité (art. 210-B du CGI ne la prévoit pas)
  - Exception : soulte autorisée pour les apports de participations assimilées à des branches complètes d'activité (art. 210-B 6è du CGI par renvoi aux conditions de l'article 38-7 bis se conformant ainsi à la directive qui traite séparément des « échanges de titres » et autorise alors une soulte en numéraire)
- Soulte autorisée pour les fusions, scissions et apports partiels d'actifs en matière de DMTO (art. 301-F de l'annexe II au CGI, qui autorise d'ailleurs la soulte en nature)
- Soulte autorisée pour les échanges de titres au niveau des actionnaires des sociétés absorbées / scindées (art. 38-7 bis du CGI). Attention, soulte non autorisée pour les actions sous engagement de conservation « stock-options » et « actions gratuites » et traitement des rompus complexe),
- Lorsqu'elle est autorisée, la soulte est toujours plafonnée à 10% de la valeur nominale des titres reçus en rémunération (voir si la législation va évoluer au vu de la directive « fusion » juridique qui admet des soultes de montant supérieur en cas de fusion transfrontalière)

## La soulte dissimulée

### Les ajustements d'apports à effet immédiat / différé

Dans les apports à effet immédiat/différé la consistance des apports à la date de réalisation n'est connue que postérieurement lorsque les comptes sont disponibles.

Il convient donc d'ajuster les apports lorsque la consistance réelle des apports est définitivement déterminée : en cas de sous-évaluation l'apporteur s'engage généralement à compléter par un apport de numéraire mais en cas de sur-évaluation il convient d'éviter de corriger par la constatation d'une dette de la société bénéficiaire de l'apport envers l'apporteur, qui pourrait être assimilée à une soulte.

Il est donc recommandé de porter la différence entre l'actif net apporté définitif et celui (inférieur) qui avait été estimé dans le traité d'apport au poste de prime d'émission.

La prise en charge de passifs excessifs non rattachables à la branche d'activité (entre la soulte et la notion de branche...)

Quid de l'achat simultané par la société bénéficiaire de l'apport d'éléments d'actifs ne faisant pas partie de la branche d'activité (stock par exemple ?)



## **La soulte dissimulée – les distributions**

La question des distributions massives de dividendes par la société cible / la société bénéficiaire des apports à une date proche de l'opération

L'affaire Hans Markus Kofoed :

2 résidents danois ont fait apport le 29 oct. 1993 de 100% des titres d'une société danoise à une holding irlandaise nouvellement créé.

Le 1<sup>er</sup> nov. 1993 la société danoise distribue un important dividende à la holding qui le redistribue aux deux apporteurs le 3 nov.

L'administration fiscale danoise a remis en cause le sursis d'imposition des plus values d'apport au motif que la distribution constituait une soulte excédant le plafond de 10%.

## La soulte dissimulée – les distributions

Arrêt CJCE du 5 juillet 2007 (C-231/05):

« la notion de soulte au sens de la directive 90/434 vise **les prestations pécuniaires ayant le caractère d'une véritable contrepartie à l'opération d'acquisition**, à savoir les prestations qui ont été convenues à titre contraignant en tant que complément à l'attribution des titres représentatifs du capital social de la société acquérante (...)

Il ressort de l'économie et du système de la directive que la soulte en espèce et l'opération d'acquisition font partie d'une même transaction. En effet **la soulte fait partie intégrante de la contrepartie que la société acquérante paye aux associés de la société acquise en vue d'obtenir une participation majoritaire dans cette dernière,**

**Ne saurait être qualifiée de soulte en espèce une prestation pécuniaire attribuée par une société acquérante aux associés de la société acquise du simple fait d'un certain lien temporel ou autre avec l'opération d'acquisition (...).** Il est au contraire nécessaire de vérifier dans chaque cas d'espèce, eu égard à l'ensemble des circonstances, si la prestation en question revêt le caractère d'une **contrepartie contraignante à l'opération d'acquisition (...)**

Dans l'affaire au principal il n'existe aucun indice prouvant que le dividende aurait fait partie intégrante de la contrepartie à payer pour l'acquisition de la filiale par la holding ce qui serait la condition nécessaire pour le qualifier de soulte en espèces. Au contraire à **aucun moment il n'a été conclu d'accord entre les apporteurs et la société bénéficiaire engageant cette dernière à distribuer ce dividende.**

## La soule dissimulée – les distributions

Les distributions préalables par la société apportée / absorbée sont-elles possibles en tout état de cause ?

- La rémunération en numéraire n'est pas supportée par la société absorbante / bénéficiaire : ce n'est pas une contrepartie de «l'acquisition »
- Même si c'est une condition contractuelle de l'opération visant à atteindre une parité-cible ?
- Est-ce toujours vrai si la distribution est financée par endettement ? Avec la garantie de l'absorbante/bénéficiaire ? Remboursé rapidement après l'opération par l'absorbante/bénéficiaire ou avec son aide ?

