

# Université Panthéon-Assas

Ecole doctorale de Droit privé

Thèse de doctorat en Droit  
soutenue le 21 novembre 2013

Thèse de Doctorat / Novembre 2013

## L'apport-cession-délocalisation



Université Panthéon-Assas

**Aurélie MONTEIRO**

Sous la direction de **Monsieur Stéphane TORCK**,  
Professeur à l'Université PANTHEON-ASSAS (PARIS II)

Membres du jury :

**Monsieur Olivier DEBAT**, Professeur à l'Université de LA ROCHELLE,  
*Rapporteur*

**Monsieur Daniel GUTMANN**, Professeur à l'Université PANTHEON-SORBONNE  
(PARIS I), *Rapporteur*

**Monsieur Renaud MORTIER**, Professeur à l'Université RENNES I

**Monsieur Gauthier BLANLUET**, Professeur à l'Université PANTHEON-ASSAS  
(PARIS II)

## ***Avertissement***

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

## **Remerciements**

*J'aimerais tout d'abord remercier mon Directeur de Thèse, Monsieur le professeur Stéphane TORCK, pour avoir accepté de diriger mon travail, pour ses relectures attentives et constructives et pour ses précieux conseils.*

*Je le remercie également pour m'avoir rassurée quand c'était nécessaire et pour m'avoir encouragée à pousser plus loin mes réflexions.*

*Je remercie également Maître Christophe CODET, avocat associé du Cabinet d'avocats BORNHAUSER, pour nos discussions et ses pistes de réflexion.*

*Je remercie Fabien CORNELSEN sans le soutien duquel cette thèse n'aurait pas vu le jour. Je le remercie pour sa confiance et ses encouragements répétés ainsi que pour son aide précieuse et ses relectures.*

*J'adresse également mes remerciements à Julie HAMEL et Isabelle OSTYN pour avoir relu ma thèse et avoir été des amies fidèles.*

*Enfin, je remercie Marie-José MONTEIRO pour m'avoir offert toute sa confiance chaque jour.*

## Résumé

### *L'apport-cession-délocalisation*

Pour les contribuables détenteurs de titres en forte plus-value latente qui souhaitent, d'une part, utiliser leur valorisation pour réaliser de nouveaux investissements et, d'autre part, limiter l'impôt afférent à cette plus-value, une opération a été imaginée : l'apport-cession-délocalisation. Il s'agit pour le contribuable d'apporter ses titres à une société sous un régime de différé d'imposition – report ou sursis – avant que cette dernière ne les cède en franchise d'impôt. Ce faisant, la société bénéficiaire de l'apport peut réinvestir le prix de cession et le contribuable n'est imposé que lors de la cession ultérieure des titres reçus en échange de l'apport. Réalisé dans un cadre national, l'apport-cession n'octroie au contribuable qu'un délai dans l'établissement de l'impôt de plus-value mais combiné à une délocalisation du domicile fiscal, cette opération peut aboutir à sa diminution voire à sa suppression. Toutefois, la jurisprudence et le législateur sont intervenus afin d'encadrer cette opération en posant les conditions dans lesquelles elle serait abusive puis en instaurant un nouveau régime spécifique aux apports réalisés en faveur d'une société contrôlée par l'apporteur et en remettant en place un système d'exit tax. Certes, ces nouveaux encadrements impliquent l'adaptation des modalités de réalisation de l'opération et en limitent les effets, particulièrement l'exit tax, toutefois, l'opération demeure possible et avantageuse. En outre, certains aspects de l'exit tax peuvent être contestés au regard du droit de l'Union européenne et conventionnel de sorte que sa pérennité – et donc les limites qu'il implique dans le cadre de cette opération – est incertaine.

*Mots clés : apport-cession, délocalisation du domicile fiscal, report d'imposition, sursis d'imposition, plus-value latente, réinvestissement, abus de droit, exit tax.*

### *Capital contribution-sales-relocation*

A dedicated three-step tax scheme has been designed for individuals holding assets with a latent capital gain; willing to reinvest their profits into other activities and reduce taxes on capital gains normally owed: Capital contribution of the assets held by this individual to a company in exchange of shares (Step 1), sales of those assets by the this company to a third-party (Step 2), relocation of the individual to another country (Step 3). The objective is for this individual to benefit from a deferred taxation on the capital contribution and for this company to sell assets on a tax-free basis. The company will therefore be able to reinvest the price from the assets sales and the individual will only be taxed when received shares are subsequently sold. In domestic situations, this tax scheme only offers deferral of taxes on capital gains ; but combined with the individual relocation, it enables to drastically reduce if not totally suppress taxes. Since then, legislators and judges have clearly identified conditions defining tax abuse, have defined new rules related to capital contribution to companies controlled by the contributor and have implemented exit-tax mechanisms. Despite this new legal framework, the studied tax scheme is still of significant interest. Additionally, some aspects of the exit-tax might certainly be challenged in regards to European Union law and European fiscal conventions.

*Keywords : Capital contribution, sales, relocation of the individual, deferred taxation, latent capital gain, reinvestment, tax abuse, exit tax.*

## **Principales abréviations**

Act.	Actualités
AN :	Assemblée Nationale
Ass. Plén. Ou Plén. :	Assemblée plénière
BDCF :	Bulletin des conclusions fiscales Francis Lefebvre
BF :	Bulletin fiscal Francis Lefebvre
BOI :	Bulletin officiel des impôts
c/ :	Contre
CAA :	Cour administrative d'appel
CAD :	Comité de l'abus de droit fiscal
CCRAD :	Comité consultatif pour la répression des abus de droit
CE :	Conseil d'Etat
CEHR :	Contribution exceptionnelle sur les hauts revenus
CEDH :	Cour européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales
Cf :	« <i>Confer</i> », se référer à
CGI :	Code général des impôts
Ch. :	Chambre
Chron. :	Chroniques
CJCE :	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE :	Cour de justice de l'Union européenne
Comm. :	Commentaires
Concl. :	Conclusions
CC :	Conseil constitutionnel
D. adm:	Doctrines administratives
FR :	Feuille rapide fiscale Francis Lefebvre
Inst :	Instruction
IR :	Impôt sur le revenu
ISF :	Impôt sur la fortune
JEI :	Jeune entreprise innovante
LXB :	Lexbase
LF :	Loi de Finances
LFR :	Loi de Finance rectificative
LPF :	Livre des procédures fiscales
min.:	Ministère
OCDE :	Organisation de coopération et de développement économiques
PME :	Petites et moyennes entreprises

QPC :	Question prioritaire de constitutionalité
RJF :	Revue de jurisprudence fiscale
RJDA :	Revue de jurisprudence de droit des affaires
Sect. :	Section
Sté:	Société
Ss-sect. ou s.s.:	Sous-section
TCE :	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE :	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TVA :	Taxe sur la valeur ajoutée

## Sommaire

---

Sommaire.....	7
Introduction .....	9
Partie 1 : L’apport-cession-délocalisation : un vecteur d’optimisation .....	27
Titre 1 : L’apport-cession.....	28
Chapitre 1 : L’imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux .....	28
Section 1 : Une charge fiscale non négligeable.....	28
Section 2 : Des exonérations et abattements souvent limités et toujours strictement encadrés .....	47
Chapitre 2 : L’opération d’apport-cession .....	63
Section 1 : Le mécanisme de l’apport-cession .....	64
Section 2 : La transmission des titres reçus en échange de l’apport par l’apporteur .....	85
Titre 2 : L’apport-cession-délocalisation .....	124
Chapitre 1 : Le contexte de l’apport-cession-délocalisation .....	126
Section 1 : La détermination de la juridiction fiscale compétente.....	126
Section 2 : Le transfert du domicile fiscal hors de France.....	148
Chapitre 2 : La réalisation de l’apport-cession-délocalisation .....	155
Section 1 : L’« <i>optimisation standard</i> » .....	156
Section 2 : L’optimisation applicable en présence d’une disposition relative aux cessions de participations substantielles .....	160
Section 3 : Comparaison de l’apport-cession-délocalisation et du report-exonération de l’article 150-0 D bis du CGI.....	165

Partie 2 : Les risques de l'apport-cession-délocalisation.....	172
Titre 1 : Apport-cession et lutte contre les abus .....	174
Chapitre 1 : L'apport-cession réalisé sur la base de l'ancien report d'imposition ou du sursis d'imposition .....	175
Section 1 : La soumission de l'apport-cession à la procédure de répression des abus de droit.....	182
Section 2 : Les conditions de caractérisation de l'abus de droit.....	202
Chapitre 2 : L'apport-cession bénéficiant du nouveau report d'imposition de l'article 150-0 B ter du CGI .....	249
Section 1 : Les conditions de validité de l'apport-cession.....	249
Section 2 : La sanction .....	259
Titre 2 : Apport-cession et délocalisation du domicile fiscal .....	262
Chapitre 1 : L'apport-cession-délocalisation et le risque de fraude fiscale .....	264
Section 1 : Un non-respect fortement sanctionné .....	264
Section 2 : Comment éviter la caractérisation de la fraude fiscale ? .....	272
Chapitre 2 : L'apport-cession-délocalisation et l'exit tax .....	276
Section 1 : 1998 : une première tentative d'exit tax .....	276
Section 2 : 2011 : la résurgence d'un exit tax modifié .....	316
Conclusion.....	422
Table des matières.....	426
Bibliographie .....	435
Table des annexes .....	473
Index .....	504

## Introduction

---

1. « *La fiscalité n'est pas une fatalité qui ne laisse place à aucun choix ; elle se présente au contraire très souvent comme un jeu subtil d'options. Les options sont prévues par le législateur lui-même qui n'a jamais indiqué qu'entre deux solutions possibles le contribuable devait nécessairement choisir la plus onéreuse. Le simple bon sens indique au contraire que le choix de la voie la moins imposée est une réaction aussi légitime que naturelle* ». Voilà comment Maurice COZIAN définissait le principe de liberté des choix fiscaux<sup>1</sup>. La thèse développée ici étudie une application de cette liberté.
2. Le cas d'espèce à l'origine de cette étude est le suivant : suite au développement de son activité économique, un contribuable, personne physique, est détenteur de biens en forte plus-value latente. A l'occasion d'un redéploiement économique, ce dernier a deux objectifs, à savoir : récupérer la valorisation desdits biens afin de réaliser de nouveaux investissements sans que sa capacité de réinvestissement ne soit amputée par l'impôt de plus-value généré par une cession et, à terme, limiter autant que possible cette imposition.
3. Pour atteindre ce double objectif, une stratégie patrimoniale fondée sur l'obtention d'un différé d'imposition résultant d'un apport en société a été imaginée : l'apport-cession-délocalisation.
4. Synthétiquement<sup>2</sup>, cette opération consiste, pour un contribuable personne physique, à apporter les biens dont la cession entraînerait la constatation et

---

<sup>1</sup> Maurice COZIAN : « *La gestion fiscale de l'entreprise* », RJF 5/80, pages 203 et suivantes.

<sup>2</sup> L'opération sera étudiée en détail dans la première partie de cette étude.

l'imposition d'une plus-value à une société sous un régime de différé d'imposition avant que cette dernière ne les cède en franchise d'impôt. Ce faisant, la société bénéficiaire de l'apport peut réinvestir la totalité du prix de cession des biens apportés. Combinée à une délocalisation du domicile fiscal, cette opération peut aboutir à une diminution voire à une suppression de l'impôt sur le revenu relatif à la plus-value dont l'imposition avait été différée.

5. Cette opération ne doit pas être confondue avec un autre schéma également appelé « *apport-cession* » mais dont l'objectif était de diminuer les droits de mutation à titre onéreux résultant, notamment, de la cession d'une entreprise individuelle, en modifiant la nature du bien cédé.

Dans cette hypothèse, le contribuable apportait le bien qu'il souhaitait céder à une société par actions et acquittait à cette occasion un droit fixe de 375 euros ou de 500 euros selon le capital de la société. Puis, le contribuable apporteur cédait les titres reçus en rémunération de son apport. La cession engendrait alors l'exigibilité de droits d'enregistrement à hauteur de 1 % plafonnés à 3 049 euros jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2006 contre l'application d'un barème progressif par tranche allant jusqu'à 14,20 % concernant les fonds de commerce en 1995<sup>3</sup> par exemple.

Toutefois, l'intérêt de cette opération a disparu lorsque le juge de l'impôt l'a déclarée abusive. En effet, après avoir exclu l'abus de droit dans un arrêt Société Saphymo Stel du 21 avril 1992<sup>4</sup>, la Cour de cassation a finalement considéré que

---

<sup>3</sup> Epoque des faits ayant donné lieu à l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 20 mars 2007, n° 05-20.599, SAS Distribution Casino France, RJF 8-9/07, n°993 cité un peu plus loin.

<sup>4</sup> Chambre commerciale de la Cour de cassation, 21 avril 1992, n° 88-16905, Société Saphymo Stel, RJF 7/92, n°1085

Voir notamment :

Maurice COZIAN : « *Les risques d'abus de droit dans les opérations de restructuration* », Bulletin fiscal Francis Lefebvre, février 1997, pages 93 et suivantes.

Michel DESLANDES : « *1° Impôts et contributions. — Contrôle et sanctions. Abus de droit (non). Apport partiel d'actif. Cession postérieure des actions reçues. Fictivité des opérations ou des sociétés. Preuve (non). CGI, art. 720 inapplicable à un apport partiel d'actif. 2° Enregistrement. - Abus de droit. Apport partiel d'actif. CGI, art. 720 inapplicable. Autre disposition fiscale spéciale* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaire, n°48, 26 novembre 1992, 374.

l'opération était abusive dans un arrêt SAS Distribution Casino France du 20 mars 2007<sup>5</sup> dans les termes suivants :

*« Attendu qu'ayant relevé que l'apport, le 30 décembre 1995, d'un fonds de commerce d'hypermarché par la société HNP à la société Astyge avait été rémunéré le même jour par l'émission d'actions de la seconde au profit de la première et avait été suivie, le 4 janvier 1996, de la cession de la totalité de ces titres à la société, en dehors de toute prise de risque et en dehors de toute logique économique, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que l'enchaînement de ces opérations sur une courte période se justifiait par la poursuite d'un but exclusivement fiscal, consistant à éluder le paiement des droits de mutation à titre onéreux, de sorte que l'Administration était fondée à requalifier cette opération en une vente consentie à la société Astyge ».*

Ainsi, l'apport suivi de la cession des titres reçus en échange de l'apport sur une courte période sans prise de risque et sans fondement économique caractérisait l'abus de droit, l'unique but de l'opération étant de soumettre la cession du fonds de commerce aux droits d'enregistrement prévus en matière de cession d'actions.

6. L'apport-cession-délocalisation que nous étudions ici vise, quant à lui, l'optimisation du traitement fiscal des plus-values de cession. Il repose en premier lieu sur un apport en nature<sup>6</sup> et en propriété<sup>7</sup> à une société de biens en forte plus-

---

<sup>5</sup> Chambre commerciale de la Cour de cassation, 20 mars 2007, n° 05-20.599, SAS Distribution Casino France, RJF 8-9/07, n°993.

Voir notamment :

Maurice COZIAN : *« Abus de droit, apport-cession et apport-donation : la Cour de cassation serait-elle en train de perdre le cap ? »*, Droit fiscal n° 36, 6 Septembre 2007, 795.

Patrick FUMENIER : *« Opérations d'apport-cession d'une activité »*, Droit fiscal n° 39, 27 Septembre 2007, 859.

Bernard HATOUX : *« L'insécurité juridique érigée en principe ? Ou l'abus de droit est dangereux »*, RJF 8-9/07, pages 710 et suivantes.

Jean-Luc PIERRE : *« Apport en société d'un fonds de commerce suivi de la cession des droits sociaux émis en contrepartie de l'apport »*, Droit des sociétés, n°6, Juin 2007.

<sup>6</sup> *« Tout apport d'un bien autre qu'en argent ou en industrie est un apport en nature »* : Philippe MERLE : *« Droit commercial – sociétés commerciales »*, 11<sup>e</sup> édition, 2007, page 50.

value latente. Cet apport peut être défini comme l'opération par laquelle un contribuable transfère la propriété d'un bien à une société. Cette dernière acquiert alors les droits d'un propriétaire sur ce bien et notamment le droit d'en disposer. En contrepartie, l'apporteur voit son apport rémunéré par des titres de la société bénéficiaire de l'apport.

7. C'est là la particularité de l'opération d'apport en société. D'un point de vue civil, l'opération est un contrat à titre onéreux c'est-à-dire, selon l'article 1106 du Code civil, un contrat « *qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose* »<sup>8</sup>. En l'espèce, la société reçoit les biens apportés par le contribuable qui, en contrepartie, voit son apport rémunéré par des titres de cette dernière. Sur le plan fiscal, cette opération reçoit, en principe, un traitement similaire à celui réservé aux ventes. Ainsi, l'opération devrait se traduire par la constatation et l'imposition de la plus-value – enrichissement résultant de la valorisation du bien entre le jour de son acquisition par le contribuable et le jour de l'apport – réalisée par l'apporteur.
8. Toutefois, il ne s'agit pas véritablement d'une vente. En effet, aucun prix n'est stipulé. Le contribuable reçoit, en échange de son apport, non pas une somme d'argent mais des titres de la société bénéficiaire de l'apport. L'opération ne génère donc pas de liquidités entre ses mains. Certes, à l'issue de l'apport, la composition du patrimoine du contribuable a été modifiée – il détient désormais des titres de la société bénéficiaire de l'apport et non plus les biens apportés – mais sa consistance est quant à elle restée inchangée. L'enrichissement – latent – du contribuable ne sera véritablement réalisé que lorsque ce dernier cédera les titres de la société reçus en échange de son apport. Imposer la valorisation des titres apportés au jour de l'apport reviendrait ainsi à imposer un gain – éventuel –

---

<sup>7</sup> Ces apports en nature peuvent également être faits en jouissance ou en usufruit mais ces deux modalités de réalisation de l'apport ne permettent pas la mise en œuvre de l'opération d'apport-cession-délocalisation étudiée ici. En effet, dans ces deux hypothèses, l'apport n'emporte pas le transfert de propriété des biens apportés. Il en résulte que la société bénéficiaire de l'apport n'acquiert pas le droit d'en disposer – élément essentiel à la réalisation de l'opération comme nous le verrons par la suite.

<sup>8</sup> C'est l'existence un contrat où « *chacune des parties reçoit quelque chose de l'autre, n'entendant fournir une prestation qu'en échange d'un avantage qu'elle considère comme équivalent* » Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX : « *Les obligations – 1. L'acte juridique* », 12<sup>ème</sup> édition, 2006, page 63.

antérieurement à sa réalisation effective et ainsi à nier la capacité contributive réelle du contribuable au jour de l'apport dont le respect est garantie par l'article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen selon lequel « *Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés* ».

9. C'est précisément pour tenir compte de cette particularité tenant à l'absence de contrepartie liquide résultant de l'opération d'apport que le législateur a mis en place des différés d'imposition comme en témoigne la réponse ministérielle MARSAUDON publiée au journal officiel le 14 juillet 2003<sup>9</sup>.

Cette réponse concerne non des opérations d'apport en société mais des hypothèses dans lesquelles des actionnaires avaient réalisé une plus-value suite à la mise en œuvre d'une offre publique d'échange puis d'une offre public de retrait concernant des actionnaires de la société Pathé et d'une fusion-absorption pour des actionnaires de la société Elf-Aquitaine.

Toutefois, l'offre publique d'échange et la fusion se caractérisent – comme l'apport en société – par l'absence de liquidités générées par l'opération et se voient appliquer un traitement fiscal similaire à celui réservé à l'apport en société de sorte que l'évocation de cette réponse dans le cadre de cette étude nous semble pertinente.

En l'espèce, le député Jean MARSAUDON avait souligné que bien que les actionnaires aient réalisé des plus-values à l'issue d'un processus indépendant de leur volonté, l'Administration fiscale les imposait au taux de 26 %. Il souhaitait, par cette question, savoir ce que la situation inspirait au Ministre de l'économie, Francis MER. A l'occasion de sa réponse, ce dernier établit clairement le lien entre l'absence de liquidité de la contrepartie reçue en rémunération de l'apport en société et le différé d'imposition octroyé par le législateur :

*« S'agissant des opérations réalisées avant le 1er janvier 2000, un régime de report d'imposition des plus-values d'échange de titres*

---

<sup>9</sup> Réponse ministérielle publiée au journal officiel le 14 juillet 2003 page 5 603 suite à la question n°11299 de Jean MARSAUDON (Député – Union pour un Mouvement Populaire – Essonne) elle-même publiée au journal officiel le 3 février 2003.

*résultant d'une offre publique d'échange ou d'une fusion était applicable afin de ne pas pénaliser les épargnants qui, à l'occasion de ces opérations, ne dégagent pas de liquidités. Ce régime permet, sur simple demande du contribuable, de différer le paiement de l'impôt jusqu'au moment où s'opère la cession, le rachat, le remboursement ou l'annulation des titres reçus lors de l'échange. Pour les opérations réalisées depuis le 1er janvier 2000, le dispositif du report a été remplacé par un régime de sursis d'imposition [...]. En revanche, les opérations, telles les offres publiques d'achat ou de retrait, qui se traduisent pour le cédant par la remise immédiate de liquidités en contrepartie de l'apport des titres à l'offre, ne justifient pas, pour cette raison, la mise en place d'un différé d'imposition de la plus-value ainsi réalisée [...] Ces dispositions ne pénalisent pas les porteurs d'actions et vont directement dans le sens des préoccupations exprimées ».*

Le Ministre opère ici une dichotomie entre d'une part, les opérations qui ne génèrent pas de liquidités et qui, à ce titre, bénéficient d'un différé d'imposition – en l'occurrence un report ou un sursis d'imposition mais nous y reviendrons plus loin – et, d'autre part, les opérations qui emportent « *la remise immédiate de liquidités en contrepartie de l'apport* » et qui ne justifient donc pas la mise en œuvre d'un tel différé. Le contribuable qui perçoit effectivement le prix de cession est légitimement imposé sur ce dernier.

- 10.** Ainsi, différer l'imposition permet au contribuable de voir son imposition repoussée, en principe, au jour de la mise à disposition effective de l'enrichissement constaté sur les biens apportés. D'un point de vue étymologique, le terme « *différé* » vient du latin « *differre* » composé du préfixe « *dis* » qui implique la séparation et « *ferre* » qui signifie « *porter* ». Différer c'est donc « *remettre à un autre temps* » ou encore « *éloigner l'accomplissement de quelque chose* »<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Le petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française.

- 11.** En l'occurrence, le différé dont il est question ici porte sur l'imposition. Il ne doit pas être confondu avec un différé de paiement. Ce dernier a pour objet de repousser à un moment ultérieur l'exigibilité d'un impôt déjà établi. Autrement dit, le fait générateur d'un impôt intervient, l'assiette est déterminée, l'impôt est liquidé par application du tarif en vigueur au jour de l'obtention du différé de paiement. Seul le recouvrement de l'impôt est décalé à une date ultérieure. Le différé de paiement est donc une simple modalité de recouvrement d'une imposition définitivement établie au jour de son obtention.
- 12.** Le différé d'imposition, quant à lui, ne modifie pas uniquement la date de recouvrement de l'impôt, il va plus loin puisqu'il retarde la date du fait générateur de l'impôt, c'est-à-dire « *l'évènement qui crée la dette fiscale. Il s'agit soit d'un acte juridique soit d'une situation économique* »<sup>11</sup>. Il s'agit donc d'un acte ou d'un évènement auquel le législateur rattache la naissance d'une créance en faveur de l'Administration fiscale. Puisque c'est à cette date que naît la créance fiscale, c'est également à cette date que sont déterminés les champs d'application dans l'espace<sup>12</sup> et dans le temps de la loi fiscale<sup>13</sup>.
- 13.** Plus précisément, le différé d'imposition peut prendre deux formes : un report d'imposition ou un sursis d'imposition. Les conséquences liées à l'application de ces deux dispositifs seront étudiées précisément dans les développements qui vont suivre mais il convient d'ores et déjà de distinguer ces deux modalités de décalage du fait générateur d'un impôt dans le temps.
- 14.** Le report d'imposition implique une séparation entre la constatation de la plus-value – jour de l'apport – et son imposition – jour de la réalisation d'un évènement ultérieur. Le Commissaire du Gouvernement Gilles BACHELIER l'indiquait dans

---

<sup>11</sup> A. BARILARI et R. DRAPE : « *Lexique fiscal* », Dalloz, 1992.

<sup>12</sup> Cet élément est particulièrement important dans la mesure où l'opération d'apport-cession-délocalisation repose en partie sur un transfert du domicile fiscal du contribuable dans un Etat étranger. Or, comme nous le verrons par la suite, c'est au jour du fait générateur de l'impôt qu'est déterminée la juridiction fiscale compétente.

<sup>13</sup> Michel BOUVIER, Marie-Christine ESCLASSAN, Jean-Pierre LASSALE : « *Finances publiques* », 8<sup>ème</sup> édition, LGDJ, page 612.

ses conclusions sur l'affaire Naudet<sup>14</sup> dans les termes suivants : le report d'imposition « *organise une dissociation entre le fait générateur de la plus-value et le fait générateur de l'imposition de cette plus-value* ».

Il en résulte que lorsqu'un report d'imposition affecte une plus-value, la base imposable est constatée au jour de sa réalisation, c'est-à-dire au jour de l'apport. En revanche, l'imposition est conditionnée par un évènement ultérieur. Lorsque cet évènement se produit l'impôt est liquidé et doit être acquitté par le contribuable. Cela implique que les modalités d'imposition applicables à la plus-value, et notamment le tarif, sont celles en vigueur au jour de la fin du report d'imposition. Aussi, au jour de l'évènement mettant fin au report d'imposition, deux plus-values sont imposées : celle constatée au jour de l'apport puis reportée et celle réalisée entre l'apport et l'évènement à l'origine de la fin du report.

Outre, cette dissociation du fait générateur de la plus-value et du fait générateur de l'impôt, le report d'imposition nécessite le respect d'un certain formalisme destiné à permettre à l'Administration fiscale de suivre la plus-value constatée jusqu'au jour de la fin du report.

Enfin, en principe, le report d'imposition est facultatif. Aussi, le contribuable doit en faire la demande expresse<sup>15</sup> l'année de l'échange donnant lieu à sa naissance. Toutefois, il convient de remarquer une originalité du report d'imposition instauré par la troisième loi de finances rectificative pour 2012<sup>16</sup> en cas d'apport à une société contrôlée par l'apporteur<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Conseil d'Etat, 28 mai 2004, n°256090, Naudet, RJF 8-9/04, n°888 ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement Gilles BACHELIER : « *L'article 160 du CGI permettait-il avant le 16 novembre 1994 en cas d'échange de droits sociaux d'imputer les moins-values sur les plus-values en report d'imposition ?* », BDCF 8-9/04, n°106.

<sup>15</sup> Pour des exemples d'applications : Conseil d'Etat, 5 mai 2000, n° 210947, 3<sup>e</sup> s.-s., Labouriaux, RJF 12/00, n°1458 ou encore Cour administrative d'appel de Versailles, 23 novembre 2004 n° 04-586 et 04-1068, 3<sup>e</sup> ch., Wechsler, RJF 4/05, n°329.

<sup>16</sup> Loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012 de finances rectificative pour 2012, article 18.

<sup>17</sup> Article 150-0 B ter du CGI ; Rapport n°465 fait au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi de finances rectificative pour 2012 et présenté par Christian ECKERT, 28 novembre 2012 ; Rapport n°213 (2012-2013) de François MARC fait au nom de la Commission des finances du Sénat, 12 décembre 2012.

Dans le projet tel qu'il était présenté en Conseil des Ministres le 14 novembre 2012, il était prévu que ce report serait optionnel :

*« 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 ».*

Cependant, ce caractère optionnel a finalement été amendé par l'Assemblée Nationale<sup>18</sup>. Il est donc désormais automatique.

Il s'agit ici d'une volonté de maximiser les chances d'« eurocompatibilité » du nouveau dispositif de report d'imposition. En effet, le 12 avril 2012, la Cour administrative d'appel de Paris<sup>19</sup> a jugé le report d'imposition antérieur au 1<sup>er</sup> janvier 2000 contraire aux objectifs de la Directive fusion<sup>20</sup> en se fondant notamment sur l'imposition de la plus-value qui résultait de l'absence d'exercice de son option pour le report d'imposition par le contribuable. Or, dans le projet de troisième loi de finances rectificative, il était prévu que le report d'imposition serait conditionné par l'option expresse du contribuable. Dans son rapport n°465<sup>21</sup>, la Commission des finances de l'Assemblée Nationale avait émis un doute sur la compatibilité de cette modalité d'application du report d'imposition à la directive :

*« 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 ».*

---

<sup>18</sup> Rapport n°544 fait au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée Nationale, en nouvelle lecture, sur le projet de loi de finances rectificative pour 2012 et présenté par Christian ECKERT, 28 novembre 2012

<sup>19</sup> Cour administrative d'appel de Paris, 12 avril 2012, 9<sup>e</sup> ch, n°11PA03416, RJF 11/12, n°1095. Cet arrêt est étudié aux paragraphes 179 et suivants.

<sup>20</sup> Directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990 re-codifiée le 19 octobre 2009, Directive 2009/133/CE.

<sup>21</sup> Rapport n°465 fait au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi de finances rectificative pour 2012 et présenté par Christian ECKERT, 28 novembre 2012.

En mettant en place un report d'imposition automatique, le législateur conserve la caractéristique tenant à la constatation et à la déclaration de la plus-value au jour de l'apport tout en supprimant une option contraire à la Directive fusion<sup>22</sup>.

- 15.** L'automaticité du différé était, jusqu'à la troisième loi de finances rectificative pour 2012, caractéristique du sursis d'imposition. Ce différé d'imposition se distingue du report en ce que le fait générateur de la plus-value et le fait générateur de l'imposition ne constituent pas deux événements distincts mais un seul événement qui intervient au jour de la fin du sursis d'imposition. L'opération d'échange n'est pas considérée comme un événement<sup>23</sup> au sens fiscal du terme. Elle est intercalaire, neutre. Il en résulte que la détermination de la base imposable, la liquidation de l'impôt et son recouvrement interviennent tous au jour de la fin du sursis d'imposition. Il n'y a alors qu'une seule plus-value imposable calculée en prenant en compte le prix d'acquisition historique des titres et non la valeur retenue pour l'inscription des biens apportés au bilan de la société bénéficiaire de l'apport.
- 16.** Bien que leurs caractéristiques diffèrent, en présence d'un report comme d'un sursis d'imposition, la détermination et le paiement de l'impôt à la charge du contribuable apporteur sont décalés jusqu'à la réalisation d'un événement postérieur – en principe, un événement qui entraîne la perception de fonds par l'apporteur<sup>24</sup> – entraînant la fin du différé.
- 17.** Pour autant, le principe demeure l'imposition des plus-values réalisées à l'occasion de toutes les cessions à titre onéreux, y compris les opérations d'apport. Aussi, pour qu'un différé d'imposition puisse être appliqué, il est nécessaire que le législateur l'ait expressément prévu.

---

<sup>22</sup> Précisons ici que le Ministre de l'économie et des finances a formé un pourvoi en cassation à l'encontre de cet arrêt.

<sup>23</sup> A. BARILARI et R. DRAPE : « *Lexique fiscal* », Dalloz, 1992.

<sup>24</sup> « *En principe* » car comme nous aurons l'occasion de le voir, le différé d'imposition peut également tomber si le contribuable ne respecte pas les conditions posées par le législateur.

A ce titre, nous constatons que des différés d'imposition ont bien été instaurés par le législateur fiscal en cas d'apports de valeurs mobilières et de droits sociaux en société – articles 150-0 B et 150-0 B ter du Code général des impôts<sup>25</sup>, ci-après CGI – ainsi que concernant les plus-values relatives aux immobilisations non amortissables constatées à l'occasion de l'apport en société d'une entreprise individuelle ou d'une branche complète d'activité – article 151 octies du CGI – mais également en cas d'apport de la totalité de ses droits ou parts d'une société de personne par un associé qui exerce son activité au sein de cette dernière – article 151 nonies du CGI – ou encore en cas d'apport de certains titres inscrits à l'actif d'une entreprise individuelle – article 151 octies B du CGI.

- 18.** Mais l'obtention d'un différé d'imposition à l'occasion d'un apport en société ne suffit pas pour que l'apport-cession-délocalisation prospère, encore faut-il que le différé d'imposition survive à la cession des biens apportés par la société bénéficiaire de l'apport.
- 19.** Concernant les valeurs mobilières et les droits sociaux, nous verrons que, sous réserve que certaines conditions soient remplies, la cession des titres apportés par la société bénéficiaire de l'apport ne fera pas tomber le sursis ou le report d'imposition.
- 20.** En revanche, il résulte de l'article 151 octies, I-a du CGI concernant l'apport en société d'une entreprise individuelle ou d'une branche complète d'activité que l'imposition des plus-values est reportée :

*« [...] jusqu'à la date de la cession, du rachat ou de l'annulation des droits sociaux reçus en rémunération de l'apport de l'entreprise ou jusqu'à la cession de ces immobilisations par la société si elle est antérieure ».*

Ainsi, la cession des biens apportés entraîne la fin du différé d'imposition.

La même cause de déchéance du report d'imposition est prévue concernant les différés instaurés par les articles 151 nonies et 151 octies B du CGI.

---

<sup>25</sup> Cf. Annexe 1.

L'opération d'apport-cession-délocalisation étudiée ici ne pourra donc pas s'appliquer les concernant.

- 21.** Les développements réalisés dans cette thèse seront donc consacrés aux titres imposables selon le régime des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux défini aux articles 150-0 A et suivants du CGI, domaine dans lequel cette opération présente un véritable avantage fiscal.
- 22.** En effet, pour un contribuable détenteur de titres désireux de s'en séparer afin de réaliser de nouveaux investissements, la solution la plus évidente consiste à les céder et à réinvestir le prix de cession.
- 23.** Toutefois, une telle opération implique la constatation et l'imposition de la plus-value réalisée par le cédant. Or, cette plus-value est, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013<sup>26</sup>, en principe, intégrée à l'ensemble des revenus soumis au barème progressif dont le taux marginal est désormais fixé à 45 % au-delà de 150 000 euros. A cet impôt sur le revenu, il convient d'ajouter les prélèvements sociaux au taux de 15,5 % ainsi que la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus – ci-après CEHR – dont le taux marginal est de 4 %. Il en résulte une imposition pouvant atteindre un taux global maximum de 64,5 %<sup>27</sup>. Par exception, un régime réservé aux « *créateurs d'entreprise* » limite cette imposition à un impôt forfaitaire de 19 % majoré des prélèvements sociaux et de la CEHR soit un taux global maximum de 38,5 %<sup>28</sup>. La facture fiscale de la cession n'est donc pas négligeable et minore considérablement les réinvestissements pouvant être réalisés par les cédants.
- 24.** Certes, il existe un certain nombre de dispositifs d'abattement ou d'exonération, mais ces derniers sont limités et réservés à des situations particulières.

---

<sup>26</sup> Loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013.

<sup>27</sup> Taux marginal de l'impôt sur le revenu (45 % dans une hypothèse où aucun abattement ne serait applicable) + Prélèvements sociaux (15,5 %) + Taux marginal de la CEHR (4 %) = 64,5 %.

<sup>28</sup> Taux forfaitaire de l'impôt sur le revenu (19 %) + Prélèvements sociaux (15,5 %) + Taux marginal de la CEHR (4 %) = 38,5 %.

- 25.** C'est d'abord le cas de l'abattement de 20 %<sup>29</sup>, 30 %<sup>30</sup> ou 40 %<sup>31</sup> prévu à l'article 150-0 D du CGI applicable lorsque les cédants ne bénéficient pas du régime des « *créateurs d'entreprise* », ou encore de l'abattement particulier prévu à l'article 150-0 D ter du CGI d'un tiers au-delà de cinq années de détention – l'exonération totale d'impôt sur le revenu étant acquise au-delà de huit années de détention – prévu pour les dirigeants de petites et moyennes entreprises – ci-après PME – partant à la retraite.
- 26.** Des dispositifs d'exonération existent également concernant les cessions de participations substantielles réalisées dans le cadre familial codifiées à l'article 150-0 A, I-3 du CGI ou les cessions de titres de jeunes entreprises innovantes comme le prévoit l'article 150-0 A, III-7 du CGI.
- 27.** Cependant, ces mesures de faveur fiscales sont circonscrites, d'une part, en ce qu'elles visent des cessions intervenant dans des circonstances particulières liées au départ en retraite, aux cessions intrafamiliales ou à la qualification de jeune entreprise innovante et, d'autre part, en ce que, dans les hypothèses où ces cas particuliers ne peuvent être invoqués, le montant de l'abattement est au maximum de 40 % après une détention de six ans.
- 28.** Dans cette dernière hypothèse, à défaut d'application de l'une des mesures particulières qui viennent d'être évoquées, une solution codifiée à l'article 150-0 D bis du CGI permet, à terme, d'obtenir, une exonération supérieure aux 40 % maximum prévus par l'article 150-0 D du CGI : il s'agit du report-exonération. Le contribuable qui opte pour ce dispositif obtient un report d'imposition qui se mue en exonération d'impôt sur le revenu à l'issue d'une période de conservation de cinq ans des titres souscrits en emploi. Toutefois, comme nous le détaillerons dans cette thèse, les conditions d'application de ce dispositif en limitent fortement l'usage au regard de l'exigence de condition de détention des titres cédés et de ceux acquis en emploi mais également des

---

<sup>29</sup> Si les titres cédés sont détenus depuis au moins deux ans mais moins de quatre ans.

<sup>30</sup> Si les titres cédés sont détenus depuis au moins quatre ans mais moins de six ans.

<sup>31</sup> Si les titres cédés sont détenus depuis au moins six ans.

conditions de réalisation des réinvestissements – souscription au capital en numéraire – ainsi que du montant de ces derniers. En effet, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, le report d'imposition n'est acquis sur le montant de la plus-value réinvestie que si au moins 50 % de la plus-value nette de prélèvements sociaux est réinvesti dans un délai de vingt-quatre mois suivant la cession. Il en résulte que le report ne bénéficie à la totalité de la plus-value que si la totalité de cette dernière, nette de prélèvements sociaux, est réinvestie.

- 29.** Finalement, l'usage de ces dispositifs est fortement limité par l'exigence de cadres de cessions particuliers, par des conditions tenant aux caractéristiques liées à la détention ou encore aux réinvestissements mais également dans la mesure où ils ne concernent que l'impôt sur le revenu et non les prélèvements sociaux, ni la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus.
- 30.** Comme nous le verrons dans cette étude, l'apport-cession – qu'il soit réalisé sur la base de l'article 150-0 B ou de l'article 150-0 B ter du CGI – présente, quant à lui, une plus grande souplesse dans sa mise en œuvre et le différé d'imposition obtenu porte sur l'impôt sur le revenu mais impacte également les prélèvements sociaux et la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus.
- 31.** En revanche, si l'opération d'apport-cession réalisée dans un cadre purement national permet de décaler l'imposition des plus-values de cession de droits sociaux et de valeurs mobilières dans le temps, elle ne donne qu'un avantage de trésorerie temporaire aux contribuables. Ces derniers pourront réaliser des investissements par emploi de la totalité du prix de cession et non du prix de cession net d'impôts, mais ils devront, à terme, acquitter l'impôt de plus-value contrairement aux dispositifs précédemment évoqués qui aboutissent à l'obtention, certes partielle mais néanmoins définitive, d'une véritable exonération.
- 32.** En effet, le différé d'imposition existe pour prendre en compte l'absence de liquidités générées par l'apport en société, non pour diminuer voire supprimer l'impôt de plus-value. C'est la délocalisation du domicile fiscal qui permettra d'atteindre ce second objectif.