Les distributions par la société bénéficiaire / absorbante

- Normalement pas réservées aux apporteurs / actionnaires de l'absorbée. Mais quid en cas d'actionnaire unique ou d'identité des actionnaires ? D'engagement de distribution en faveur de l'apporteur ?
- Faut-il traiter différemment une distribution massive ? Une distribution de prime d'apport ?
- Position de l'administration sur les réductions de capital au regard de l'engagement de conservation de 3 ans en régime 210-B.

## **La soulte dissimulée : les opérations combinées d'apport et vente de titres**

Problématique :

Un actionnaire souhaite transférer une participation à une société IS et monétiser, mais seulement partiellement, sa valeur. Peut-il procéder simultanément à l'apport d'une partie des titres bénéficiant d'un régime de sursis et à une vente immédiatement imposable pour le solde ?

L'administration est-elle fondée à réunir les deux opérations en une seule pour qualifier de soulte (excessive) le prix de vente et remettre en cause le sursis d'imposition sur la partie « apport » ?

La soulte dissimulée :

## les opérations combinées d'apport et vente de titres

Une situation proche mais une problématique différente : l'affaire Tomasina (CE 10 juillet 2007, n° 294537, RJF 2007 n° 1297)

Faits : Mr Tomasina avait vendu une partie des titres d'une société absorbée à la société absorbante pendant la période de rétroactivité et l'administration prétendait sur le fondement de l'abus de droit que la plus-value de cession, initialement imposée au taux proportionnel, devait être taxée comme un dividende au barème progressif. Pour sa défense le contribuable avançait qu'il aurait pu alternativement percevoir une soulte à l'occasion de la fusion, laquelle aurait également été imposable comme plus-value au taux proportionnel en application de la législation alors applicable (1995). La CAA de Nantes puis le CE retiennent l'argument et, alors que l'administration conteste que le scénario de la fusion avec soulte soit pertinent au motif qu'elle aurait excédé 10%, le juge de l'impôt réfute l'argument au motif que la conséquence d'une soulte excessive est uniquement la remise en cause du sursis d'imposition sur la partie « échange » et non une modification de la catégorie d'imposition de la plus-value.

Le CE ne tranche donc pas dans un cas de remise en cause par l'administration du sursis d'imposition pour cause de soulte excessive mais

- il semble accepter, dans un contexte d'« abus de droit », la comparabilité d'une opération combinée d'apport et de vente de titres avec une opération d'apport de titres avec soulte et
- il rappelle à cette occasion qu'une soulte excessive conduit à exclure le bénéfice du sursis d'imposition sur la partie « apport ».

**Est-ce suffisant pour craindre une remise en cause du sursis sur une opération combinée d'apport et vente de titres?**

## La soulte dissimulée : les opérations combinées d'apport et vente de titres

### Eléments de réflexion :

- Les opérations d'apport et de vente sont juridiquement distinctes. Mais sont-elles conventionnellement liées (interconditionnalité, etc.). Cf. l'arrêt *H.M. Kofoed de la CJCE* : « la soulte fait partie intégrante de la contrepartie que la société acquérante paye aux associés de la société acquise en vue d'obtenir une participation majoritaire dans cette dernière. » Parallèle avec les offres mixtes échange/achat.
- Il y a bien imposition de toute la plus-value correspondant à la cession rémunérée en numéraire, seule la partie pour laquelle le contribuable ne reçoit pas de liquidité bénéficie du sursis : l'intention du législateur à cet égard semble respectée.
- Doit-on analyser différemment la situation des particuliers (art.150-0B) et des entreprises IS (art. 210-B) ?
  - Pour une entreprise IS, l'apport de titres n'est éligible au sursis que par assimilation à une branche complète d'activité d'une participation atteignant un certain niveau, alors que le sursis est applicable quel que soit le quantum de titres apportés par un particulier. La faculté de scinder en deux la participation d'origine est-elle alors également légitime dans les deux cas? (En IS, comparaison avec une branche d'activité « stricto sensu » par définition non divisible). Il suffit toutefois pour l'assimilation à une branche d'atteindre 50% (ou 30%) : pourquoi les titres excédentaires ne pourraient-ils pas être traités séparément de cette « branche » ?
  - Pour un particulier le choix de la vente conduit à imposition immédiate alors que la perception d'une soulte < 10% conduit à une perception en franchise immédiate d'impôt (pas d'équivalence de traitement fiscal entre soulte d'un niveau admis et vente : le particulier qui veut percevoir plus de 10% de numéraire peut vendre, la conséquence directe est l'imposition du cash reçu). En matière d'IS la soulte, même dans la limite de 10%, est toujours imposable immédiatement (la soulte est toujours taxable, la limite de 10% apparaît alors – peut-être plus logiquement que pour un particulier ? - comme la condition du sursis sur les titres apportés).