- 33.** Comme nous l'avons indiqué précédemment la combinaison de cet apport-cession avec un transfert du domicile fiscal hors des frontières françaises peut permettre de transformer le différé d'imposition en diminution voire en exonération d'impôt. Si « *l'excès des impôts conduit à la subversion de la justice, à la détérioration de la morale, à la destruction de la liberté individuelle* »<sup>32</sup>, il peut aussi conduire les contribuables qui ont le sentiment que le système fiscal français leur est défavorable, à s'expatrier à l'étranger.
- 34.** L'opération d'apport-cession-délocalisation permet ainsi à un contribuable de quitter la France afin de délocaliser l'imposition de ses plus-values de droits sociaux et de valeurs mobilières dans un Etat étranger dont la fiscalité est plus avantageuse.
- 35.** Si Benjamin FRANKLIN avait certainement raison lorsqu'il affirmait au 18<sup>ème</sup> siècle que « *dans ce monde, il n'y a rien d'assuré que la mort et les impôts* »<sup>33</sup>, c'était sans compter sur le développement de la coopération fiscale entre les Etats et la négociation de conventions fiscales internationales d'élimination des doubles impositions. En outre, concernant les Etats membres de l'Union européenne, l'avènement des libertés de circulation, que sont notamment la liberté d'établissement et la liberté de circulation des travailleurs, a permis aux contribuables français d'expatrier leur domicile fiscal et leur patrimoine dans un autre Etat membre sans que le législateur français ne puisse mettre en place d'entrave à cette délocalisation à moins qu'elle ne soit proportionnée<sup>34</sup> à l'objectif poursuivi.
- 36.** En résumé, cette opération apparaît comme un vecteur d'optimisation très alléchant, en droit interne dans la mesure où elle permet au contribuable de redéployer les fonds issus de la cession de ses valeurs mobilières et droits sociaux

---

<sup>32</sup> Benjamin CONSTANT : « *Principes de politique* », 1815.

<sup>33</sup> Benjamin FRANKLIN : « *Lettres* », 1779.

<sup>34</sup> Cette question fera l'objet de développements à l'occasion de l'étude des deux exit tax mis en place par le législateur français : le premier par l'article 24 de la loi 98-1266 du 30 décembre 1998 et supprimé en 2004 et le second par l'article 48 de la loi 2011-900 du 29 juillet 2011.

sans avoir à acquitter l'impôt afférent à la plus-value générée par ces derniers, et associée à une délocalisation du domicile fiscal dans la mesure où elle transforme l'avantage de trésorerie temporaire en un avantage définitif.

**37.** C'est ce qui justifie que l'Administration fiscale, le Comité consultatif pour la répression des abus de droit puis le Comité de l'abus de droit fiscal, la jurisprudence et le législateur soient intervenus à plusieurs reprises afin d'encadrer les possibilités de réalisation de cette opération.

**38.** Dans un premier temps, concernant les conditions d'obtention et de conservation du différé d'imposition postérieurement à la cession des titres apportés, la jurisprudence, suivant l'Administration fiscale, a admis de contrôler la validité de l'opération au regard de l'interdiction de l'abus de droit fiscal codifiée à l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales. Depuis 2010, la jurisprudence<sup>35</sup> a ainsi posé les conditions de validité de l'opération dans le cadre de cette procédure.

Puis, à compter du 14 novembre 2012, le législateur est lui-même venu mettre en place un dispositif dont l'objectif est, selon l'exposé des motifs indiqué par le projet de troisième loi de finances rectificative pour 2012<sup>36</sup>, de :

*« mettre un terme au détournement du dispositif du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du code général des impôts en cas d'apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés que l'apporteur contrôle »<sup>37</sup>.*

Pour atteindre cet objectif, la troisième loi de finances rectificative pour 2012 a remplacé le sursis d'imposition par un report d'imposition dès lors que l'apport est réalisé en faveur d'une société contrôlée par l'apporteur à compter du 14 novembre 2012. Pour ces opérations, le législateur a posé les conditions pour que ce report subsiste malgré la cession des titres apportés par la société bénéficiaire de l'apport. La jurisprudence établie sur la base de l'abus de droit ne leur sera plus applicable.

---

<sup>35</sup> Ces arrêts sont étudiés dans le Titre 1 de la seconde Partie de cette thèse.

<sup>36</sup> Loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013.

<sup>37</sup> Projet de loi de finances rectificative pour 2012 enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 14 novembre 2012 et présenté au nom de Jean-Marc AYRAULT, Premier Ministre, par Pierre MOSCOVICI, Ministre de l'économie et des finances, et Jérôme CAHUZAC, Ministre délégué auprès du Ministre de l'économie et des finances chargé du budget.

**39.** Ensuite, concernant la délocalisation du domicile fiscal, le législateur a remis en place un dispositif d'exit tax au travers de l'article 48 de la loi 2011-900 du 29 juillet 2011 à l'origine de la création de l'article 167 bis du CGI<sup>38</sup> afin d'imposer les plus-values latentes et les plus-values reportées à l'occasion d'un transfert de résidence hors de France.

**40.** Notons que selon Jean-Yves MERCIER<sup>39</sup>, 128 personnes se sont pliées à la déclaration réalisée dans le cadre de l'exit tax entre l'été 2012 et mars 2013 pour un montant total de plus-values latentes de 1,4 milliards d'euros.

En outre, la déclaration des chefs d'Etat et de Gouvernement suite au Sommet du G20 tenu à Saint-Pétersbourg les 5 et 6 septembre derniers, démontre la volonté accrue des Etats de lutter contre les opérations d'optimisation réalisées dans un cadre international. En effet, selon cette déclaration :

*« L'évasion et la fraude fiscales transfrontalières portent atteinte à nos finances publiques et compromettent la confiance de nos concitoyens dans l'équité du régime fiscal. Nous avons approuvé aujourd'hui des plans visant à remédier à ces problèmes et nous nous sommes engagés à prendre des mesures pour changer nos règles afin de lutter contre l'évasion fiscale, les pratiques dommageables et l'optimisation fiscale intensive »<sup>40</sup>.*

L'Administration fiscale n'en sera donc que plus suspicieuse face à la réalisation d'opérations telles que l'apport-cession-délocalisation étudié ici.

**41.** Dès lors, plusieurs questions se posent. L'opération d'apport-cession est-elle toujours possible ? Quels sont les effets de l'instauration du nouvel article 150-0 B ter du CGI ? L'exit tax empêche-t-il la réalisation de l'apport-cession-délocalisation ? Est-il possible de continuer à réaliser cette opération sous couvert de quelques aménagements ? Si oui, lesquels ?

---

<sup>38</sup> Cf. Annexe 1.

<sup>39</sup> Jean-Yves MERCIER : « L'« exit tax » cache la forêt de l'exil fiscal », Le Monde.fr, 19 mars 2013.

<sup>40</sup> « Déclaration des chefs d'Etat et de Gouvernement du G20 – Sommet de Saint-Pétersbourg – 5 et 6 septembre 2013 », Préambule, point n°6. Source : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/File/390095>.

- 42.** Aussi, nous nous intéresserons dans un premier temps aux sources de l'attractivité de l'apport-cession-délocalisation, aux modalités de sa réalisation et aux avantages qui peuvent en être espérés. A cette occasion, nous étudierons les conséquences de l'instauration du report d'imposition codifié à l'article 150-0 B ter du CGI (Partie 1).
- 43.** Dans un second temps, nous tâcherons d'évaluer les risques qui pèsent sur une telle opération tant au regard de l'apport-cession lui-même et de son nouvel encadrement légal inspiré de la jurisprudence relative à l'abus de droit, que concernant la délocalisation du domicile fiscal et les conséquences résultant de l'interdiction de la fraude fiscale et de la mise en place d'un nouvel exit tax. Sur ce dernier point nous tenterons d'évaluer la pérennité du nouveau dispositif (Partie 2).

## **Partie 1 : L'apport-cession-délocalisation : un vecteur d'optimisation**

---

- 44.** Afin de bien cerner l'intérêt de la délocalisation du domicile fiscal dans le cadre de la réalisation d'une opération d'apport-cession, nous procéderons en deux étapes.
- 45.** Dans un premier temps, nous nous intéresserons au droit interne français. Plus précisément, nous tâcherons de déterminer les raisons qui poussent les contribuables français à mettre en œuvre l'apport-cession ainsi que les modalités de réalisation de l'opération et les effets qui peuvent en être attendus par ces derniers (Titre 1).
- 46.** Cette étude nous amènera à constater les limites de l'opération d'apport-cession réalisée dans un cadre purement national. Dès lors, nous exposerons l'alternative alliant l'apport-cession à la délocalisation du domicile fiscal en établissant le cadre fiscal international qui permet la réalisation d'une telle opération, les modalités de sa réalisation en fonction des conventions fiscales internationales signées par la France et l'intérêt fiscal qu'elle représente – hors prise en compte de l'exit tax, ce dernier faisant l'objet d'une étude détaillée dans la seconde partie de la thèse (Titre 2).

## **TITRE 1 : L'APPORT-CESSION**

**47.** Alors que la fiscalité nationale applicable aux plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux est lourde et peu attractive (Chapitre 1), l'apport-cession réalisé dans un contexte exclusivement interne a un effet certain – il permet un réinvestissement de la totalité du prix de cession – mais limité – l'imposition des plus-values est décalée mais pas supprimée (Chapitre 2).

### **Chapitre 1 : L'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux**

**48.** Bien que le législateur ait prévu des systèmes permettant de diminuer l'impact fiscal relatif aux plus-values (Section 2), il n'en demeure pas moins que la fiscalité qui leur est attachée est de plus en plus lourde (Section 1).

#### **Section 1 : Une charge fiscale non négligeable**

**49.** Le régime fiscal des plus-values mobilières privées comporte plusieurs strates d'imposition – l'impôt sur le revenu (Paragraphe 1), les prélèvements sociaux (Paragraphe 2) et la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus (Paragraphe 3) – et a connu de nombreuses modifications ces dernières années. Nous tâcherons d'en retracer les dernières évolutions et d'en évaluer les conséquences pour les contribuables.

##### ***Paragraphe 1 : L'impôt sur le revenu***

**50.** Avant d'étudier la modalité d'imposition de ces plus-values (D), il convient d'indiquer les titres concernés par l'impôt sur le revenu applicable aux plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux (A), le fait générateur de cet impôt (B) ainsi que son assiette (C).

### ***A. Le champ d'application***

**51.** Il résulte de l'article 150-0 A, I-1 du CGI que :

*« [...] les gains nets retirés des cessions à titre onéreux, effectuées directement, par personne interposée ou par l'intermédiaire d'une fiducie, de valeurs mobilières, de droits sociaux, de titres mentionnés au 1° de l'article 118 et aux 6° et 7° de l'article 120, de droits portant sur ces valeurs, droits ou titres ou de titres représentatifs des mêmes valeurs, droits ou titres, sont soumis à l'impôt sur le revenu ».*

**52.** Ainsi, l'article 150-0 A du CGI s'applique à cinq catégories de titres.

**53.** Sont d'abord soumis au régime des plus-values codifié à l'article 150-0 A du CGI, les gains issus de la cession de valeurs mobilières c'est-à-dire des :

*« titres négociables émis par les collectivités publiques ou privées et susceptibles d'être admises aux négociations sur un marché réglementé, en raison de leurs caractéristiques uniformes, dans une même catégorie »<sup>41</sup>.*

A titre d'exemple, il s'agit des actions dans les sociétés par actions, des droits de souscription ou d'attribution détachés des actions ou encore des certificats d'investissement, des obligations, des effets publics.

**54.** Sont également imposés selon ce régime les droits sociaux. L'Administration fiscale<sup>42</sup> a précisé à cet égard que les droits sociaux visés sont les actions de sociétés par actions, les parts sociales de sociétés à responsabilité limitée, en nom collectif ou en commandite, les parts de commandités dans les sociétés en commandite simple, les parts de sociétés civiles mentionnées à l'article 8, 1° du CGI, les parts de fondateurs ou parts bénéficiaires, les parts de membres de sociétés en participation ou créées de fait, les parts de l'associé unique des

---

<sup>41</sup> BOI-RPPM-PVBMI-10-30 n°10, 12-09-2012.

<sup>42</sup> BOI-RPPM-PVBMI-10-30 n°50, 12-09-2012.

entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée et les parts des exploitations agricoles à responsabilité limitée.

55. Deux exceptions doivent être notées concernant les droits sociaux passibles du régime d'imposition codifié à l'article 150-0 A du CGI : les titres de sociétés à prépondérance immobilière et les droits sociaux soumis au régime des plus-values professionnelles.

56. Concernant les titres de sociétés à prépondérance immobilière, l'article 150-0 A du CGI pose une réserve à son application puisqu'il n'intervient que :

« *Sous réserve des dispositions propres aux bénéficiaires industriels et commerciaux, aux bénéficiaires non commerciaux et aux bénéficiaires agricoles ainsi que des articles 150 UB et 150 UC [...] ».*

Or, l'article 150 UB, I du CGI nous indique que :

« *Les gains nets retirés de cessions à titre onéreux de droits sociaux de sociétés ou groupements qui relèvent des articles 8 à 8 ter, dont l'actif est principalement constitué d'immeubles ou de droits portant sur ces biens, sont soumis exclusivement au régime d'imposition prévu au I et au 1° du II de l'article 150 U* ».

De plus, l'article 150 U du CGI dispose :

« *Sous réserve des dispositions propres aux bénéficiaires industriels et commerciaux, aux bénéficiaires agricoles et aux bénéficiaires non commerciaux, les plus-values réalisées par les personnes physiques ou les sociétés ou groupements qui relèvent des articles 8 à 8 ter, lors de la cession à titre onéreux de biens immobiliers bâtis ou non bâtis ou de droits relatifs à ces biens, sont passibles de l'impôt sur le revenu dans les conditions prévues aux articles 150 V à 150 VH* », ces articles faisant référence au régime applicable en cas de plus-values immobilières.

En conséquence, il convient de distinguer selon que la société à prépondérance immobilière relève de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés.

Dans la première hypothèse, la plus-value se voit appliquer le régime des plus-values immobilières.

En revanche, dans la seconde, les plus-values de cession sont soumises depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2004 au régime des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux des articles 150-0 A et suivants du CGI<sup>43</sup> exposé plus haut.

Restent à déterminer les sociétés qui pourront être considérées comme étant « à prépondérance immobilière ». Là encore l'article 150 UB, I du CGI nous éclaire :

*« [...] sont considérées comme sociétés à prépondérance immobilière les sociétés dont l'actif est, à la clôture des trois exercices qui précèdent la cession, constitué pour plus de 50 % de sa valeur réelle par des immeubles ou des droits portant sur des immeubles, non affectés par ces sociétés à leur propre exploitation industrielle, commerciale, agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale. Si la société dont les droits sociaux sont cédés n'a pas encore clos son troisième exercice, la composition de l'actif est appréciée à la clôture du ou des seuls exercices clos ou, à défaut, à la date de la cession ».*

La prépondérance immobilière se détermine donc en cumulant la valeur de tous les biens immobiliers appartenant à la société et non affectés à son exploitation industrielle, commerciale, agricole ou à l'exercice d'une profession libérale et en comparant cette valeur à la valeur réelle de la société. Dans la pratique, ce régime s'applique donc majoritairement aux sociétés civiles immobilières.

- 57.** Ne relèvent pas du régime des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux, les titres inscrits au bilan d'une entreprise industrielle, commerciale, artisanale ou agricole soumise à l'impôt sur le revenu. Ces derniers sont imposés dans la cadre du régime des plus-values professionnelles.

---

<sup>43</sup> Instruction du 14 janvier 2004, 8 M-1-04 n° 88.

Il en va de même concernant les droits ou parts détenus par l'associé d'une société de personnes dans les conditions posées à l'article 151 nonies, I du CGI selon lequel :

*« Lorsqu'un contribuable exerce son activité professionnelle dans le cadre d'une société dont les bénéficiaires sont, en application des articles 8 et 8 ter, soumis en son nom à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des bénéficiaires agricoles réels, des bénéficiaires industriels ou commerciaux ou des bénéficiaires non commerciaux, ses droits ou parts dans la société sont considérés notamment pour l'application des articles 38, 72 et 93, comme des éléments d'actif affectés à l'exercice de la profession ».*

Ainsi, les parts de sociétés de personnes relevant de l'impôt sur le revenu détenues par des associés qui exercent dans la société leur activité professionnelle, constituent un actif professionnel. Il en résulte que les gains éventuellement générés par leur cession relèvent du régime des plus-values professionnelles.

**58.** Ensuite, il résulte de l'article 150-0 A du CGI que sont soumis au régime des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux, les titres mentionnés aux articles 118, 1° – obligations, titres participatifs, effets publics et tous autres titres d'emprunt négociables émis par l'État, les départements, communes et établissements publics français, les associations de toute nature et les sociétés, compagnies et entreprises quelconques, financières, industrielles, commerciales ou civiles françaises<sup>44</sup> – et 120, 6° et 7° du CGI – obligations, rentes et autres effets publics identiques à ceux qui viennent d'être mentionnés émis par des sociétés, compagnies et entreprises financières, industrielles, commerciales, civiles dont le siège social est situé à l'étranger et par des gouvernements étrangers ainsi que des corporations, villes, provinces étrangères et tout autre établissement public étranger<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> BOI-RPPM-PVBMI-10-30 n°70, 12-09-2012.

<sup>45</sup> BOI-RPPM-PVBMI-10-30 n°90, 12-09-2012.

59. Relèvent également du régime d'imposition décrit à l'article 150-0 A du CGI, les droits portant sur ces titres, c'est-à-dire les droits d'usufruit, de nue-propiété ou encore des droits de souscription ou d'attribution de ces titres<sup>46</sup>.
60. Enfin, entrent dans le champ d'application de ce régime d'imposition les titres de sociétés ou groupements dont l'actif est principalement constitué des titres qui viennent d'être évoqués<sup>47</sup> : par exemple les titres de sociétés de portefeuille ou encore de sociétés ou de groupements qualifiés de personnes interposées.
61. Ainsi, les gains réalisés à l'occasion de la cession de l'ensemble de ces titres seront imposés selon le régime des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux à l'occasion de certains évènements.

### ***B. Le fait générateur***

62. Le régime des plus-values mobilières privées s'applique aux plus-values réalisées par des personnes physiques dans le cadre de la gestion de leur patrimoine privé.
63. En dehors du bénéfice d'un report ou d'un sursis d'imposition, et donc en dehors de toute opération d'apport-cession, le fait générateur de l'impôt est constitué par le transfert de propriété à titre onéreux.
64. En principe, ce transfert de propriété obéit aux règles de droit commun de la vente assises sur le principe du consensualisme. C'est donc l'article 1583 du Code civil qui pose les conditions de sa perfection :

*« Elle [la cession] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. »*

---

<sup>46</sup> BOI-RPPM-PVBMI-10-30 n°100, 12-09-2012.

<sup>47</sup> BOI-RPPM-PVBMI-10-30 n°110, 12-09-2012.

Ainsi, le transfert de propriété intervient dès l'échange des consentements ou à la date convenue entre les parties étant admis que ni la date ni les modalités de paiement du prix n'ont d'incidence sur le fait générateur de l'imposition : la plus-value réalisée est imposable au titre de l'année au cours de laquelle la cession intervient même si le prix n'est pas effectivement ou totalement payé à cette date.

Toutefois, il résulte de l'ordonnance 2004-604 du 24 juin 2004 que pour les actions, le transfert de propriété intervient désormais lors de l'inscription des actions au compte de l'acheteur<sup>48</sup>. L'article R. 228-10 du Code de commerce précise que cette inscription est faite à la date fixée par l'accord des parties et notifiée à la société émettrice.