# Apport et Théorie du prix d'acquisition

Anne Sophie COUSTEL

IACF – 10 Mai 2016

## THEORIE DU PRIX D'ACQUISITION – PRINCIPE

- **Théorie jurisprudentielle reprise par la doctrine administrative**
  - Assise par une série d'arrêts rendus au cours de la période 1941-1944, puis au début des années 1970; Progressivement précisée par la jurisprudence même si certaines incertitudes subsistent
  - BOI-IS-FUS-10-20-50 (pour l'administration, façon de cantonner les possibles transferts de déficits)
- **Principe de rattachement des charges**
  - les charges se rattachant à la gestion de la société absorbée/apporteuse connues ou prévisibles à la date de l'opération ne peuvent pas être déduites chez la société absorbante/bénéficiaire
  - logique économique sous-jacente : elles constituent chez l'absorbante/la bénéficiaire un élément du prix d'acquisition des actifs ; elles sont réputées être venues en diminution du « prix payé » pour les actifs
- **S'applique opérations de fusion et d'apport partiel d'actifs**
  - Voir notamment, CE 18 mars 1992, n°62402, Leybold, Heraeus-Sogev (LHS RJF 5/92), n°634, et CE 25 septembre 2013, n°356382, Oddo et Cie, Droit fiscal 2014, n°4, comm. 88



## THEORIE DU PRIX D'ACQUISITION – CONTOURS

- S'applique **même si les charges ont été omises** chez l'apporteuse
  - Dans ce cas l'omission a entraîné une surestimation de la rémunération des apports ; la dette correspondante doit donc être imputée sur la prime et ne peut venir en déduction des résultats de la société absorbante/bénéficiaire. CE 7 juillet 1972, n°81749, Dupont 1972, p. 331.
- Ne s'applique qu'aux **charges ou dettes qui étaient connues ou prévisibles à la date de l'opération**
  - Ne s'applique « *qu'aux dettes et charges qu'il était possible de connaître ou de prévoir lors de la fusion, compte tenu des diligences normales incombant à la société issue de la fusion ou bénéficiaire des apports* ». A propos de détournements de fonds révélés postérieurement à la fusion. CE 6 juin 2008, n°285629, SA Gustave Muller, RJF 10/08.
  - Ne s'applique pas aux charges liées l'activité de l'absorbée ou de l'apporteuse mais dont le fait générateur est postérieur à l'opération. CE 25 mai 1973, n°73725 (primes de remboursement d'obligations). CE 16 juin 1993, n°70446, Laboratoires Wellcome (perte de liquidation subie par l'absorbée du fait de la poursuite d'activité d'une filiale pendant la période intercalaire).
  - Ne devrait pas s'appliquer aux rappels d'impôt portant sur des impôts déductibles qui n'étaient ni connus ni prévisibles à la date de l'opération. Délicate question de la prévisibilité.
  - Même si elle a souvent reçu une application pour les éléments de passif, son application a également pu concerner la dépréciation prévisible d'éléments d'actif. CE 18 mars 1992, n°62402, RJF 5/92, n°634, LHS à propos d'avoir sur créances clients. Inflexion apportée par l'arrêt Gustave Muller ?

## THEORIE DU PRIX D'ACQUISITION – CONTOURS

- **Rétroactivité - Période intercalaire**

- Il convient en principe de se placer **à la date d'effet de la fusion ou de l'apport** ; les charges de la période intercalaire demeurent déductibles chez la bénéficiaire de l'apport. Principe posé par l'arrêt CE 16 juin 1993, n° 70446, SA Laboratoires Wellcome
- Avec toutefois une **exception pour les provisions comptabilisées pendant la période intercalaire** : déductibilité écartée car elles avaient été prises en compte pour la détermination de la valeur de l'actif net apporté. CE 25 septembre 2013, n°356382, Oddo & Cie, Droit fiscal 2014, n°4, comm. 88

## THEORIE DU PRIX D'ACQUISITION – CONTOURS

- **Absence de cohérence parfaite entre la théorie du prix d'acquisition et la logique économique sous-jacente**
  - La jurisprudence ne s'attache pas à rechercher si l'élément en cause a ou non été effectivement pris en compte dans la détermination de la rémunération de l'opération ; **forme de présomption dès lors que la charge était prévisible**
  - **Ne s'applique pas nécessairement à toutes les charges qui ont été prises en compte** dans la détermination de la rémunération mais seulement à celles rattachables à une période antérieure à l'opération.
    - Exemple des primes de remboursement d'obligations attachées au remboursement ultérieur des obligations transmises dans le cas de la fusion : déductibles chez la société bénéficiaire même si elles ont été prises en compte dans la détermination. CE 25 mai 1973, n°73725, Plén. CE 26 mai 1993, n°78156 et 78157, Sté Aussedat-Rey, RJF 7/93, n°982
    - Une exception: provision pour congés payés dans le cadre du régime avant 1987. La société absorbante peut déduire l'indemnité versée alors même que la période de constitution est antérieure à l'opération (salaire de substitution). CE 26 juillet 1985, n°45149, Plén. ; Droit fiscal 1986, n°12
    - **Autres cas d'application ?**
      - Extension aux autres provisions non déductibles en raison de leur objet alors même que la charge serait probable (ex. provisions pour indemnités de licenciement économique, provision pour charges de retraite)? Incidence de la JP Oddo?
      - Frais d'établissement ? Solution favorable en matière d'APA dans une décision du TA Grenoble 9 mars 1995 n°90-3596, 4<sup>e</sup>ch, SA Allevard Industries, RJF 7/95, 823. La solution n'était pas évidente et mériterait d'être confirmée.
      - Frais d'acquisition de titres transmis dans le cadre de l'opération?

## THEORIE DU PRIX D'ACQUISITION – PROBLEMATIQUE DES PROVISIONS

- Dans le champ de la théorie du prix d'acquisition puisqu'elles constituent une dette éventuelle de la société absorbée/apporteuse.
  - La théorie du prix d'acquisition s'applique aux provisions qui n'auraient pas été déduites pour des raisons de convenance par la société absorbée ou apporteuse (position administrative)
  - Mais aussi aux provisions ne répondant pas aux conditions de déductibilité (en ce sens concl. Nathalie Escaut sous Oddo & Cie).
  - Les provisions non déductibles constituées par la société absorbée sont réputées incluses dans l'actif net fiscal apporté (CE 26 février 2003, n°222748, Sté Laboratoires 3M, RJF 05/03, n°547)
  - CE 25 septembre 2013, n°356382, Oddo & Cie, Droit fiscal n°4/2014, comm. 88 :
    - Apport partiel d'actif placé sous le régime de droit commun et réalisé avec effet rétroactif
    - Provisions non déduites fiscalement par la société apporteuse (pour licenciement, restructuration et modification de structure), dont une dotée pendant la période intercalaire, ont été transmises à la société bénéficiaire de l'apport.
    - La société bénéficiaire n'est pas fondée à déduire la charge correspondant à une provision pour risques et charges dotée par la société apporteuse, prise en compte dans la rémunération de l'apport
  - Un cas particulier : les provisions pour congés payés pré-1987 (cf. arrêt du 26 juillet 1985). Extension aux autres provisions non déductibles au regard de leur objet en vertu d'une disposition légale (licenciement économique; retraite ?)

## THEORIE DU PRIX D'ACQUISITION ET OPERATIONS REALISEES EN REGIME DE FAVEUR

- Application jurisprudentielle aussi bien à des opérations placées sous le régime de droit commun que sous le régime de faveur
- En principe, s'agissant des provisions, se traduit chez l'absorbante/ la bénéficiaire par une imposition de la reprise de provision, qu'elle ait ou non été déduite chez la société absorbée/apporteuse, mais avec quelques aménagements pour les opérations en régime de faveur
  - L'administration admet que la reprise des provisions non déductibles par nature chez la société apporteuse/absorbée s'effectue en franchise d'impôt chez la société absorbante/bénéficiaire
  - Cette solution ne s'applique toutefois pas aux provisions qui n'ont pas été déduites pour des raisons de convenance (application du principe dégagé par la jurisprudence CE 23 décembre 2013, n°346018, Foncière du Rond-Point, Droit fiscal 2014, n°1-2)

## THEORIE DU PRIX D'ACQUISITION ET OPERATIONS REALISEES EN REGIME DE FAVEUR

- Quelle portée de l'arrêt Oddo & Cie ?
  - La solution retenue par le Conseil d'Etat est libellée dans des termes extrêmement généraux qui ne relèvent pas que l'opération avait été réalisée en régime de droit commun
    - La solution peut se comprendre s'agissant d'une opération réalisée en régime de droit commun : si les provisions ont été prises en compte dans la rémunération de l'apport, elles devraient logiquement avoir donné lieu à une minoration de la plus-value d'apport (ou à une moins-value) sans que leur réintégration chez l'apporteuse ne soit taxable, de sorte que cette dernière a logiquement dû bénéficier d'une déduction de la charge correspondante. Le traitement chez l'apporteuse ne ressort toutefois pas clairement des faits.
  - La solution doit-elle être étendue aux opérations réalisées en régime de faveur ? Il est permis d'espérer que non.
    - Position administrative relative au régime des reprises de provisions lorsque l'opération est placée sous le régime de faveur
    - Caractère intercalaire des fusions réalisées en régime de faveur consacré par les décisions CE 11 février 2013, n°356519, Sté Heineken France, Droit fiscal 2013, n°26 ; comm. 54) et CE 20 mars 2013, n°349669, Société Générale, RJF 6/13, n°594. La fusion réalisée en régime de faveur est-elle encore une acquisition ?
    - Si les principes dégagés par la JP Oddo devaient s'étendre aux opérations réalisées en régime de faveur, cela signifierait qu'en régime de faveur, des charges déductibles par nature ne peuvent être déduites ni chez l'apporteuse quand les conditions de déductibilité ne sont pas remplies préalablement à l'opération, ni chez la bénéficiaire. Ne serait pas compatible avec le principe de neutralité des fusions.