**65.** Par ailleurs, ce transfert de propriété doit être réalisé à titre onéreux comme le révèle l'article 150-0 A, I-1 du CGI aux termes duquel :

*« [...] les gains nets retirés des cessions à titre onéreux, [...] sont soumis à l'impôt sur le revenu ».*

La notion de « *cession* » doit ici être entendue dans une acception large fondée sur l'existence d'une contrepartie. Il s'agit donc des négociations en bourse et des ventes de gré à gré, mais également des partages de titres indivis, des apports en société ou encore des échanges et des prêts de titres.

### *C. L'assiette*

**66.** Les plus-values sur cession de titres sont alors calculées par différence entre le prix de cession – prix effectif convenu entre les parties pour les titres non cotés et cours de bourse auquel la transaction est conclue pour les titres cotés – et le prix d'acquisition ou de souscription – prix pour lequel les titres ont été acquis à titre onéreux ou valeur retenue pour la détermination des droits de mutation en cas d'acquisition à titre gratuit<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Article L. 228-1 du Code de commerce.

<sup>49</sup> Article 150-0 D du CGI.

- 67.** Le prix de cession comprend toutes les charges et indemnités prévues au profit du cédant ou d'un tiers en rémunération de l'opération<sup>50</sup> et se voit retrancher le montant des frais et taxes acquittés par le cédant. L'Administration fiscale<sup>51</sup> a précisé à cet égard que ces frais et taxes se limitent exclusivement à ceux directement liés à la cession à savoir, par exemple, les commissions d'intermédiaires et honoraires d'experts chargés de l'évaluation des titres pour les titres non cotés ou encore les commissions de négociation et de courtages. A l'inverse, ne peuvent être déduits les frais qui ne sont pas directement liés à la vente comme c'est le cas des dépenses afférentes à une étude juridique ou fiscale ou de l'indemnité versée à titre de dédommagement à un intermédiaire initialement contacté mais non retenu.
- 68.** Le prix d'acquisition doit quant à lui être majoré des frais d'acquisition entendus comme les frais de courtages, les commissions, les honoraires d'experts, les droits d'enregistrement et les frais d'actes pour les acquisitions à titre onéreux et les droits de succession ou de donation proprement dits, les frais d'acte et de déclaration et les honoraires du notaire pour les acquisitions à titre gratuit.
- 69.** Enfin, en cas de cession d'un ou plusieurs titres appartenant à une série de titres de même nature acquis pour des prix différents, le prix d'acquisition à retenir est leur moyenne pondérée d'acquisition.  
La loi de finances pour 2013<sup>52</sup> vient ajouter une seconde règle ici relative à l'ordre chronologique suivant lequel les titres cédés sont réputés sortir du patrimoine du cédant. Dans l'hypothèse où des titres de la même série auraient été cédés à une date antérieure, il conviendra d'appliquer la règle du « *first in first out* » : les titres déjà cédés seront réputés être ceux acquis aux dates les plus anciennes.
- 70.** Concernant les moins-values constatées au cours de l'année, l'article 150-0 D, 11 du CGI prévoit qu'elles sont imputables sur les plus-values de même nature réalisées au cours de la même année ou des dix années suivantes. Aucune

---

<sup>50</sup> Par exemple quand l'acheteur prend à sa charge une dette du cédant.

<sup>51</sup> D. adm. 5 B-624 n° 3.

<sup>52</sup> Loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013.

imputation n'est possible sur le revenu global. Les plus-values et les moins-values de même nature, et donc susceptibles de se compenser, s'entendent de celles réalisées à l'occasion de la cession de droits sociaux et de valeurs mobilières soumises au régime de l'article 150-0 A du CGI, sans considération de leur taux d'imposition<sup>53</sup>.

- 71.** Jusqu'aux cessions réalisées en 2010, les plus-values n'étaient soumises à l'impôt sur le revenu que si un certain seuil était atteint : il fallait que le montant annuel des cessions excède un seuil actualisé chaque année et fixé pour 2010 à 25 830 euros. Ce seuil s'appréciait par la prise en compte de toutes les opérations imposables<sup>54</sup> réalisées au cours de l'année par l'ensemble des membres du foyer fiscal directement ou par personnes interposées. Toutefois, ce seuil n'existant plus, les plus-values sont désormais imposables dès le premier euro de cession.
- 72.** Une fois le montant de la plus-value calculé, reste à déterminer le régime fiscal qui lui sera applicable. Et dans ce domaine, les dernières années ont vu de nombreuses modifications se succéder.

#### ***D. Les modalités d'imposition***

- 73.** C'est l'article 200 A du CGI qui détermine la modalité et le taux d'imposition applicables aux plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux. Jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2013, l'impôt sur le revenu était, en ce domaine, liquidé sur la base d'un taux proportionnel dont le montant a subi plusieurs augmentations en l'espace de quelques années.
- L'article 6 de la loi de finances pour 2011<sup>55</sup> avait modifié le taux proportionnel, l'élevant de 18 % à 19 % pour les plus-values de cession réalisées depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011 et alors même qu'il n'était encore que de 16 % jusqu'à l'imposition des revenus de l'année 2007.

---

<sup>53</sup> Inst. 5 C-1-01 n° 111.

<sup>54</sup> Et non par la prise en compte du montant des plus-values réalisées.

<sup>55</sup> Loi 2010-1657 du 29-12-2010, article 6.

L'article 10, IV de la loi de finances pour 2013 va encore un peu plus loin en portant ce taux à 24 % pour les cessions réalisées en 2012.

Aussi, en l'espace de six ans, le taux de l'impôt sur le revenu s'est accru de huit points.

**74.** Mais le législateur ne s'est pas arrêté là. Concernant les cessions réalisées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013, il ne s'est pas contenté d'augmenter le taux proportionnel comme il l'avait fait jusque-là, il a modifié la modalité de cette imposition<sup>56</sup>. Désormais, ces plus-values sont en principe imposables au barème progressif de l'impôt sur le revenu (1) et par exception seulement soumises à un taux proportionnel (2).

***1. Le principe : l'intégration des plus-values aux revenus soumis au barème progressif***

**75.** Pour les cessions réalisées depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, le nouvel article 200 A du CGI issu de la loi de finances pour 2013 dispose :

*« 2. Les gains nets obtenus dans les conditions prévues à l'article 150-0 A sont pris en compte pour la détermination du revenu net global défini à l'article 158 ».*

---

<sup>56</sup> Articles relatifs à cette réforme :

Sophie CAZAILLET : « *La fiscalité du patrimoine dans la ligne de mire des lois de finances pour 2013 et rectificative pour 2012* », Hebdo édition fiscale, 24 janvier 2013, n° LXB : N5435BTH.

Arnaud DE BISSY et Sébastien JAMBORT : « *Commentaire de la loi de finances pour 2013 (L. n° 2012-1509 du 29 décembre 2012) et de la troisième loi de finances rectificative pour 2012 (L. n° 2012-1510 du 29 décembre 2012)* », Revue de Jurisprudence Commerciale, n°1, 1<sup>er</sup> janvier 2013, Pages 63 et suivantes.

Grégory DUMONT et Sylvie LEROND : « *Les nouveautés en matière de fiscalité patrimoniale* », Droit et Patrimoine 2013, n°222, pages 36 à 48.

Annabelle PANDO : « *Plus-value de cessions de valeurs mobilières : les réformes* », Les Petites affiches, 4 avril 2013, n°68, Pages 3 et suivantes.

Eric PICHET : « *La Doctrine budgétaire et fiscale actuelle : contraintes, mise en œuvre et conséquences* », Droit fiscal, n°46, 15 novembre 2012, 513.

Jean-Luc PIERRE : « *Dernières lois fiscales* », Droit des sociétés, n°3, Mars 2013, Etude 6.

Revue de Droit fiscal : « *Réforme du régime d'imposition des plus-values sur valeurs mobilières et droits sociaux* », n°1, 3 janvier 2013, comm. 19.

76. Ainsi, désormais, en principe, les plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux sont intégrées aux revenus soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu.
77. En outre, cette même loi a, en son article 3, institué une nouvelle tranche marginale d'imposition : la part de revenu supérieure à 150 000 euros est désormais imposée au taux de 45 %. Il en résulte que les plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux, pourront, au maximum, en fonction de leur montant et des revenus par ailleurs perçus par le foyer fiscal du cédant l'année de la cession, se voir appliquer un taux d'impôt sur le revenu de l'ordre de 45 %. Il n'est nul besoin de préciser ici l'aggravation de la situation fiscale des contribuables soumis à ce régime même si, comme nous le verrons par la suite<sup>57</sup>, un abattement général a été créé afin de limiter l'impact de cette intégration des plus-values au revenu global soumis au barème progressif.
78. Face à la révolte des « pigeons » – nom que se sont donnés certains chefs d'entreprises français mécontents à la suite de l'annonce du Gouvernement d'imposer les plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux au barème progressif de l'impôt sur le revenu – le législateur a finalement mis en place un dispositif exceptionnel expressément réservé aux gains nets réalisés par les « entrepreneurs », ou « créateurs d'entreprise », à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013<sup>58</sup>.

## *2. L'exception : le régime des « créateurs d'entreprise »*

79. L'article 10, I-N de la loi de finances pour 2013 a introduit dans l'article 200 A, 2 bis du CGI, sous réserve de la réunion de nombreuses conditions, une exception à l'application du barème progressif : les créateurs d'entreprise pourront opter pour l'imposition de leurs plus-values au taux forfaitaire de 19 %.

---

<sup>57</sup> Cf. Paragraphes 108 et suivants de cette thèse.

<sup>58</sup> Un régime transitoire a été mis en place afin de permettre aux contribuables d'exercer cette option sur les gains nets réalisés en 2012 dès lors que l'ensemble des conditions est rempli.

**80.** Ces conditions issues de l'article 200 A, 2 bis du CGI sont les suivantes :

*« a) La société dont les titres ou droits sont cédés exerce une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, à l'exclusion des activités procurant des revenus garantis en raison de l'existence d'un tarif réglementé de rachat de la production, des activités financières, des activités de gestion de patrimoine mobilier définie à l'article 885 O quater et des activités immobilières. Cette condition s'apprécie de manière continue pendant les dix années précédant la cession ou, si la société est créée depuis moins de dix ans, depuis sa création ;*

*b) Les titres ou droits détenus par le cédant, directement ou par personne interposée ou par l'intermédiaire du conjoint, de leurs ascendants et descendants ou de leurs frères et sœurs, doivent avoir été détenus de manière continue au cours des cinq années précédant la cession.*

*Cette durée de détention est décomptée à partir de la date d'acquisition ou de souscription des titres ou droits, selon les modalités prévues au 1 de l'article 150-0 D ;*

*c) Les titres ou droits détenus par le cédant, directement ou par personne interposée ou par l'intermédiaire du conjoint, de leurs ascendants et descendants ou de leurs frères et sœurs, 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 ;*

*d) Les titres ou droits détenus par le cédant, directement ou par personne interposée ou par l'intermédiaire du conjoint, de leurs ascendants et descendants ou de leurs frères et sœurs, doivent représenter au moins 2 % des droits de vote ou des droits dans les*

bénéfices sociaux de la société dont les titres ou droits sont cédés à la date de la cession<sup>59</sup> ;

*e) 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. Le second alinéa dudit 1° s'applique également à l'activité salariée ».*

- 81.** Si ces conditions sont remplies, le contribuable pourra, s'il le souhaite, bénéficier de l'imposition au taux forfaitaire.
- 82.** Certes, ce dispositif paraît particulièrement avantageux par rapport au principe de la soumission des plus-values au barème progressif de l'impôt sur le revenu. Pour autant, avant d'opter pour ce dernier, il conviendra de prendre en compte les revenus par ailleurs perçus par le contribuable et son foyer fiscal l'année de la réalisation de la plus-value ainsi que le nombre d'années de détention et l'abattement qui en découle dans la mesure où par cette option, les contribuables renoncent au bénéfice de l'abattement général pour durée de détention qui sera explicité aux paragraphes 108 et suivants de cette thèse.
- 83.** Pour autant, l'obligation fiscale du contribuable ne sera pas épuisée, d'autres impôts étant également assis sur la plus-value.

---

<sup>59</sup> Il s'agit ici des titres « détenus ». Cela n'implique pas qu'il faille céder au moins 2 % des titres. En revanche, si la cession est partielle et que le cédant aspire à la réalisation d'une autre cession, ultérieurement, sous ce régime, il lui faut conserver, en l'état actuel du droit applicable, au moins 2 % des titres ou droits.

## *Paragraphe 2 : Les prélèvements sociaux*

**84.** Deux éléments vont être développés ici : le taux global des prélèvements sociaux (A) et la question de la contribution sociale généralisée déductible (B).

### *A. Le taux global d'imposition*

**85.** L'impôt sur le revenu n'est pas le seul en jeu. Il convient de lui ajouter les prélèvements sociaux, c'est-à-dire la contribution sociale généralisée au taux de 8,2 %, la contribution au remboursement de la dette sociale au taux de 0,5 %, les contributions additionnelles aux taux de 0,3 % et 1,1 % et enfin le prélèvement social. Ce dernier a fait l'objet de nombreuses modifications dernièrement. En effet, il a été porté de 2 % à 2,2 % à compter des revenus du patrimoine perçus en 2010 par l'article 6 de la loi de finances pour 2011<sup>60</sup>, puis à 3,4 % pour les mêmes revenus perçus en 2011 et enfin à 5,4 % pour les revenus perçus depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012<sup>61</sup>.

**86.** Ainsi, le taux global des prélèvements sociaux à ajouter à l'impôt sur le revenu s'élève à 15,5 %. Là encore, les dernières années n'ont pas été favorables aux contribuables. En effet, au cours des trois dernières années, le taux global des prélèvements sociaux est passé de 12,1 % à 15,5 % soit une augmentation de 3,4 points.

**87.** Les plus-values sur cession de valeur mobilières et de droits sociaux étant désormais soumises au barème progressif de l'impôt sur le revenu, la loi de finances pour 2013 a également étendu la déductibilité partielle de la contribution sociale généralisée à ces revenus.

---

<sup>60</sup> Loi 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, article 6.

<sup>61</sup> Loi 2011-1117 du 19 septembre 2011 de finances rectificative pour 2011, article 10.

### ***B. La contribution sociale généralisée déductible***

**88.** L'article 10, I-H de la loi de finances pour 2013 a modifié l'article 154 quinquies II du CGI afin d'étendre la déductibilité partielle de la contribution sociale généralisée – 5,1 % – aux plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux.

**89.** Une précision importante doit être apportée quant au moment de la réalisation de cette déduction. Il résulte de l'article 154 quinquies II du CGI que :

*« La contribution [...] est admise en déduction du revenu imposable de l'année de son paiement, à hauteur de 5,1 points ».*

Comme l'impôt sur le revenu, la contribution sociale généralisée est acquittée l'année de la déclaration des revenus qu'elle taxe, soit l'année suivant leur réalisation. Mais il résulte de la disposition ci-dessus que sa déduction s'opère sur le revenu imposable de l'année de son paiement c'est-à-dire en n+2 par rapport au moment de la réalisation de la plus-value.

**90.** Deux conséquences doivent être tirées de cette disposition.

Tout d'abord, si l'année de la déduction, le contribuable est imposable sur des revenus inférieurs à ceux de l'année de réalisation de la plus-value – la plus-value étant par définition un revenu exceptionnel, ça sera souvent le cas – il sera désavantagé puisque la déduction s'opèrera sur un revenu imposé à un taux marginal inférieur à celui applicable l'année d'imposition de la plus-value.

En outre, le contribuable doit avancer les fonds sans avoir la certitude de « récupérer » le montant de la contribution sociale généralisée déductible. En effet, pour peu que le total de ses revenus perçus l'année du paiement de la CSG soit inférieur au montant de la contribution déductible, il ne pourra pas demander de report ou de remboursement de celle qui n'aura pas pu être imputée. Le montant non imputé sera définitivement perdu pour le contribuable<sup>62</sup>.

**91.** Enfin, une troisième strate d'imposition vient s'ajouter à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux : la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus.

---

<sup>62</sup> BOI-IR-BASE-20-20 n°100, 21-01-2013.

### ***Paragraphe 3 : La contribution exceptionnelle sur les hauts revenus***

- 92.** L'article 2 de la loi 2011-1977 de finances pour 2012 du 28 décembre 2011 a créé une nouvelle imposition : la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus – CEHR.
- 93.** Cette contribution exceptionnelle consiste en un barème progressif (B) appliqué au revenu fiscal de référence du foyer fiscal (A) dont le montant peut être ajusté par un mécanisme de lissage (C).

#### ***A. Le revenu fiscal de référence***

- 94.** L'assiette de cette contribution exceptionnelle est constituée par le revenu fiscal de référence défini à l'article 1417 du CGI. Selon cet article, sont incluses dans le revenu fiscal de référence les plus-values retenues pour l'établissement de l'impôt sur le revenu au titre de l'année précédente majorées :

*« a bis) [...] du montant de l'abattement prévu au 1 de l'article 150-0 D, du montant des plus-values en report d'imposition en application du I de l'article 150-0 D bis, du montant de l'abattement prévu à l'article 150-0 D ter et du montant des plus-values soumises au prélèvement prévu à l'article 244 bis B ».*

*« d) Du montant des plus-values exonérées en application du 3 du I et des 1,1 bis et 7 du III de l'article 150-0 A ».*

- 95.** Ainsi, les plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux sont prises en compte pour leur montant avant application des abattements pour durée de détention, qu'il s'agisse du dispositif général de l'article 150-0 D du CGI ou de l'abattement spécifique aux dirigeants de PME partant à la retraite codifié à l'article 150-0 D ter du CGI. Intègrent également le revenu fiscal de référence, les plus-values exonérées réalisées à l'occasion de cessions de participations supérieures à 25 % au sein du groupe familial, de titres de jeunes entreprises innovantes ou encore les plus-values reportées sur le fondement de l'article 150-0 D bis du CGI.

Concernant les plus-values dont l'imposition est différée sur le fondement des articles 150-0 B et 150-0 B ter du CGI, cette imposition aura lieu l'année de la fin du différé d'imposition, année du fait générateur de l'impôt.

96. Concernant les dirigeants de PME partant à la retraite, l'absence de prise en compte de l'abattement a été précisée par la loi de finances pour 2013 et est applicable aux plus-values réalisées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012.

En effet, l'article 10, I-P de la loi de finances pour 2013 est venue pallier une imprécision du Code général des impôts. L'article 80 de la loi de finances pour 2012, qui avait substitué le report-exonération de l'article 150-0 D bis du CGI à l'ancien abattement général pour durée de détention, avait également supprimé la référence à l'abattement spécifique aux dirigeants de PME de l'article 150-0 D ter du CGI faite dans l'article 1417, IV du même code relatif à la détermination du revenu fiscal de référence, assiette de la CEHR. Par conséquent, l'Administration fiscale avait confirmé que la plus-value bénéficiant de ce régime devait être intégrée au revenu fiscal de référence pour son montant net d'abattement et avait permis aux contribuables de demander le dégrèvement de la part de CEHR résultant de cet abattement<sup>63</sup>. Désormais, il est clairement indiqué que la plus-value est prise en compte au titre du revenu fiscal de référence avant application de l'abattement.

97. Une fois le revenu fiscal de référence déterminé, la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus sera calculée par application d'un barème progressif.

### ***B. Le taux d'imposition***

98. Il résulte de l'article 223 sexies, I-1 du CGI que cette contribution est liquidée aux taux de 3 % ou 4 % en fonction du montant de l'assiette imposable et de la composition du foyer fiscal :

*« La contribution est calculée en appliquant un taux de :*  
*- 3 % à la fraction de revenu fiscal de référence supérieure à*  
*250 000 € et inférieure ou égale à 500 000 € pour les*

---

<sup>63</sup> BOI-IR-CHR n° 50, 27 novembre 2012.

*contribuables célibataires, veufs, séparés ou divorcés et à la fraction de revenu fiscal de référence supérieure à 500 000 € et inférieure ou égale à 1 000 000 € pour les contribuables soumis à imposition commune ;*

*- 4 % à la fraction de revenu fiscal de référence supérieure à 500 000 € pour les contribuables célibataires, veufs, séparés ou divorcés et à la fraction de revenu fiscal de référence supérieure à 1 000 000 € pour les contribuables soumis à imposition commune ».*

99. Toutefois, l'application de ce barème progressif peut, dans certaines conditions, être tempérée.

### *C. Le mécanisme de lissage*

100. Afin de tenir compte du caractère exceptionnel de la réalisation d'une plus-value<sup>64</sup>, l'article 223 sexies II-1 du CGI prévoit un mécanisme de lissage permettant d'atténuer l'imposition résultant de l'application de la CEHR par la prise en compte des revenus fiscaux de référence des deux années précédant l'imposition de la plus-value.
101. Pour que le mécanisme de lissage s'applique, trois conditions doivent être cumulativement réunies :
- Le revenu fiscal de référence du contribuable de l'année d'imposition de la plus-value doit être supérieur ou égal à une fois et demie la moyenne des revenus fiscaux de référence des deux années précédentes,
  - Le revenu fiscal de référence de chacune de ces deux années est inférieur ou égal au seuil d'assujettissement à la contribution évalué en fonction de la situation matrimoniale du contribuable et,
  - Le contribuable a été passible de l'impôt sur le revenu au titre de ces deux années pour plus de la moitié de ses revenus de source française ou

---

<sup>64</sup> Le revenu imposable l'année de la cession des titres ne reflète pas le niveau de revenu habituel.

étrangère de même nature que ceux entrant dans la composition du revenu fiscal de référence.

**102.** Dès lors que ces conditions sont remplies, le mécanisme de lissage trouve à s'appliquer selon le mode de calcul suivant :

*« [...] si, au titre de l'année d'imposition à la contribution mentionnée au 1 du I, le revenu fiscal de référence du contribuable est supérieur ou égal à une fois et demie la moyenne des revenus fiscaux de référence des deux années précédentes, la fraction du revenu fiscal de l'année d'imposition supérieure à cette moyenne est divisée par deux, puis le montant ainsi obtenu est ajouté à cette même moyenne. La cotisation supplémentaire ainsi obtenue est alors multipliée par deux ».*

**103.** Autrement dit, les étapes de la liquidation de la CEHR sont les suivantes :

- 1) La fraction du revenu fiscal de référence de l'année d'imposition de la plus-value supérieure à la moyenne des revenus fiscaux de références des deux années précédentes est divisée par deux avant d'être ajoutée à la moyenne.
- 2) Cette base d'imposition est soumise aux trois tranches de la CEHR : 0 %, 3 % et 4 %.
- 3) Le montant ainsi obtenu est multiplié par deux afin d'obtenir le montant de CEHR exigible du contribuable.

**104.** En définitive, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, les plus-values réalisées à l'occasion de la cession de valeurs mobilières et de droits sociaux par un particulier sont, en principe, imposables au taux global maximum de 64,5 %<sup>65</sup>.

**105.** Certains dispositifs peuvent toutefois venir minorer l'imposition mise à la charge du contribuable.

---

<sup>65</sup> Taux marginal de l'impôt sur le revenu (45 % dans une hypothèse où aucun abattement ne serait applicable) + Prélèvements sociaux (15,5 %) + Taux marginal de la CEHR (4 %) = 64,5 %.

## **Section 2 : Des exonérations et abattements souvent limités et toujours strictement encadrés**

- 106.** Différents dispositifs viennent minorer l'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux. Certains reposent sur des abattements pour durée de détention (Paragraphe 1) alors que d'autres mettent en place des régimes exonérateurs (Paragraphe 2). Quoiqu'il en soit, cette question est amenée à être modifiée à court terme eu égard aux velléités de réforme affichées par le Gouvernement (Paragraphe 3).

### *Paragraphe 1 : les abattements pour durée de détention*

- 107.** Il convient ici de distinguer l'abattement général pour durée de détention codifié à l'article 150-0 D du CGI (A), de l'abattement spécial applicable en cas de départ en retraite des dirigeants de PME prévu par l'article 150-0 D ter du CGI (B).

#### *A. L'abattement général pour durée de détention : article 150-0 D du CGI*

- 108.** Avant la loi de finances pour 2012<sup>66</sup>, l'ancien article 150-0 D bis du CGI – créé par la loi de finances rectificative pour 2005<sup>67</sup> – prévoyait un dispositif d'exonération partielle et progressive de la plus-value réalisée directement par le contribuable ou indirectement par personne interposée<sup>68</sup> dans le cadre de la gestion privée d'un portefeuille de titres.
- 109.** Cet abattement était progressif. Il s'agissait d'une règle d'assiette qui se présentait sous la forme d'un abattement applicable au gain net de cession de titres qui grandissait à mesure que les années passaient.

---

<sup>66</sup> Loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012.

<sup>67</sup> Article 29 de la loi 2005-1720 du 30 décembre 2005, complété par l'article 20 de la loi 2006-1666 du 21 décembre 2006.

<sup>68</sup> Exemple : cession de titres par une société civile de portefeuille.

En effet, l'article 150-0 D bis I-1 du CGI indiquait que :

*...« Les gains nets mentionnés au I de l'article 150-0 D et déterminés dans les conditions du même article retirés des cessions à titre onéreux d'actions, de parts de sociétés ou de droits démembrés portant sur ces actions ou parts sont réduits d'un abattement d'un tiers pour chaque année de détention au-delà de la cinquième, lorsque les conditions prévues au II sont remplies ».*

Il était ainsi prévu que les plus-values de cession d'actions ou de parts de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés seraient, à l'entrée en vigueur de ce dispositif, réduites d'un abattement d'un tiers par année de détention au-delà de la cinquième, ce dont il serait résulté une exonération d'impôt sur le revenu pour les plus-values réalisées sur les titres détenus depuis plus de huit ans.

- 110.** Pour autant, cette exonération demeurait partielle dans la mesure où même pour les titres détenus depuis huit ans et plus, les prélèvements sociaux restaient dus sur la totalité de la plus-value. Autrement dit, l'abattement voire l'exonération n'aurait été applicable qu'à l'impôt proportionnel sur le revenu.
- 111.** Alors que ce dispositif était entré en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2006 et qu'il aurait fini par représenter un avantage conséquent pour les contribuables patients, il n'aura finalement jamais trouvé à s'appliquer.
- 112.** Toutefois, face à la nouvelle soumission des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux au barème progressif de l'impôt sur le revenu et afin d'encourager les contribuables à investir sur le long terme et de récompenser ceux qui l'ont déjà fait, le législateur a, avec l'article 10, I-E de la loi de finances pour 2013, remis en place un abattement pour durée de détention général dont les caractéristiques diffèrent quelque peu de son ancienne version.

- 113.** Précisons tout d'abord que cet abattement ne s'applique que si le contribuable n'a pas opté pour l'assujettissement de sa plus-value au taux d'imposition forfaitaire de 19 % applicable aux « *créateurs d'entreprise* ». En effet, l'article 150-0 D du CGI précise que cet abattement n'a vocation à s'appliquer qu'aux gains nets :

*« [...] pour lesquels le contribuable n'a pas opté pour l'imposition au taux forfaitaire de 19 % prévue au 2 bis de l'article 200 A ».*

- 114.** A cette condition, le contribuable pourra bénéficier d'un abattement de 0 à 40 % selon la durée de détention décomptée à partir de la date de souscription ou d'acquisition<sup>69</sup> des actions, parts, droits ou titres<sup>70</sup> :

*« a) 20 % de leur montant lorsque les actions, parts, droits ou titres sont détenus depuis au moins deux ans et moins de quatre ans à la date de la cession ;*

*b) 30 % de leur montant lorsque les actions, parts, droits ou titres sont détenus depuis au moins quatre ans et moins de six ans à la date de la cession ;*

*c) 40 % de leur montant lorsque les actions, parts, droits ou titres sont détenus depuis au moins six ans ».*

- 115.** Plus précisément, l'article dispose :

*« Les gains nets des cessions à titre onéreux [...] sont réduits d'un abattement [...] ».*

Le législateur n'aborde pas expressément la question du traitement des moins-values de cession au regard de cet abattement.

Toutefois, il est vraisemblable que s'il avait voulu cantonner l'abattement à la plus-value, il l'aurait indiqué.

En outre, l'ancien article 150-0 D bis du CGI relatif à l'abattement général pour durée de détention supprimé en 2011, prévoyait, comme le nouvel article 150-0 D du CGI, son application aux « *gains nets* ». Or, dans son instruction 5 C-1-07 du

---

<sup>69</sup> Et non à compter du 1<sup>er</sup> janvier de l'année d'acquisition ou de souscription comme c'est le cas pour l'abattement spécifique aux dirigeants de PME partant à la retraite détaillé un peu plus loin.

<sup>70</sup> Ou, notamment, de l'acquisition des titres originaires en cas de réalisation d'une opération intercalaire prévue à l'article 150-0 B du CGI.

22 janvier 2007 relative à l'application de cet ancien abattement, l'Administration fiscale avait, au point 25, considéré que le « *gain net* » recouvrait les notions de plus-values et de moins-values :

*« Il en résulte qu'une plus-value réalisée sur une cession de titres détenus depuis plus de huit ans sera exonérée en totalité d'impôt sur le revenu. Corrélativement, une moins-value subie lors d'une cession de titres détenus depuis plus de huit ans sera réduite à zéro [...] »*

Aussi, il ne serait guère étonnant, et même assez cohérent, que l'Administration fiscale adopte la même solution ici. Il en résulterait que les moins-values constatées depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013 ne seraient imputables sur les revenus de même nature de l'année de leur réalisation et des dix années suivantes qu'après prise en compte de cet abattement.

En revanche, l'article 10, V de la loi de finances indiquant bien que ces dispositions sont applicables aux gains nets réalisés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013, les moins-values antérieures encore en report demeurerait imputables pour leur totalité.

- 116.** Notons que cet abattement est limité à l'impôt sur le revenu. Aussi, il ne trouvera pas à s'appliquer au calcul des prélèvements sociaux ni à la détermination du revenu fiscal de référence servant de base à la CEHR.
- 117.** Un abattement pour durée de détention plus avantageux encore existe pour les dirigeants de PME qui cèdent les titres de leur société à l'occasion de leur départ à la retraite.

***B. L'abattement pour durée de détention applicable aux dirigeants de PME partant à la retraite : article 150-0 D ter du CGI***

- 118.** Créé par la loi de finances rectificative pour 2005<sup>71</sup>, ce dispositif devait s'appliquer jusqu'au 31 décembre 2013. Toutefois, l'article 10, III de la loi de finances pour 2013 l'a prorogé jusqu'au 31 décembre 2017.
- 119.** Il résulte de l'article 150-0 D ter du CGI que les plus-values peuvent être réduites d'un abattement d'un tiers par année de détention au-delà de la cinquième année et, par suite, être totalement exonérées d'impôt sur le revenu lorsque les titres cédés ont été détenus depuis plus de huit ans.

- 120.** Des conditions doivent être remplies pour que le dirigeant partant en retraite puisse bénéficier de cet abattement.

Tout d'abord, la société dont les titres sont cédés doit être une PME employant moins de 250 salariés au 31 décembre de l'une ou l'autre des trois années précédant celle de la cession. Elle doit également avoir un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 50 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 43 millions d'euros au titre du dernier exercice clos ou, comme l'a admis l'Administration fiscale, à la clôture de l'un ou l'autre des trois derniers exercices précédant celui de la cession<sup>72</sup>.

En outre, 75 % du capital au moins doit être détenu par des personnes physiques ou d'autres sociétés répondant elles-mêmes aux deux conditions exposées ci-dessus de manière continue au cours du dernier exercice clos.

Ensuite, cet abattement concerne les titres de sociétés qui ont leur siège dans un Etat de l'Union européenne, en Islande, en Norvège ou au Liechtenstein, qui sont passibles de l'impôt sur les sociétés ou d'un impôt équivalent et qui ont exercé, de manière continue au cours des cinq années précédant la cession, une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale, agricole ou financière, à l'exception de la gestion de leur propre patrimoine mobilier ou immobilier, ou ont eu pour

---

<sup>71</sup> Article 29 de la loi 2005-1720 du 30 décembre 2005 complété par les articles 18 et 19 de la loi 2006-1666 du 21 décembre 2006

<sup>72</sup> Inst. 5 C-1-07 n° 176.

objet exclusif de détenir des participations dans des sociétés exerçant l'une de ces activités<sup>73</sup>.

- 121.** De plus, la cession doit porter sur la totalité des titres ou droits détenus par le cédant dans la société ou, sur plus de 50 % de ces droits ou, en cas de la seule détention de l'usufruit, sur plus de 50 % des droits dans les bénéfices sociaux.
- 122.** Par ailleurs, pendant les cinq années antérieures à la cession, et ce de manière continue, le cédant doit avoir été dirigeant<sup>74</sup> de la société dont les titres sont cédés<sup>75</sup> et avoir détenu au moins 25 % des droits de vote ou des droits financiers de la société cédée directement, par personne interposée, ou par l'intermédiaire de son groupe familial<sup>76</sup>.
- 123.** Enfin, le cédant doit cesser toute fonction dans la société et faire valoir ses droits à la retraite dans les deux années suivant ou précédant la cession. L'Administration fiscale exige uniquement qu'il s'écoule un délai maximum de vingt-quatre mois entre le premier et le dernier de ces événements peu important l'ordre dans lequel ils interviennent<sup>77</sup>. Dans l'hypothèse d'une cession des titres à une entreprise, le cédant ne doit pas, au moment de la cession et durant les trois années suivantes, détenir directement ou indirectement, de droits de vote ou de droits dans les bénéfices sociaux de cette société. Précisons toutefois que l'Administration fiscale tolère un pourcentage maximum de détention de 1 %<sup>78</sup>.

---

<sup>73</sup> Il s'agit là de sociétés holding.

<sup>74</sup> La notion de fonction de direction est appréciée comme en matière d'impôt de solidarité sur la fortune. Il s'agit donc de l'une des fonctions limitativement énumérées à l'article 885 O bis du CGI donnant lieu à une rémunération normale représentant plus de la moitié des revenus professionnels du redevable.

<sup>75</sup> L'exercice continu sur la même période d'une profession libérale principale au sein d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée dont les titres constituent des biens professionnels est assimilé à une fonction de direction.

<sup>76</sup> La notion de groupe familial fait référence au conjoint ou partenaire de Pacs, à leurs ascendants, descendants ou frères et sœurs.

<sup>77</sup> Inst. 5 C-2-09 n° 14.

<sup>78</sup> Inst. 5 C-1-07 n° 165.

- 124.** Si l'ensemble de ces conditions est rempli, l'abattement trouvera à s'appliquer par tiers au-delà de la cinquième année, l'exonération totale étant donc acquise au bout de huit ans. Cette durée de détention est décomptée à partir du 1<sup>er</sup> janvier de l'année au cours de laquelle les titres ont été acquis ou souscrits et prend fin à la date du transfert de propriété des titres.
- 125.** Enfin, dans sa rédaction initiale, l'article 150-0 D ter du CGI prévoyait que seuls les titres acquis ou souscrits avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006 pouvaient prétendre à l'application de l'abattement spécifique aux dirigeants de PME partant à la retraite. Désormais, la date d'entrée des titres dans le patrimoine du cédant n'est plus une condition d'application du dispositif. Notons toutefois que l'Administration fiscale semblait déjà avoir abandonné cette condition. En effet, elle donnait, dans sa doctrine<sup>79</sup>, un exemple explicatif de la mise en œuvre de cet abattement dans lequel elle appliquait le dispositif à des titres vraisemblablement acquis postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 2006.
- 126.** Comme pour le dispositif général, les prélèvements sociaux sont calculés sur le montant de la plus-value avant abattement. L'exonération acquise au bout de huit ans ne concerne donc que l'impôt sur le revenu.
- En outre, comme nous l'avons développé précédemment, l'article 10, I-P de la loi de finances pour 2013 a rectifié une imprécision du Code général des impôts en indiquant que cet abattement ne vient pas diminuer le montant de plus-value à prendre en compte au titre de la CEHR.
- 127.** En conclusion, si les futurs retraités disposent bien d'un sursis en raison de la prorogation du dispositif, il n'en demeure pas moins qu'il n'est que temporaire. A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018, ce sont les dispositifs tels que l'abattement général pour durée de détention – actuellement limité à 40 % à compter de six ans de détention – et le report-exonération – qui contraint, pour bénéficier d'une exonération totale d'impôt sur le revenu, à réinvestir 100 % de la plus-value nette de prélèvements sociaux – qui s'appliqueront. Sous réserve que le droit positif

---

<sup>79</sup> BOI-RPPM-PVBMI-20-20-10 n°180.

demeure applicable en l'état – et cette réserve est importante au regard de l'instabilité fiscale aiguë qui touche la France – ou – et c'est une hypothèse plus que plausible – si le Gouvernement continue dans sa lancée tendant à aggraver la fiscalité applicable aux plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux. La recherche de solutions plus avantageuses conduira ces retraités à se tourner vers d'autres solutions au titre desquels l'apport-cession-délocalisation pourrait figurer en bonne place.

- 128.** Dans le cadre de ces deux dispositifs, l'abattement est progressif et assis sur la durée de détention des titres. D'autres régimes prévoient des exonérations attachées à la réalisation de certaines opérations.

### *Paragraphe 2 : les dispositifs exonérateurs*

- 129.** Trois dispositifs doivent être étudiés ici : le report-exonération codifié à l'article 150-0 D bis du CGI (A), le régime des cessions de participations substantielles intrafamiliales prévu par l'article 150-0 A, I-3 du CGI (B) et le cas particulier de l'imposition des plus-values de cession de titres de jeunes entreprises innovantes envisagé par l'article 150-0 A, III-7 du CGI (C).

#### *A. Le report-exonération : article 150-0 D bis du CGI*

- 130.** L'article 80 de la loi de finances pour 2012<sup>80</sup> a remplacé l'ancien abattement pour durée de détention par un dispositif optionnel de report-exonération qui s'applique dans les conditions posées par l'article 150-0 D bis du CGI.
- 131.** Le principe de ce dispositif est le suivant. Dans un premier temps, les plus-values de cession d'actions, de parts de sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés, ou de droits démembrés portant sur ces titres, constatées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2011 bénéficient d'un report d'imposition dès lors que la plus-value est réinvestie dans le capital d'une société passible de l'impôt sur les sociétés. Mais, dans un second

---

<sup>80</sup> Loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012.

temps, si les titres souscrits en emploi sont conservés pendant cinq ans, le report se transforme en exonération.