## THEORIE DU PRIX D'ACQUISITION - CONCLUSION

- La théorie du prix d'acquisition, pourtant ancienne et réitérée malgré les critiques qui ont pu être formulées, présente certaines limites et laisse subsister certaines incertitudes:
  - Présomption de prise en compte des charges antérieures à l'opération dans la rémunération même quand elles ont été omises
  - Incertitudes sur la notion de prévisibilité (exemple d'une provision insuffisante)
  - Portée de la jurisprudence Oddo & Cie et articulation avec le caractère intercalaire des fusions réalisées en régime de faveur

**Apport en capital libéré par  
compensation d'une créance acquise  
pour un prix décoté  
et  
Apport à une entreprise en difficulté**

**Philippe GROUSSET**

**IACF – 10 Mai 2016**



# Apport en capital libéré par compensation d'une créance acquise pour un prix décoté

- Article 209 VII bis du CGI

# Apport en capital libéré par compensation d'une créance acquise pour un prix décoté

## Rappel du texte

- L'article 209 VII bis du CGI, qui a été introduit par la LFR II de 2012, énonce :  
*« Lorsque des titres de participation mentionnés au 3<sup>ème</sup> alinéa du a quinquies du I de l'article 219 ont été acquis dans le cadre d'une opération d'augmentation de capital libérée par compensation avec des créances liquides et exigibles qui ont été acquises auprès d'une entreprise tierce non liée, au sens du 12 de l'article 39, à l'entreprise qui acquiert les titres, ni à l'entreprise émettrice, le profit imposable est déterminé en tenant compte de la valeur réelle des titres reçus en contrepartie. Les liens de dépendance mentionnés à la première phrase du présent VII bis sont appréciés à la date de l'acquisition des titres et au cours des douze mois qui précèdent et qui suivent cette date. »*
- Le texte s'applique pour la détermination des résultats des exercices clos à compter du 31/12/2012.
- 1ers commentaires au BOFIP le 3 février 2016 (BOI-IS-BASE-10-30).

# Apport en capital libéré par compensation d'une créance acquise pour un prix décoté

## Champ d'application

- **Entreprises visées** : sociétés relevant des règles de l'IS (i.e. sociétés IS et leurs filiales sociétés de personnes)
- **Titres concernés** : seulement les titres de participation exonérés...
  - **Tous** les titres exonérés (y compris titres reçus lors d'une OPA ou OPE, ou relevant du régime mère filiale) ;
  - **Seulement** les titres exonérés : sont notamment exclus les titres de sociétés à prépondérance immobilière qu'ils soient cotés ou non, et tous les autres titres soit exclus du régime du long terme, soit relevant du long terme mais à un taux autre que 0 %.
- **...reçus en contrepartie d'un apport en capital libéré par compensation avec des créances certaines liquides et exigibles sur la société émettrice**

# Apport en capital libéré par compensation d'une créance acquise pour un prix décoté

## Champ d'application

- **...acquises auprès d'entreprises non liées**
  - La société cédant la créance ne doit être liée ni à la société émettrice, ni à la société qui acquiert les titres (rien n'interdit des liens de dépendance entre la société émettrice et la société cessionnaire de la créance) ;
  - Les liens de dépendance sont ceux prévus à l'article 39-12 du CGI ;
  - Les liens de dépendance sont appréciés pendant les 12 mois qui précèdent et qui suivent la date d'apport.
  - *Si apparition de liens de dépendance entre le créancier et l'apporteuse ou la société ayant émis les titres dans les 12 mois suivant l'apport : taxation au titre de l'exercice concerné*

# Apport en capital libéré par compensation d'une créance acquise pour un prix décoté

## Modalités de détermination du produit imposable

- Le profit constaté lors de l'apport en capital libéré par compensation d'une créance acquise moyennant décote est limité à la différence entre :
  - la valeur réelle des titres reçus en contrepartie de l'apport ;
  - Et la valeur d'acquisition de la créance.
- L'administration confirme à cette occasion que le profit devrait normalement être déterminé, dans une hypothèse d'incorporation de créance, par différence entre la valeur nominale des titres émis et la valeur d'acquisition de la créance (renvoi au Bull. CNCC n° 131 de septembre 2003) (BOI n° 80).
- L'administration rappelle également qu'aucune perte ne peut être constatée à cette occasion (BOI n° 80).