- 132.** Ce dispositif s'applique aux titres ou droits relatifs à des sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés ou d'un impôt équivalent qui ont leur siège dans un Etat de l'Union européenne, en Islande, en Norvège ou au Liechtenstein et qui ont exercé, de manière continue au cours des huit années précédant la cession, une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale, agricole ou financière, à l'exception de la gestion de leur propre patrimoine mobilier ou immobilier, ou ont eu pour objet exclusif de détenir des participations dans des sociétés exerçant l'une des activités qui viennent d'être énoncées.
- 133.** De plus, le cédant doit avoir détenu de manière continue pendant les huit années antérieures à la cession au moins 10 % des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de la société en cause directement, par personne interposée, ou par l'intermédiaire de son groupe familial.
- 134.** L'obtention de ce report d'imposition repose également sur la réalisation d'un réinvestissement dont le support, le quantum et le délai de réalisation sont encadrés par le législateur.
- 135.** Dans sa version initiale issue de la loi de finances pour 2012, le dispositif prévoyait que le contribuable et son groupe familial ne devaient ni être associés de la société avant l'opération d'apport, ni y exercer de fonctions de direction depuis sa création et pendant une période de cinq ans suivant la date de réalisation de l'apport, condition qui limitait fortement les possibilités de recours à ce dispositif. Aussi, moins de trois mois après son adoption, cette condition a été supprimée par l'article 7 de la première loi de finances rectificative pour 2012<sup>81</sup>.
- 136.** La loi de finances pour 2013 a quant à elle étendu les investissements éligibles à ce report. En effet, jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2013, pour pouvoir bénéficier du régime de

---

<sup>81</sup> Loi n°2012-354 du 14 mars 2012.

report-exonération le contribuable devait souscrire en numéraire au capital d'une société exerçant une activité opérationnelle ou de holding et remplissant les mêmes conditions d'imposition à l'impôt sur les sociétés et de lieu d'implantation du siège social que la société cédée. Depuis cette date, le contribuable peut diversifier son redéploiement professionnel en souscrivant au capital de non plus une seule société, mais de plusieurs sociétés opérationnelles. Il peut également, et c'est encore une nouveauté issue de la loi de finances pour 2013, réinvestir tout ou partie de sa plus-value nette de prélèvements sociaux au capital de certains fonds commun de placement ou sociétés de capital-risque.

- 137.** Par ailleurs, les titres reçus en contrepartie de l'apport doivent être détenus en pleine propriété pendant au moins cinq ans et entièrement libérés au moment de l'apport ou, au plus tard, à l'issue d'un délai de vingt-quatre mois suivant la cession. Ils doivent également représenter au moins 5 % des droits de vote et des droits dans les bénéfices sociaux de la société.
- 138.** Il existe en outre des conditions tenant au quantum du réinvestissement et au délai de sa réalisation. Pour les gains nets réalisés avant le 1<sup>er</sup> janvier 2013, l'article 150-0 D bis du CGI prévoyait que pour pouvoir bénéficier de ce régime, le contribuable devait réinvestir 80 % de la plus-value nette de prélèvements sociaux dans les trente-six mois suivant la cession. L'article 10, I-F de la loi de finances pour 2013 assouplit le quantum de réinvestissement nécessaire tout en raccourcissant le délai imparti pour sa réalisation. En effet, désormais, le réinvestissement peut se limiter à 50 % de la plus-value nette de prélèvements sociaux mais il doit être réalisé dans les vingt-quatre mois de la cession. Plus précisément, l'article 150-0 D bis, II-3<sup>o</sup>-a) du CGI indique que le dispositif s'applique si :

*« Le cédant prend l'engagement d'investir le produit de la cession des titres ou droits, dans un délai de vingt-quatre mois et à hauteur d'au moins 50 % du montant de la plus-value net des prélèvements sociaux [...] ».*

- 139.** Cette formulation soulève une interrogation au regard de l'abattement général pour durée de détention<sup>82</sup> : doit-il être pris en compte pour déterminer la part de la plus-value qui doit être réinvestie ? Si le législateur avait fait référence à la plus-value « *imposable* » ou « *taxable* », la prise en compte de l'abattement pour durée de détention n'aurait pas posé de difficulté. Mais ici il se contente d'indiquer qu'il s'agit du montant de la plus-value « *net de prélèvement sociaux* ». Interprétée de manière restrictive cette expression conduirait à omettre l'abattement dans le cadre du calcul du montant de plus-value devant être réinvesti pour ouvrir droit au report exonération de l'article 150-0 D bis du CGI et à ne déduire de la plus-value que les prélèvements sociaux<sup>83</sup>. Une réponse rapide de l'Administration fiscale sera nécessaire pour assurer la sécurité fiscale des contribuables désireux d'avoir recours à ce report-exonération concernant le montant à réinvestir mais aussi, dès lors que le contribuable souhaite réaliser un réinvestissement partiel, le montant de plus-value qui sera soumis à imposition.
- 140.** La loi de finances pour 2013 a également modifié la portée du dispositif. Avant cette réforme, le report s'appliquait à l'ensemble de la plus-value même si seulement 80 % de la plus-value nette de prélèvements sociaux était réinvestie. Désormais, le réinvestissement peut ne porter que sur 50 % de cette même plus-value mais la part non réinvestie sera exclue du bénéfice du report et imposée. Le dispositif perd ici une grande partie de son intérêt. Finalement, pour en bénéficier sur la totalité de la plus-value, il contraint à la réinvestir en totalité.

Pour les contribuables qui ont acquis des titres et qui les ont conservés un certain temps avant de les revendre, la part du produit de cession distincte de la plus-value et qui correspond, plus ou moins, au prix auquel ils avaient acquis les titres, n'est pas concernée par le réinvestissement, ce dernier étant expressément limité à la plus-value nette de prélèvements sociaux. En revanche, pour les contribuables qui ont créé leur société, qui l'ont développée avant de la revendre, la plus-value peut correspondre à la quasi-totalité du prix de cession. Pour bénéficier du dispositif de

---

<sup>82</sup> Article 150-0 D du CGI.

<sup>83</sup> Ces derniers n'étant pas concernés par le report d'imposition encadré par l'article 150-0 D bis, ils demeurent dus.

l'article 150-0 D bis du CGI sur la totalité de leur plus-value, ces derniers devront donc réinvestir la totalité du prix de cession.

L'apport-cession-délocalisation représente ici un avantage non négligeable puisque, comme nous le verrons en détail, si les contribuables relèvent du report encadré par l'article 150-0 B ter du CGI<sup>84</sup>, le report pourra être acquis sur la totalité de la plus-value dès lors que 50 % du prix de cession est réinvesti dans un délai de deux ans si la cession des titres apportés par la société bénéficiaire de l'apport intervient dans les trois ans de ce dernier et si l'opération est réalisée sous le régime de l'article 150-0 B du CGI, un réinvestissement de moins de 40 % du prix de cession aboutira au différé de la totalité de la plus-value. Une comparaison plus détaillée de ces dispositifs est réalisée un peu plus loin.

- 141.** A défaut de respect de ces conditions, l'impôt sur le revenu majoré de l'intérêt de retard devient immédiatement exigible. A l'inverse, si les titres sont bien conservés cinq ans, la plus-value en report est définitivement exonérée.

***B. Les cessions d'une participation excédant 25 % réalisées au sein d'un groupe familial : article 150-0 A, I-3 du CGI***

- 142.** Il résulte de l'article 150-0 A, I-3 du CGI que lorsque les membres d'une même famille détiennent une participation importante dans une société soumise à l'impôt sur les sociétés ou à un impôt équivalent dont le siège se situe dans un Etat membre de l'Union européenne, en Islande, en Norvège ou au Liechtenstein, les cessions de titres réalisées au sein du groupe familial sont exonérées :

*« Lorsque les droits détenus directement ou indirectement par le cédant avec son conjoint, leurs ascendants et leurs descendants ainsi que leurs frères et sœurs dans les bénéfices sociaux d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés ou à un impôt équivalent et ayant son siège dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention*

---

<sup>84</sup> Nous verrons le critère de distinction de ces deux régimes un peu plus loin.

*d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ont dépassé ensemble 25 % de ces bénéficiaires à un moment quelconque au cours des cinq dernières années, la plus-value réalisée lors de la cession de ces droits, pendant la durée de la société, à l'une des personnes mentionnées au présent alinéa, est exonérée si tout ou partie de ces droits sociaux n'est pas revendu à un tiers dans un délai de cinq ans. A défaut, la plus-value est imposée au nom du premier cédant au titre de l'année de la revente des droits au tiers ».*

**143.** Toutefois, plusieurs conditions doivent être réunies pour cela.

Tout d'abord, le cédant, son conjoint, leurs ascendants et leurs descendants, ainsi que leurs frères et sœurs, doivent avoir détenu ensemble, directement ou indirectement, plus de 25 % des droits dans les bénéfices sociaux à un moment quelconque au cours des cinq années précédant la cession.

De plus, la cession de ces droits doit être consentie à l'un des membres du groupe familial.

Enfin, l'acquéreur ne doit pas revendre tout ou partie des droits à un tiers dans un délai de cinq ans. Si l'acquéreur était amené à faire cela, la plus-value exonérée deviendrait imposable en totalité au nom du premier cédant au titre de l'année de revente au tiers. En revanche, aucune remise en cause de l'exonération n'aura lieu en cas de transmission à titre gratuit ou à titre onéreux dans le délai de cinq ans sous réserve, pour la transmission à titre onéreux, qu'elle soit faite au bénéfice d'un autre membre du groupe familial du premier cédant.

**144.** En conclusion, cette exonération est limitée : d'une part, du point de vue de son assiette puisqu'elle ne concerne là encore que l'impôt sur le revenu à l'exclusion des prélèvements sociaux<sup>85</sup> et de la CEHR<sup>86</sup> et d'autre part, au regard de ses cas d'application dans la mesure où elle implique une cession réalisée dans un cadre familial et est soumise à une condition de détention.

---

<sup>85</sup> Avant le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (article 18 de la loi 2012-1658 de finances rectificative pour 2010 du 29 décembre 2010), cette exonération affectait également les prélèvements sociaux.

<sup>86</sup> Article 1417 IV, d) du CGI.

***C. Les cessions de titres de jeunes entreprises innovantes :  
article 150-0 A, III-7 du CGI***

- 145.** L'article 150-0 A, III-7 du CGI prévoit un régime spécial concernant les plus-values de cession de parts ou actions de sociétés qui bénéficient du statut fiscal de jeune entreprise innovante (ci-après JEI). Ces dernières peuvent être exonérées d'impôt sur le revenu sous quatre conditions. D'abord, les titres cédés doivent avoir été souscrits à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2004. Ensuite, ils doivent avoir été conservés pendant une période d'au moins trois ans au cours de laquelle la société a effectivement bénéficié du statut de JEI. Ensuite, le cédant, son conjoint et leurs ascendants et descendants ne doivent pas avoir détenu ensemble, directement ou indirectement, plus de 25 % des droits dans les bénéfices et des droits de vote depuis la souscription des titres cédés. Enfin, cette exonération étant facultative, il faut en faire la demande expresse.
- 146.** Sont considérées comme des JEI selon les termes de l'article 44 sexies-0 A du CGI, les PME créées depuis moins de huit ans et dont le capital est détenu de manière continue à hauteur de 50 % au moins soit par des personnes physiques, de manière directe ou indirecte – mais avec une seule société interposée ayant la qualité de PME – soit par certaines entreprises du secteur du capital-risque, soit par des associations ou fondations reconnues d'utilité publique à caractère scientifique ou des établissements publics de recherche et d'enseignement et leurs filiales, soit par des sociétés qualifiées elles-mêmes de JEI. Elles doivent par ailleurs effectuer, au cours de chaque exercice, des dépenses de recherche et de développement pour un montant représentant au moins 15 % de leurs charges fiscalement déductibles.
- 147.** Cette exonération est là encore limitée puisqu'elle ne s'applique pas aux prélèvements sociaux, ni à la CEHR et est enfermée dans des conditions strictes.
- 148.** Aussi, il existe des dispositifs qui, lorsqu'ils sont applicables, présentent un intérêt certain. Toutefois, les limites à leur application et leur encadrement font de l'apport-cession-délocalisation un dispositif attractif bien plus ouvert.

149. En outre, parmi les dispositifs qui viennent d’être évoqués, un certain nombre sont susceptibles d’être réformés dans les mois qui viennent.

### *Paragraphe 3 : Les réformes envisagées par le Gouvernement*

150. Le 29 avril 2013, le Président de la République, François HOLLANDE, a annoncé de nouvelles mesures qui pourraient venir bouleverser – à nouveau – le régime fiscal des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux afin de le simplifier mais aussi d’encourager les investissements sur le long terme et de récompenser les contribuables ayant supporté le « *risque associé à l’investissement et à l’emploi* »<sup>87</sup>.
151. Avec cette proposition deux régimes distincts seraient applicables à la plus-value imposable au barème progressif de l’impôt sur le revenu : le régime de droit commun et le régime « *incitatif* ».
152. Selon le régime de droit commun les plus-values seraient soumises au barème progressif de l’impôt sur le revenu après application d’un abattement de 50 % si les titres ont été détenus entre deux et huit ans et de 65 % à partir de huit ans de détention.
153. Le régime incitatif remplacerait les dispositifs particuliers qui existent actuellement en matière de cessions intrafamiliales, de jeunes entreprises innovantes et de départ à la retraite de dirigeants de PME et s’appliquerait également aux cessions de titres de PME de moins de dix ans.
- Dans ces hypothèses, l’abattement applicable serait de 50 % pour des plus-values réalisées sur des titres détenus entre un et quatre ans, 65 % entre quatre et huit ans et 85 % à compter de huit ans de détention, un abattement complémentaire de 500 000 euros étant par ailleurs prévu au bénéfice des chefs de petites entreprises partant à la retraite.

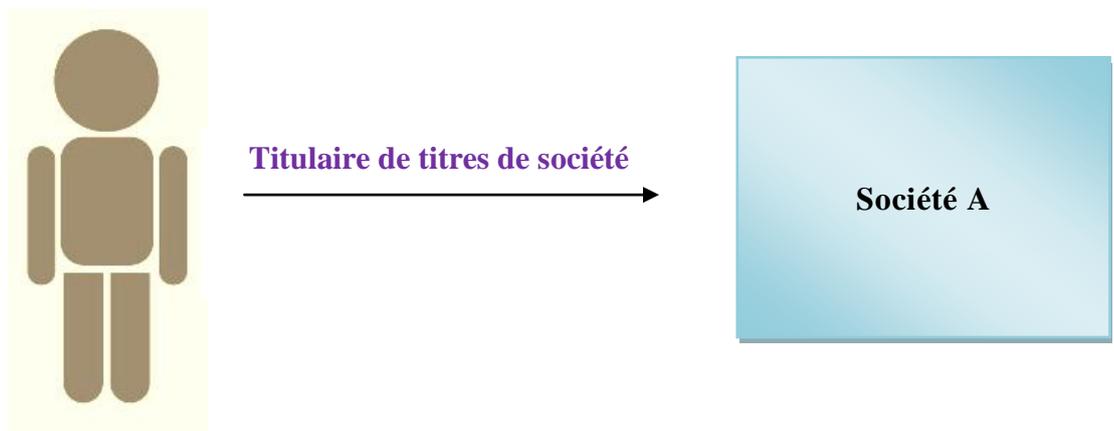
---

<sup>87</sup> Dossier de Presse, « *Clôture des assises de l’entrepreneuriat* », Fleur PELLERIN, Ministre déléguée auprès du Ministre du Redressement productif, chargée des Petites et Moyennes Entreprises, de l’Innovation et de l’Economie numérique, 29 avril 2013, page 3.

- 154.** Autant dire que le régime fiscal des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux est encore loin d'être stabilisé, laissant ainsi les contribuables dans une insécurité fiscale incontestable et peu propice à la création d'entreprises et à la prise de risque entrepreneurial, objectifs pourtant à l'origine de cette nouvelle proposition de réforme du Gouvernement.
- 155.** En conclusion, plusieurs éléments doivent être retenus de cette étude.  
Tout d'abord, les régimes fiscaux applicables aux différentes plus-values de cession n'ont cessés de se durcir ces dernières années.  
Ensuite, il existe de nombreux systèmes d'abattements et d'exonérations qui sont bien sûr intéressants mais qui sont limités et dont la pérennité n'est pas assurée.  
Il en résulte que l'apport-cession-délocalisation est une solution qui peut s'avérer très avantageuse.
- 156.** Pour bien cerner l'ensemble des avantages liés à l'apport-cession-délocalisation, nous allons tout d'abord exposer les conséquences liées à l'apport-cession mis en place dans un cadre purement interne. Cette étude nous permettra d'établir les limites de l'opération réalisée selon cette modalité, et, ce faisant, les raisons qui poussent les contribuables à envisager la délocalisation du domicile fiscal.

## Chapitre 2 : L'opération d'apport-cession

- 157.** Pour rappel, la situation qui préside à l'étude développée ici est la suivante : une personne physique, propriétaire de titres, souhaite les céder et dégager la plus-value qui y est afférente sans toutefois acquitter l'impôt correspondant.
- 158.** L'hypothèse de départ peut être schématisée ainsi :



- 159.** Pour parvenir à ce résultat, le contribuable pourra réaliser les opérations constitutives de l'apport-cession (Section 1). Dès lors, l'imposition de la plus-value afférente aux biens qu'il détenait initialement sera décalée dans le temps, lui octroyant ainsi un avantage de trésorerie temporaire (Section 2).

## Section 1 : Le mécanisme de l'apport-cession

160. En matière de plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux, nous avons constaté que l'année 2012 avait été riche de réformes. L'encadrement législatif de l'apport-cession en est une autre manifestation<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> Articles relatifs à cette réforme :

Laurent BENOUDIZ : « *Les stratégies patrimoniales à l'aune des dernières lois de finances* », Les nouvelles fiscales 2013, n°1106.

Sophie CAZAILLET : « *La fiscalité du patrimoine dans la ligne de mire des lois de finances pour 2013 et rectificative pour 2012* », Hebdo édition fiscale, 513, 24 janvier 2013, n° LXB : N5435BTH.

Marceau CLERMON, Jean-François DESBUQUOIS, Pascal JULIEN SAINT-AMAND, Philippe NEAU-LEDUC : « *L'encadrement de certains schémas d'optimisation fiscale* », Droit et Patrimoine 2013, n°225.

Arlette DARMON : « *Schémas d'optimisation patrimoniale : la nouvelle donne* », Solution Notaires, Le mensuel, n°2, Février 2013, page 10.

Arnaud DE BISSY et Sébastien JAMBORT : « *Commentaire de la loi de finances pour 2013 (L. n° 2012-1509 du 29 décembre 2012) et de la troisième loi de finances rectificative pour 2012 (L. n° 2012-1510 du 29 décembre 2012)* », Revue de Jurisprudence Commerciale, n°1, 1er janvier 2013, Pages 63 et suivantes.

Olivier DE SAINT CHAFFRAY et Thomas LAUMIERE : « *Restructurations patrimoniales : le Gouvernement renforce son arsenal anti-abus* », Options Finance, n°1201-1202, 17 décembre 2012, pages 28 à 30 et « *L'apport-cession en sursis ou en report d'imposition : comparaison des avantages/inconvénients respectifs* », Option Finance, n°1226, 17 juin 2013, pages 20 et 21.

Jean-François DESBUQUOIS, Laurent GUILMOIS et Renaud MORTIER : « *Fiscalité du patrimoine : chronique de l'année 2012* », Droit fiscal, n°9, 28 février octobre 2013, 168.

Lara DESPICHT et Marc VASLIN : « *L'apport-cession est mort, vive l'apport-cession* », Option Finance, n°1203, 7 janvier 2013, page 40.

Grégory DUMONT et Sylvie LEROND : « *Les nouveautés en matière de fiscalité patrimoniale* », Droit et Patrimoine 2013, n°222, pages 36 à 48.

Maxime FRECHE-THIBAUD et Xavier FROMENTIN : « *Apport-cession, sursis, report : état des lieux* », Droit et patrimoine, n°226, 1er juin 2013, pages 26 à 33.

Michel MARC : « *Encadrement législatif des opérations d'optimisation fiscale : la guerre est déclarée* », Revue fiscale Notariale, n°2, 1er février 2013, Pages 15 à 18.

Jean-Yves MERCIER : « *Nouveau traitement fiscal des apports de titres consentis au bénéfice d'une société contrôlée par l'apporteur* », Option Finance, n°1207, 4 février 2013, pages 24 et 25.

Gérard NOTTE : « *Projet de troisième loi de finances rectificative pour 2012* », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°47, 22 novembre 2012, act. 718.

Hervé ORHAN : « *L'insécurité fiscale partagée par l'entreprise et son dirigeant* », Droit fiscal, n°18, 2 mai 2013, 270.