# Apport en capital libéré par compensation d'une créance acquise pour un prix décoté

## Articulation avec l'article 39 quaterdecies 2 bis du CGI

- Soit une incorporation de créance ayant été soumise au dispositif de l'article 209 VII bis, suivie d'une cession dans les 2 ans des titres reçus en contrepartie de l'apport : l'article 39 quaterdecies 2 bis est applicable

# Apport à une entreprise en difficulté

- Article 39 quaterdecies 2 bis du CGI

# Apport à une entreprise en difficulté

## Rappel du texte

- L'article 39 quaterdecies 2 bis du CGI, qui a été introduit par la LFR II de 2012, énonce :  
*« La moins-value résultant de la cession, moins de 2 ans après leur émission, de titres de participation acquis en contrepartie d'un apport réalisé et dont la valeur réelle à la date de leur émission est inférieure à leur valeur d'inscription en comptabilité n'est pas déductible, dans la limite du montant résultant de la différence entre la valeur d'inscription en comptabilité desdits titres et leur valeur réelle à la date de leur émission. »*
- Le texte s'applique aux cessions de titres reçus en rémunération d'apports réalisés à compter du 19 juillet 2012.
- 1ers commentaires au BOFIP le 3 février 2016 (BOI-BIC-PVMV-30-30-120).



# Apport à une entreprise en difficulté

## Champ d'application

- **Toutes les entreprises** : sociétés IS, sociétés de personnes, etc.
  - Lorsque la société apporteuse est absorbée (ou que les titres reçus font l'objet d'un APA), la règle s'applique à la société bénéficiaire de l'apport (BOI n° 60).
- **Tous les titres de participation** : y compris les titres assimilés (titres reçus dans une OPA ou OPE, ou ouvrant droit au régime des sociétés mères), et les titres exclus du régime du long terme (sociétés à prépondérance immobilière...) ;
- **... Ayant fait l'objet d'une émission nouvelle en contrepartie d'un apport** : y compris par compensation avec des créances liquides et exigibles (BOI n° 40) ; dans le cadre d'un apport simple ou d'un APA ;
- **... Et faisant l'objet d'une cession** : toute sortie d'actif (vente, apport, annulation – notamment en cas d'absorption de la filiale émettrice -) ;
- **... Dans le délai de 2 ans** décompté à partir de l'émission des titres

# Apport à une entreprise en difficulté

## Modalités d'application

- La moins-value de cession n'est pas déductible à concurrence de la différence entre :
  - **la valeur réelle des titres** à la date de leur émission : celle-ci s'entend comme la valeur d'utilité qui représente ce que l'entreprise accepterait de décaisser pour obtenir cette participation si elle avait à l'acquérir (art. 221-3 du PCG ; Mémento comptable n° 1842) ;
  - **et leur valeur d'inscription comptable** à la même date : l'administration renvoie aux règles comptables (art. 213-1 et s. et 221-1 et s. du PCG : valeur nominale si apport en numéraire, valeur vénale si apport en nature ; les apports de créances de c/c ne sont pas visés mais l'article L 225-128 C.Com. les assimile à des apports en numéraire ; cas particulier des APA).
- la perte de valeur ultérieure des titres reste déductible dans les conditions de droit commun (BOI n° 90)

# Apport à une entreprise en difficulté

## Articulation avec la neutralisation des cessions intragroupes

- Report de déduction des moins-values de cession de titres de participation ordinaires détenus depuis moins de 2 ans si liens de dépendance avec l'acquéreur (219 I-a septies du CGI) :
  - Si cession par l'acquéreuse - de 2 ans après l'acquisition des titres par la cédante : 39 quaterdecies 2 bis applicable
  - Si intégration fiscale : la moins-value réalisée par la cédante n'est pas déductible en application de l'article 39 quaterdecies 2 bis : aucune neutralisation n'est nécessaire dans le cadre de l'intégration
  - Si cession par l'acquéreuse + de 2 ans après l'acquisition des titres par la cédante : 39 quaterdecies 2 bis inapplicable
  - Si intégration fiscale : la moins-value réalisée par la cédante relève des MVLT: aucune neutralisation n'est nécessaire dans le cadre de l'intégration

# Apport et acte anormal de gestion

**Pascal COUDIN, Christophe RONTCHEVSKY**

**IACF – 10 Mai 2016**

## Actualité du sujet

- La grille jurisprudentielle d'analyse des prix d'acquisition majorés ou minorés est bien établie pour les ventes
- Elle semble également être appliquée aux opérations d'apport
  - Taxation de la bénéficiaire de l'apport en cas de sous-évaluation  
CAA Versailles 11 décembre 2014, Sté Dexia RJF 2015 n°695
  - Taxation de l'apporteur en revenus mobiliers ( art 109) en cas de surévaluation de l'apport. Mais la nature du revenu ne semble pas avoir été discutée devant le CE  
CE 11 mars 2015 n° 369174, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.-s. RJF 2015 n°508

Un apport peut-il être traité comme une vente quand il s'agit de tirer les conséquences d'un acte anormal de gestion ?