Annabelle PANDO : « *La troisième loi de finance rectificative pour 2012 chasse les schémas d'optimisation fiscale* », Les Petites affiches, n°23, 31 janvier 2013, page 4 ou encore « *Plus-value de cessions de valeurs mobilières : les réformes* », Les Petites affiches, 4 avril 2013, n°68, Pages 3 et suivantes.

- 161.** A titre préliminaire, nous pouvons noter que bien que le dispositif de l'article 150-0 B ter du CGI s'applique à tous les apports à une société contrôlée par l'apporteur, il a été institué pour lutter contre l'usage abusif des opérations d'apport-cession. Le troisième projet de loi de finances rectificative pour 2012<sup>89</sup> indiquait d'ailleurs dans l'exposé des motifs de l'article 13 relatif à cet encadrement législatif que :

*« Le présent article a pour objet de mettre un terme au détournement du dispositif du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du code général des impôts (CGI) en cas d'apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés que l'apporteur contrôle ».*

- 162.** Jusqu'au 14 novembre 2012<sup>90</sup>, l'apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés entraînait l'application automatique d'un sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du CGI.

A compter de cette date, ce sursis d'imposition est, dans certaines hypothèses qui vont être explicitées ici, remplacé par un report d'imposition automatique.

---

Jean-Luc PIERRE : « *Dernières lois fiscales* », Droit des sociétés, n°3, Mars 2013, Etude 6.

Betty TOULEMONT et Hervé ZAPF : « *Commentaire des principales dispositions de la troisième loi de finances rectificative pour 2012* », Gazette du Palais, n°33, 2 février 2013, pages 29 et suivantes.

Actualités Francis Lefebvre : « *Le Gouvernement présente le troisième projet de loi de finances rectificative pour 2012* », Note sur le troisième projet de loi de finances rectificative pour 2012 AN n°403, 15 novembre 2012 et « *Projet de loi de finances rectificative pour 2012 : détail des mesures fiscales* », Note sur le troisième projet de loi de finances rectificative pour 2012 AN n°403, 23 novembre 2012.

Revue de Droit fiscal : « *Présentation synthétique de la 3e loi de finances rectificative pour 2012* », n°1, 3 janvier 2013, act. 2.

<sup>89</sup> Projet de loi de finances rectificative pour 2012 enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 14 novembre 2012 et présenté au nom de Jean-Marc AYRAULT, Premier Ministre, par Pierre MOSCOVICI, Ministre de l'économie et des finances, et Jérôme CAHUZAC, Ministre délégué auprès du Ministre de l'économie et des finances chargé du budget.

<sup>90</sup> Date de présentation en Conseil des Ministres du projet de troisième loi de finances rectificative pour 2012 à l'origine de la création de l'article 150-0 B ter du CGI et date d'entrée en vigueur du nouveau dispositif d'apport-cession qui en est issu.

- 163.** Pour autant, le sursis d'imposition ne disparaît pas, il voit simplement son champ d'application limité. Cela résulte de l'alinéa 1 de la nouvelle rédaction de l'article 150-0 B du CGI relatif au sursis d'imposition. Selon cet article :

*« Sous réserve des dispositions de l'article 150-0 B ter, 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'une opération d'offre publique, de fusion, de scission, d'absorption d'un fonds commun de placement par une société d'investissement à capital variable, de conversion, de division, ou de regroupement, réalisée conformément à la réglementation en vigueur ou d'un apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés ».*

Aussi, l'article 150-0 B du CGI ne s'applique que « sous réserve » de l'article 150-0 B ter du même code. Autrement dit, il n'en sera fait application que dans les hypothèses où les conditions posées par l'article 150-0 B ter du CGI ne sont pas réunies.

- 164.** Il convient donc de se tourner vers l'article 150-0 B ter du CGI relatif au nouveau report d'imposition afin de déterminer l'élément permettant de caractériser le domaine de ces deux articles. C'est le point III de l'article qui donne la clé de cette distinction :

*« III. - Le report d'imposition est subordonné aux conditions suivantes :*

*1° L'apport de titres est réalisé en France ou dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un Etat 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 [...] ».*

- 165.** Nous verrons plus loin que les conditions d'application de l'apport-cession sous le tout nouveau régime du report d'imposition codifié à l'article 150-0 B ter du CGI font écho aux avis du Comité consultatif pour la répression des abus de droit –

ci-après CCRAD – puis du Comité de l’abus de droit fiscal – ci-après CAD – et à la jurisprudence développée en matière d’apports-cessions réalisés sous le régime de l’ancien report d’imposition antérieur au 1<sup>er</sup> janvier 2000<sup>91</sup> et étendue aux apports-cessions réalisés sur la base du sursis d’imposition.

Ce point sera détaillé dans la seconde partie de cette thèse mais nous pouvons d’ores et déjà évoquer ces conditions afin de déterminer le champ d’application de l’article 150-0 B ter du CGI.

**166.** Les conditions tenant à la soumission de la société bénéficiaire de l’apport à l’impôt sur les sociétés ou au lieu de son siège sont posées par les articles 150-0 B et 150-0 B ter du CGI<sup>92</sup>. Elles ne nous sont donc d’aucune utilité pour délimiter les domaines respectifs du sursis et du report d’imposition.

**167.** En revanche, la condition tenant au contrôle de la société bénéficiaire de l’apport doit retenir notre attention. En effet, c’est cette condition de contrôle de la société bénéficiaire de l’apport<sup>93</sup> – appréciée au jour de l’apport et en tenant compte des droits détenus par le contribuable dans la société bénéficiaire de l’apport postérieurement à ce dernier – qui déterminera la nature du différé d’imposition applicable à l’occasion d’une opération d’apport de titres en société.

L’article définit cinq situations caractérisant ce contrôle.

Tout d’abord, l’apporteur est réputé contrôler la société lorsqu’il détient, directement ou indirectement, seul ou par l’intermédiaire de son conjoint, de leurs ascendants, de leurs descendants ou de leurs frères et sœurs, la majorité des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de la société.

Cette condition de contrôle est également remplie lorsque l’apporteur bénéficie d’un accord conclu avec d’autres associés ou actionnaires aux termes duquel il

---

<sup>91</sup> Date à partir de laquelle l’ancien report d’imposition a été remplacé par le sursis d’imposition codifié à l’article 150-0 B ter du CGI.

<sup>92</sup> Une seule différence peut être remarquée : là où l’article 150-0 B ter du CGI traite de l’« Union » européenne, l’article 150-0 B du CGI fait référence à la « Communauté » européenne. Toutefois, il ne faut rien voir d’autre ici qu’un changement purement sémantique résultant de l’adoption du traité de Lisbonne le 13 décembre 2007, soit postérieurement à l’instauration du dispositif de sursis d’imposition codifié à l’article 150-0 B institué par l’article 94 de la loi de finances pour 2000 n°99-1172 du 30 décembre 1999.

<sup>93</sup> Cette condition sera étudiée aux paragraphes 653 et suivants.

dispose seul de la majorité des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de cette société.

Il en va de même lorsque l'apporteur exerce, en fait, le pouvoir de décision.

En outre, l'article pose une présomption de contrôle pesant sur l'apporteur dès lors qu'il dispose, directement ou non, 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.

Enfin, le contrôle est caractérisé dès lors que le contribuable, agissant de concert avec une ou plusieurs autres personnes, détermine dans les faits les décisions prises en assemblée générale. Il s'agit alors d'un contrôle conjoint.

- 168.** En conséquence, l'apport-cession continuera à être soumis au régime du sursis d'imposition dans deux hypothèses : en cas d'apport à une société non contrôlée par l'apporteur et pour les apports-cessions réalisés entre le 1<sup>er</sup> janvier 2000 et le 14 novembre 2012 pour lesquels aucun évènement n'est encore venu mettre un terme au différé d'imposition.
- 169.** Dans la mesure où ces deux régimes impliquent des modalités de réalisation différentes, il convient de distinguer l'apport-cession réalisé sous le régime du sursis d'imposition de celui bénéficiant du nouveau report d'imposition.
- 170.** L'apport-cession repose sur la réalisation de deux opérations : l'apport en société (Paragraphe 1) et la cession des titres apportés par la société bénéficiaire de l'apport (Paragraphe 2).

#### *Paragraphe 1 : Etape 1 : l'apport en société*

- 171.** Avant d'analyser les conditions de réalisation de l'apport en société (B), il convient de s'interroger sur la compatibilité du nouveau report d'imposition avec la Directive fusion (A).

### *A. La Directive fusion et l'article 150-0 B ter du CGI*

**172.** Si le droit de l'Union européenne n'a pas vocation à régler les régimes d'impôts directs des Etats membres, certaines de ses dispositions sont de nature à influencer les droits fiscaux internes. C'est le cas notamment de la directive dite « Directive fusion ».

Certes, l'opération que nous étudions ici – l'apport-cession – n'est pas une fusion. En revanche, comme cette dernière, elle implique un échange de titres. Aussi, le différé d'imposition affectant l'apport doit être conforme aux prescriptions mise en place par cette directive.

**173.** La première Directive fusion date du 23 juillet 1990<sup>94</sup>. Toutefois, suite à des modifications substantielles, celle-ci a été re-codifiée le 19 octobre 2009<sup>95</sup> pour plus de clarté.

**174.** Dans son exposé des motifs, cette directive indique l'objectif qui a présidé à son adoption. Selon ce dernier, les opérations d'échange d'actions, notamment, peuvent être nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur ce dont il résulte que ces opérations doivent se réaliser dans un cadre fiscal neutre, la fiscalité nationale ne devant pas les entraver. C'est dans cet objectif que l'article 8-1 de la directive indique que l'apport de titres en société ne doit entraîner, en tant que tel, aucune imposition :

*« L'attribution, à l'occasion [...] 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 ».*

**175.** La seule condition imposée par la directive aux contribuables est indiquée au paragraphe 4 de ce même article : l'associé ne doit pas attribuer aux titres reçus en

---

<sup>94</sup> Directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990.

<sup>95</sup> Directive 2009/133/CE du 19 octobre 2009.

échange de l'apport une valeur fiscale plus importante que celle que les titres apportés avaient immédiatement avant l'apport.

- 176.** Si l'opération d'apport doit ainsi rester neutre, cela n'implique pas pour autant qu'aucune imposition ne puisse être demandée au contribuable. Le paragraphe 6 indique en effet que rien n'empêche les Etats membres d'imposer le profit résultant de la cession ultérieure. Plus encore, la directive fait expressément référence à l'autorisation de mettre en place un report d'imposition dans son exposé des motifs :

*« Le régime du report, jusqu'à leur réalisation effective, de l'imposition des plus-values afférentes aux biens apportés, appliqué à ceux de ces biens qui sont affectés à cet établissement stable, permet d'éviter l'imposition des plus-values correspondantes, tout en assurant leur imposition ultérieure par l'Etat membre de la société apporteuse, au moment de leur réalisation ».*

- 177.** La combinaison de ces dispositions implique que si l'apport doit bénéficier d'une neutralité fiscale, cela n'interdit pas pour autant la mise en place d'un report d'imposition permettant à l'Etat de résidence du contribuable apporteur au jour de l'apport d'imposer la plus-value réalisée sur son territoire lors de la cession effective des titres reçus à l'occasion de l'opération d'échange.
- 178.** Ces dispositions pourraient soulever une difficulté tenant à la compatibilité du nouveau dispositif de report d'imposition de l'article 150-0 B ter du CGI avec cette directive.

**179.** En effet, dans un arrêt inédit du 12 avril 2012, la Cour administrative d'appel de Paris<sup>96</sup> a jugé non conforme à cette directive l'ancien report d'imposition alors codifié à l'article 92 B du CGI dans les termes suivants :

*« [...] les dispositions de l'article 92 B du même Code, qui, si elles permettent, sur la demande du contribuable, de placer les plus-values réalisées à l'occasion d'un échange en report d'imposition, ont cependant 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 report, de l'imposer au titre de l'année de réalisation de l'échange, sont contraires aux objectifs de la directive du 23 juillet 1990 ; que dès lors, ainsi que le soutient M. L., l'administration fiscale ne pouvait continuer d'en faire application après le 31 décembre 1991, date limite de transposition fixée par l'article 12 de la directive ; qu'il en résulte que les plus-values constatées par M. L. le 7 décembre 1999 dans le cadre de l'opération d'apport [...], ne pouvaient entraîner par elles-mêmes aucune imposition ; que l'administration était seulement fondée à liquider et imposer les plus-values éventuelles réalisées par M. L. à l'occasion de la cession ultérieure, au mois de décembre 2002, d'une partie des titres de la société Gemplus International qu'il détenait [...] ».*

**180.** Aussi, deux éléments ont conduit la Cour administrative d'appel de Paris à statuer en ce sens : la liquidation de la plus-value au jour de l'apport et l'imposition de la plus-value dans l'hypothèse où le contribuable ne ferait pas valoir son option.

**181.** Le Ministre s'étant pourvu en cassation contre cet arrêt, la décision du Conseil d'Etat devra être étudiée attentivement.

Cette intervention du Conseil d'Etat est d'autant plus importante que la troisième loi de finances rectificative pour 2012 a remplacé le sursis d'imposition, qui était

---

<sup>96</sup> Cour administrative d'appel de Paris, 12 avril 2012, 9<sup>e</sup> ch, n°11PA03416, RJF 11/12, n°1095.

véritablement une opération intercalaire qui n'aurait pas encouru une telle critique, par un nouveau report d'imposition.

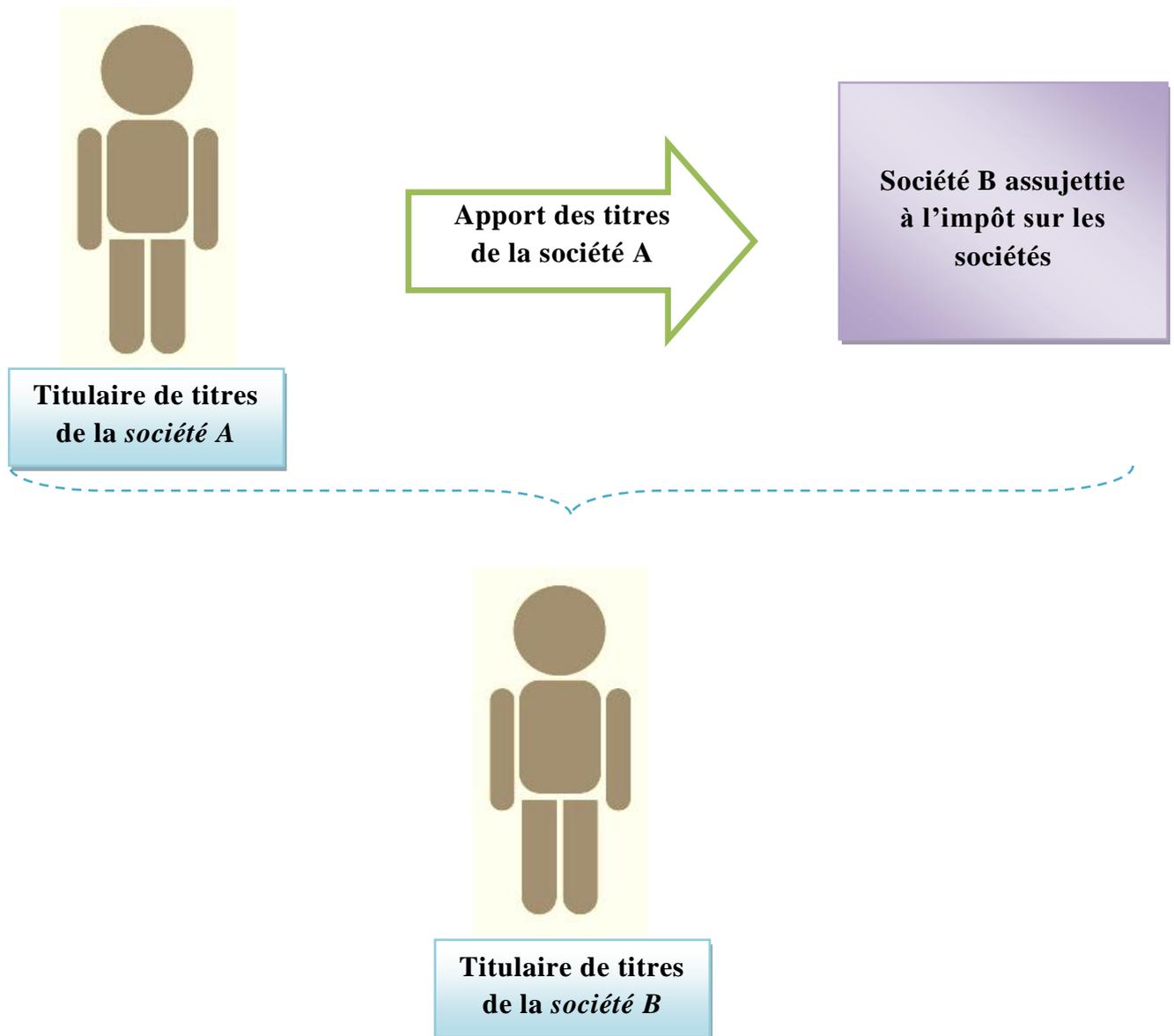
Aussi, l'intervention du Conseil d'Etat sur cette question, bien qu'elle concerne un report d'imposition désormais abrogé, risque d'influer sur le report d'imposition prévu en matière d'apport de titres à une société contrôlée par l'apporteur conformément au nouvel article 150-0 B ter du CGI.

- 182.** Il résulte de cet arrêt que l'échange de titres doit être parfaitement neutre. Il a été considéré que le fait que le contribuable doive être à l'origine d'une démarche destinée à obtenir un report d'imposition était contraire à cette neutralité. En effet, à défaut d'une telle demande le report n'était pas applicable, le contribuable était donc redevable de l'impôt. Or, la directive prévoit la neutralité fiscale au jour de l'apport sans condition. Une telle situation peut donc être analysée comme contraire à cette dernière. Mais, contrairement au report critiqué dans cet arrêt et au projet initialement rédigé par le Gouvernement, le nouveau dispositif est automatique. Il ne peut donc lui être reproché d'entraîner l'imposition de la plus-value au jour de l'apport à défaut d'option du contribuable.

En revanche, la plus-value en report sur le fondement de l'article 150-0 B ter du CGI reste constatée, calculée et déclarée au jour de l'apport et comme nous l'indiquons au paragraphe 226 ci dessous, la question de la prise en compte des moins-values éventuelles au jour de la cession doit être précisée par l'Administration fiscale.

- 183.** La compatibilité du nouveau report d'imposition codifié à l'article 150-0 B ter du CGI avec la Directive fusion est d'autant plus importante que le report d'imposition institué par l'article 150-0 B ter du CGI ne s'appliquera pas exclusivement aux opérations d'apport-cession qu'il vise à encadrer, mais il s'appliquera dès lors qu'un apport à une société contrôlée par l'apporteur est réalisé.
- 184.** Toujours est-il que ce report accordé à l'occasion de l'apport en société est actuellement en vigueur et qu'il pourra servir de base à la réalisation de l'apport-cession.

### ***B. La réalisation de l'apport***



**185.** La première étape est identique que l'opération relève de l'article 150-0 B ou de l'article 150-0 B ter du CGI : il s'agit pour le contribuable d'apporter ses titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés :

- Article 150-0 B du CGI : « *Sous réserve des dispositions de l'article 150-0 B ter, 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'une opération d'offre publique, de fusion, de scission, d'absorption d'un fonds*

*commun de placement par une société d'investissement à capital variable, de conversion, de division, ou de regroupement, réalisée conformément à la réglementation en vigueur ou d'un apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés».*

- Article 150-0 B ter du CGI : « *L'imposition de la plus-value réalisée, directement ou par personne interposée, dans le cadre d'un apport [...] à une société soumise à l'impôt sur les sociétés ou à un impôt équivalent est reportée si les conditions prévues au III du présent article sont remplies* ».