## Bref rappel des variations autour du prix de vente anormal

- Si le prix est délibérément majoré ou minoré ET écart significatif

	Prix d'acquisition majoré
Entreprise cessionnaire	Pas de conséquence immédiate car pas d'impact sur l'actif net . Mais neutralisation de la partie excessive du prix pour le calcul ultérieur des provisions, amortissements et PV/MV de cession ( CE 27 avril 2001,GTI )
Entreprise cédante ou PP cédante	Taxation de l'écart sur fondement de l'art 111 c CE 28 février 2001 n° 199 295 sect., Thérond : RJF 5/01 n° 620

## Bref rappel des variations autour du prix de cession

	Prix d'acquisition minoré
Entreprise cessionnaire	Raffypack CE 5 Janvier 2005: substitution au prix d'acquisition de la valeur vénale dans la mesure de l'acquisition faite à titre gratuit Fondement : art 38-2 et 38 quinquies ann III Au demeurant, précise le CE, si le vendeur relève de l'IS taxation du cessionnaire possible en 111 c
Entreprise cédante	Taxation de l'écart au taux de droit commun et refus du régime des PVL ( Corbfi CE 10 Novembre 2010)

## Particularités en présence de personnes physiques agissant dans le cadre de la gestion de leur patrimoine

- La vente entre **personnes physiques(PP)** à un prix anormal peut être constitutive d'une **donation indirecte** voire déguisée

L'administration doit établir:

- **l'intention** du donateur de consentir une libéralité
- **le dépouillement** actuel et irrévocable du donateur
- **l'acceptation** de la donation par le bénéficiaire

- La vente à prix minoré par une PP à une personne morale (PM) n'est pas taxable sur le fondement de l'acte anormal de gestion mais la PM est taxable sur l'avantage reçu ( arrêt Raffypack )

Éventuellement donation indirecte ( cession à une SCI non IS **CA Dijon 5 mai 2011 n° 1000973, 1<sup>e</sup> ch. civ., SCI Lugny-Thuyset** RJF 2011 1097)



## En bref pour les ventes réalisées pour un prix insuffisant

- La jurisprudence décompose la vente en deux opérations
  - Une opération à titre onéreux inscrite au prix acquisition (art 38 quinquies annexe III)
  - Une opération à titre gratuit justifiant l'inscription à la valeur vénale ( art 38 quinquies annexe III) et donc la taxation de la libéralité chez l'acquéreur lorsqu'il s'agit d'une entreprise

## Transposition de cette jurisprudence aux apports ? Particularités des apports

- L'apport est une opération triangulaire
  - Apporteur
  - Société
  - Actionnaires existants de la société
- Procédure particulière en droit des sociétés
  - Avec DPS ou sans DPS ( suppression si apport en nature)
  - Prime d'émission
  - Commissaire aux apports

Toute cette mécanique sociétaire vise à protéger non pas la société bénéficiaire mais les actionnaires ou les tiers.

## Particularité des apports

- Comptabilisation des apports
  - CRC 04 repris dans le PCG (Titre VII Comptabilisation et évaluation des opérations de fusion et opérations assimilées) art 710-1 et s.

Les apports d'actifs isolés sont exclus du champ d'application du présent Titre et sont évalués comme des échanges et comptabilisés à la valeur vénale. Idem pour l'apport par des personnes physiques

- Comptabilisation

soit en VNC

soit à la valeur vénale

## Particularités des apports

- Règles fiscales d'inscription des immobilisations au bilan ( 38 quinquies annexe III)
  - **apportées: valeur d'apport** reflétée dans le traité. Mais le traité doit respecter les prescriptions comptables
  - **acquises à titre gratuit : valeur vénale**

## Pourquoi un traitement différencié de la vente et de l'apport?

- **La valeur d'inscription à l'actif ne peut être la traduction d'une libéralité .....en faveur de la société qui reçoit l'apport**

Que l'opération soit faite à la VNC, à la valeur réelle ou à une autre valeur la société reçoit toujours la même valeur et elle n'est pas taxable sur l'augmentation d'actif net qui en résulte ( art 38-2 CGI)

Cela étant on se rappellera une vieille doctrine administrative qui considérait qu'un apport à la VNC dans l'intégration caractérisait une subvention

- Si l'opération se traduit par une **libéralité/** un transfert de valeur, c'est **entre associés que ce transfert existe**

Le vrai critère d'appréciation d'une libéralité c'est la parité lorsqu'elle n'est pas arrêtée sur la base des valeurs réelles des biens apportés et des titres rémunérant l'apport

## Quelles seraient les conséquences pour la société d'une transposition à l'apport de la jurisprudence relative à la vente?

1. Bien apporté surévalué ou sous-évalué mais les titres de la bénéficiaire sont bien valorisés
  - Apport minoré: taxation de la bénéficiaire
  - Apport majoré: pas de taxation
  
2. Bien apporté à la bonne valeur mais les titres sont mal valorisés
  - pas de taxation de la bénéficiaire il n'y a pas de variation de l'actif net. Seule la répartition prime capital aurait été différente
  - Ces différents cas méritent-ils des traitements différents alors que la valeur de l'actif reçu est la même et que dans tous les cas la variation d'actif net trouve sa cause dans l'apport? Non à notre avis. Il n'y a pas lieu à taxation par application de l'article 38-2 du CGI
  - L'analyse distributive de l'opération n'a pas de sens à l'égard de la société. Dans un apport cela revient à apporter sur des bonnes bases puis à céder gratuitement des actions entre actionnaires.

## Quel devrait être le traitement d'une sous -rémunération de l' apport?

- **Société bénéficiaire** : pas taxable à notre avis car c'est un apport et sinon double taxation de l'avantage consenti par l'apporteur  
Bofip BOI-BIC-AMT-10-30-20 n°70 semble en ce sens( rectification du bilan de la bénéficiaire possible si taxation de l'apporteur)
- **Apporteur**: sa plus-value est calculée à partir de la valeur réelle des titres reçus. Si la valeur des droits sociaux est inférieure à la valeur du bien apporté alors :
  - Si l'apporteur est une PP: pas taxable sur insuffisance de rémunération- car pas d'acte anormal de gestion- mais risque de donation indirecte (cela dépend de l'identité des autres associés)
  - Si l'apporteur est une entreprise : taxable sur insuffisance /acte anormal de gestion

## Sous –rémunération de l’apport /suite

- **Associés de la société recevant l’apport**
  - Si l’apporteur est une PP et les autres associés sont également des PP pas de revenu mobilier mais donation indirecte
  - Si l’apporteur est une PP et les autres associés sont des entreprises: à notre avis pas de taxation. La solution Raffypack ne nous semble pas transposable car pas d’acquisition et pas de 111c
  - Si l’apporteur est une entreprise, les associés sont taxables en 111 c, sauf si l’apporteur est non-résident ( CE Séguin 24/11/2010)



## Quel devrait être le traitement d'une surémunération d'un apport?

- **Société bénéficiaire** : pas taxable car pas de variation actif net ( GTI)
- **Apporteur** : la surémunération est un revenu mobilier et non une PV.

Cette libéralité est consentie par les autres associés et non pas de la société ( voir toutefois CE 15 mars 2015 supra et CA Nantes 28/07/2004 RJF 2005 n°235). Au surplus seul l'art. 109. 1-2° serait applicable- car pas de redressement de la société- et il n'est pas sûr qu'une émission de droits sociaux puisse être assimilée à une remise de valeur aux associés

## Surémunération des apports (suite)

- Associés:

- Pour les entreprises: acte anormal de gestion

- Mais il ne devrait pas y avoir de taxation immédiate (prolongement de la jurisprudence GTI. Les conséquences ne seront à tirer qu'au moment de la cession des titres ou de leur provisionnement)

- Pour les PP: pas d'acte anormal de gestion mais donation indirecte

- Mais ces conséquences ne devraient-elles pas concerner que ceux qui ont voté en faveur de l'opération?

## Cas particulier: l'apporteur détient 100% de la société avant l'apport et l'apport est sous-rémunéré

- Par définition pas de transfert de valeur à d'autres associés
- A notre avis la **société bénéficiaire** de l'apport ne devrait pas être taxée. Si le bien apporté n'est pas inscrit pour sa valeur vénale c'est plus un problème du type Pharmacie des Chalonges (CE 5 mars 2007 CE 27 avril 2011)- erreur comptable/décision de gestion- qu'une question d'acte anormal de gestion
- Si **l'apporteur** est une entreprise: il n'y pas à proprement parler d'acte anormal de gestion mais il devrait néanmoins être taxé sur la valeur des actions qu'il aurait dû recevoir.

## Perspectives

- Le raisonnement est-il transposable aux reprises d'apport ?
- En particulier quid des contestations du prix de rachat par la société de ses propres titres en vue de les annuler ?
- Ici aussi, il nous semble que la constatation d'un prix anormal ne devrait avoir de conséquences que pour les associés et non pour la société.

## Autres cas d'acte anormal

- **Transmission gratuite de DPS ou renonciation à DPS**

Il s'agit de situations plus simples car la société est étrangère à l'opération

- Cass. Civ 2 décembre 1981: la renonciation par un père au DPS au profit d'un de ses fils s'analyse comme une donation indirecte réductible sur le plan civil
- CE 26 septembre 2011 n°327 782 Chalumeau: le transfert gratuit de DPS au profit de certains actionnaires « pour les motiver » a la nature d'un revenu distribué
- CE 28 juillet 2000 n°196 129 Chambre départementale de la propriété immobilière du Jura : renonciation par une association au profit de ses dirigeants à exercer son DPS a pour conséquence de faire basculer l'association dans l' IS et taxation des dirigeants en RM

## Autres cas d'acte anormal

- Augmentation de capital pour apurer des pertes

Cass com 3 mars 2009 07-20871 : SNC ayant subi des pertes dont le capital réparti entre un père et ses enfants.

Augmentation de capital souscrite par le seul père puis réduction de capital subie par tous les associés.

Donation indirecte car le père a supporté plus que sa quote-part de pertes.