**186.** La conséquence de cet apport, clé de l'opération d'apport-cession, est le différé d'imposition accordé par le législateur tant concernant l'impôt sur le revenu que les prélèvements sociaux.

**187.** Mais, comme cela a été indiqué précédemment, ce différé d'imposition prendra une forme différente selon les conditions de contrôle de la société bénéficiaire de l'apport :

- Si l'apporteur contrôle la société comme défini précédemment, il se verra appliquer le nouveau report d'imposition de l'article 150-0 B ter du CGI,
- A défaut, il bénéficiera du sursis d'imposition de l'article 150-0 B du CGI en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000.

**188.** Dans le cadre de l'application de l'article 150-0 B alinéa 1 du CGI, c'est un sursis d'imposition qui sera accordé au contribuable apporteur :

*« 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'une opération d'offre publique, de fusion, de scission, d'absorption d'un fonds commun de placement par une société d'investissement à capital variable, de conversion, de division, ou de regroupement, réalisée conformément à la réglementation en vigueur ou d'un apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés ».*

**189.** En revanche, c'est un report d'imposition automatique qui s'appliquera en cas d'apport à une société contrôlée par l'apporteur conformément au nouvel article 150-0 B ter, I alinéa 1 du CGI :

*« 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 est reportée si les conditions prévues au III du présent article sont remplies. Le contribuable mentionne le montant de la plus-value dans la déclaration prévue à l'article 170 ».*

**190.** Rappelons que la différence fondamentale entre le sursis d'imposition et le report d'imposition tient au fait que le premier s'inscrit dans le cadre d'une opération purement intercalaire, l'apport étant alors fiscalement neutre, alors que le second constate l'existence d'une plus-value mais diffère son imposition. Concrètement, sous le régime du sursis d'imposition, aucune plus-value ne doit être constatée ni déclarée au jour de l'apport. A l'inverse, en matière de report d'imposition, une plus-value est constatée lors de l'apport en société et impose des obligations déclaratives à la charge du contribuable.

**191.** Précisons ici que ce sursis d'imposition et le nouveau report d'imposition ne sont tous deux applicables que sous réserve que le contribuable apporteur ne perçoive pas de soulte supérieure à 10 % de la valeur nominale des titres reçus en échange de l'apport comme le révèle, par une interprétation *a contrario*, les articles 150-0 B alinéa 3 et 150-0 B ter, I alinéa 2 du CGI :

- 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 »*.

- 192.** Sous le régime du sursis d'imposition, l'opération d'apport ouvre droit au différé d'imposition également en ce qui concerne le montant de la soulte reçue<sup>97</sup>.

Cette disposition est d'importance : non seulement le contribuable apporteur peut recevoir une soulte en contrepartie de son apport, bien que limitée, sans remettre en cause le mécanisme du sursis d'imposition mais, de surcroît, cette dernière n'est, grâce au dispositif du sursis, imposée qu'ultérieurement.

- 193.** Concernant le nouveau report d'imposition, ni le texte de l'article 150-0 B ter du CGI, ni l'exposé des motifs<sup>98</sup>, ni le rapport de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire<sup>99</sup> sur le projet de loi de finances rectificative pour 2012, ne tranchent cette question.

Toutefois, plusieurs éléments pourraient, selon nous, plaider en faveur d'une absence d'extension du report d'imposition à la soulte reçue impliquant ainsi une imposition de la quote-part de soulte représentative de la plus-value.

Tout d'abord, le versement d'une soulte implique la perception effective de fonds. Or, c'est l'absence de flux financiers qui a présidé à la mise en place du différé d'imposition. Si des fonds sont perçus, il semble donc cohérent qu'ils puissent être imposés. Cet argument pourrait d'ailleurs être opposé à l'extension du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du CGI à la soulte versée à l'occasion de l'apport.

De plus, il existe un précédent : dans le cadre du report d'imposition antérieur au 1<sup>er</sup> janvier 2000, la soulte ne bénéficiait pas du différé d'imposition et sa quote-part de plus-value était taxée dès l'apport en société des titres par le contribuable, c'est-à-dire dès sa perception.

Une prise de position de l'Administration fiscale permettrait de lever le doute sur cette question.

---

<sup>97</sup> Henri HOVASSE : « Une pépite fiscale : la soulte de l'article 150-0 B », Droit des sociétés, n°7, Juillet 2008, alerte 31.

<sup>98</sup> Projet de loi de finances rectificative pour 2012 enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 14 novembre 2012 et présenté au nom de Jean-Marc AYRAULT, Premier Ministre, par Pierre MOSCOVICI, Ministre de l'économie et des finances, et Jérôme CAHUZAC, Ministre délégué auprès du Ministre de l'économie et des finances chargé du budget.

<sup>99</sup> Rapport n°465 fait au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi de finances rectificative pour 2012 et présenté par Christian ECKERT, 28 novembre 2012.

**194.** Notons que l'apport pourra générer l'exigibilité de droits d'enregistrement mais que ces derniers ne constituent pas un frein à la réalisation de l'opération.

En effet, si l'apport est réalisé à titre pur et simple, c'est-à-dire en l'absence de perception d'une soulte, il sera exonéré s'il est réalisé lors de la constitution de la société ou soumis à un droit fixe de 375 euros si le capital de la société est inférieur à 225 000 euros après l'apport, et de 500 euros au-delà si l'apport est réalisé en cours de vie sociale, c'est-à-dire si l'apport-cession est réalisé en faveur d'une société préexistante.

En revanche, si une soulte est versée, l'apport devient mixte c'est-à-dire pur et simple à hauteur de la part rémunérée par des titres de la société bénéficiaire de l'apport et à titre onéreux pour la part rémunérée par la soulte. Pour cette dernière le droit de mutation à titre onéreux est applicable à savoir 0,1 %<sup>100</sup> pour les actions et 3 % pour les parts sociales<sup>101</sup>.

Les droits d'enregistrement éventuellement exigibles sont donc sans comparaison avec l'impôt de plus-value de sorte qu'ils ne sont pas nature décourager la réalisation de l'opération étudiée ici.

**195.** Vient ensuite l'étape qui permet à la société bénéficiaire de l'apport de dégager les fonds afin de réaliser des investissements : la cession des titres apportés par la société bénéficiaire de l'apport.

***Paragraphe 2 : Etape 2 : la cession des titres apportés par la société bénéficiaire de l'apport***



<sup>100</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> août 2012.

<sup>101</sup> Article 726 du CGI. Concernant les parts sociales, le paragraphe 1<sup>o</sup> bis du I de cet article prévoit l'application d'un abattement égal au rapport entre que la somme de 23 000 euros et le nombre total de parts sociales de la société sur la valeur de chaque part sociale.

- 196.** Si au stade de l'étape 1, la distinction entre le sursis (A) et le report d'imposition (B) semblait purement sémantique – l'apport se réalisant selon les mêmes modalités et conditions à l'exception, selon nous, du traitement fiscal de la soulte – il n'en va pas de même lors de la cession des titres apportés par la société bénéficiaire de l'apport.

***A. La cession des titres apportés par la société bénéficiaire de l'apport dans le cadre de l'article 150-0 B du CGI***

- 197.** En principe, la cession par la société soumise à l'impôt sur les sociétés des titres apportés devrait donner lieu à la constatation d'une plus-value et à sa taxation au taux de droit commun en matière d'impôt sur les sociétés à savoir 33,1/3 %<sup>102</sup>.
- 198.** Toutefois, cette opération pourra se faire en franchise d'impôt de deux manières.

Tout d'abord, lorsque le contribuable a apporté ses titres à la société soumise à l'impôt sur les sociétés, cette dernière les a inscrits à l'actif de son bilan pour leur valeur au jour de l'apport et non pour leur valeur initiale. Il en résulte qu'au jour de la cession, sous réserve que cette dernière se fasse assez rapidement et que les titres ne prennent pas beaucoup de valeur entre le jour de leur apport et celui de leur cession, l'opération se fera soit en franchise d'impôt, soit avec une imposition négligeable au regard de celle qui aurait normalement dû être acquittée par le contribuable en dehors de toute opération d'apport-cession.

Dans le cas des titres de participations et dans ce cas uniquement, il existe une alternative.

Précisons tout d'abord ce qui caractérise ces titres de participation. Ce sont des titres dont la possession durable est estimée utile à l'activité de l'entreprise notamment parce qu'elle permet d'exercer une influence sur la société émettrice ou d'en assurer le contrôle.

---

<sup>102</sup> Article 219, I alinéa 2 du CGI : « *Le taux normal de l'impôt est fixé à 33,1/3 %* ».

Pour ces titres, dont la particularité est de révéler l'engagement de leur détenteur dans la société, l'article 219 I-a quinquies du CGI prévoit un régime de faveur dès lors qu'ils sont détenus depuis au moins deux ans au moment de leur cession.

En effet, au lieu d'être imposée au taux de 33,1/3 % dans sa totalité, la plus-value dégagée par leur cession sera exonérée sous réserve de l'imposition d'une quote-part de frais et charges.

Ce régime a lui aussi été réformé par la loi de finances pour 2013.

Avant cette réforme, la quote-part de frais et charges imposée correspondait à 10 % du résultat net des plus-values de cession pour les exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2011 et clos à compter du 21 septembre 2011<sup>103</sup>. Aussi, si les plus-values à long terme correspondaient à 1 500 000 euros et les moins-values à long terme à 500 000 euros, le résultat net était de 1 000 000 euros. L'application de la quote-part de frais et charges de 10 % à ce résultat représentait 100 000 euros auxquels il fallait appliquer le taux de 33,1/3 % soit une imposition de 33 333 euros contre 333 333 euros sans ce dispositif.

L'article 22 de la loi de finances pour 2013 modifie ce dispositif pour les exercices clos à compter du 31 décembre 2012 à deux égards : la quote-part de frais et charges est portée de 10 % à 12 % et s'applique désormais au montant brut des plus-values de cession c'est-à-dire sans prise en compte des moins-values. Aussi, si les plus-values à long terme correspondent à 1 500 000 euros et les moins-values à long terme à 500 000 euros, l'assiette de la quote-part est désormais de 1 500 000 euros. L'application de la quote-part de frais et charges de 12 % à ce résultat représente 180 000 euros auxquels il faut appliquer le taux de 33,1/3 % soit une imposition de 59 994 euros contre 33 333 euros sous le régime antérieur à la loi de finances pour 2013.

---

<sup>103</sup> Article 4, Loi 2011-1117 du 19 août 2011. Notons que cette quote-part était initialement fixé à 5 %.

199. Le nouveau régime codifié à l'article 150-0 B ter du CGI appelle davantage de commentaires.

***B. La cession des titres apportés par la société bénéficiaire de l'apport dans le cadre de l'article 150-0 B ter du CGI***

200. Contrairement à l'article 150-0 B du CGI qui n'encadre pas la réalisation de la cession des titres apportés par la société bénéficiaire de l'apport – cette tâche étant revenue au CCRAD puis au CAD et à la jurisprudence comme nous le verrons dans le Titre 1 de la Seconde Partie de cette thèse – l'article 150-0 B ter du CGI pose des conditions de maintien du report d'imposition en fonction du délai écoulé entre l'apport des titres par le contribuable et leur cession par la société bénéficiaire de l'apport.
201. En effet, il résulte de l'article 150-0 B ter, I alinéa 3, 2° du CGI qu'il est mis fin au report d'imposition lors :
- « De la cession à titre onéreux, du rachat, du remboursement ou de l'annulation des titres apportés, si cet événement intervient dans un délai, décompté de date à date, de trois ans à compter de l'apport des titres. Toutefois, il n'est pas mis fin au report d'imposition lorsque la société bénéficiaire de l'apport cède les titres dans un délai de trois ans à compter de la date de l'apport et prend l'engagement d'investir le produit de leur cession, dans un délai de deux ans à compter de la date de la cession et à hauteur d'au moins 50 % du montant de ce produit dans [une activité éligible] ».*
202. Il convient donc de distinguer les cessions intervenant dans les trois ans de l'apport, de celles survenant postérieurement à ce délai.
203. Si la cession des titres apportés par la société bénéficiaire de l'apport intervient dans les trois ans de l'apport, la cession constitue, en principe, l'un des éléments mettant fin au report d'imposition.

**204.** Toutefois, dans ce cas, deux possibilités s'offrent à la société bénéficiaire de l'apport :

- Soit elle n'envisage pas de réinvestir et ne prend donc pas l'engagement de le faire. Dans ce cas, le report d'imposition tombe et l'impôt de plus-value est dû ;
- Soit elle envisage de se redéployer et prend l'engagement de réinvestir 50 % du produit de cession – et non de la plus-value nette de prélèvement sociaux comme c'est le cas dans le report sous condition de emploi codifié à l'article 150-0 D bis du CGI – dans une activité éligible<sup>104</sup>.

Dans cette seconde hypothèse, la société dispose d'un délai de deux ans à compter de la cession pour réaliser cet investissement.

Si elle ne respecte pas son engagement, le report d'imposition tombera à l'échéance de ce délai.

**205.** L'alinéa 4 du I de l'article 150-0 B ter du CGI nous indique les conséquences de la fin du report d'imposition :

*« 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, en cas de manquement à la condition de réinvestissement mentionnée au 2° du présent I ».*

**206.** Aussi, à défaut de respect de la condition de réinvestissement, le report d'imposition tombe entraînant l'imposition de la plus-value d'apport, c'est-à-dire la plus-value constatée entre l'acquisition des titres par le contribuable apporteur et leur apport à la société soumise à l'impôt sur les sociétés, ainsi que le paiement de l'intérêt de retard prévu par l'article 1727 du CGI, à savoir 0,4 % par mois de retard, soit 4,80 % par année de retard, décompté depuis l'apport et non depuis la cession.

---

<sup>104</sup> La teneur de cette notion d' « *activité éligible* » sera détaillée plus loin.

- 207.** Il convient donc d'étudier aussi précisément que possible l'opportunité de la mise en œuvre de cette opération au cas par cas. « *Aussi précisément que possible* » car il paraît difficile pour une société de déterminer sans le moindre doute l'ensemble des opérations qu'elle pourra réaliser, ou non, dans les deux années suivant la cession.
- 208.** En revanche, si la cession des titres apportés par la société bénéficiaire de l'apport est réalisée plus de trois ans après l'apport, elle ne constituera pas l'un des événements de nature à mettre fin au report d'imposition. Ce dernier continuera donc de s'appliquer.

Cette condition pourrait apparaître comme une avancée très intéressante pour le contribuable qui voit son opération définitivement sécurisée au terme d'un délai de trois ans alors qu'aucune disposition similaire n'existait en matière de sursis d'imposition, mais c'est oublier les règles du contrôle fiscal qui s'imposent à l'Administration fiscale.

En effet, selon l'article L. 169 du Livre des procédures fiscales, l'Administration fiscale dispose d'un délai de trois ans pour contrôler une opération, il s'agit du délai de reprise :

*« Pour l'impôt sur le revenu [...], le droit de reprise de l'administration des impôts s'exerce jusqu'à la fin de la troisième année qui suit celle au titre de laquelle l'imposition est due ».*

Au-delà de cette prescription fiscale, les opérations mises en place par les contribuables sont sauvées.

Or, comme cela sera indiqué dans le cadre de l'étude de l'abus de droit, l'Administration fiscale doit se placer au jour de l'apport en société pour contrôler l'opération d'apport-cession.

Aussi, l'écoulement de ce délai de trois ans avait déjà, indirectement, une vertu absolutoire pour le contribuable.

Cette nouvelle disposition du Code général des impôts ne crée donc pas une situation nouvelle pour le contribuable au regard de l'écoulement du délai de trois ans.

En revanche, elle souligne l'existence d'une période à risque dans les trois années suivant l'apport et donne les clés au contribuable pour éviter la sanction fiscale.

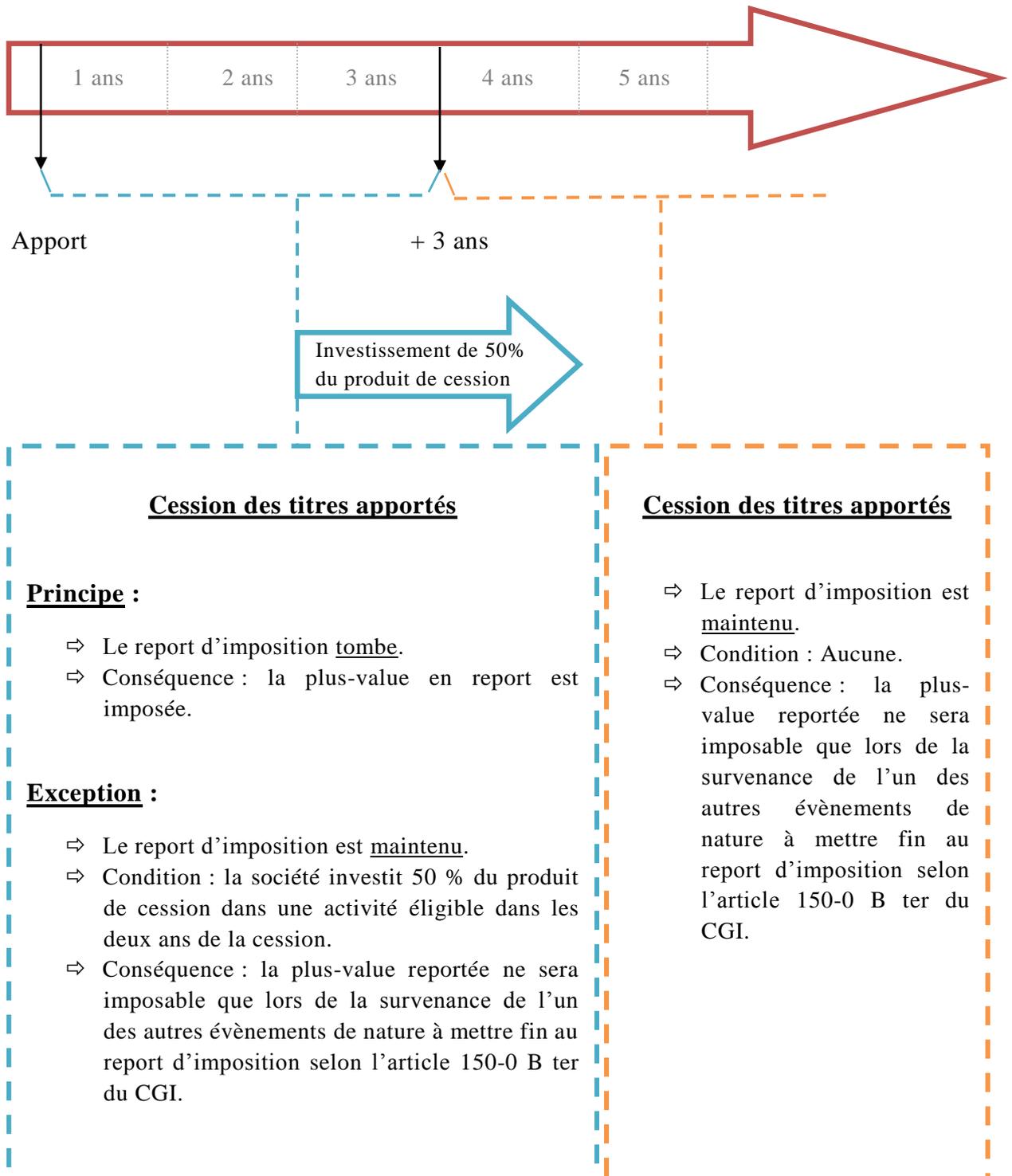
**209.** Enfin, concernant la plus-value constatée à l'occasion de la cession des titres apportés et relative à leur valorisation entre le jour de l'apport et le jour de la cession, le même traitement fiscal que celui détaillé en matière de sursis d'imposition pourra s'appliquer à savoir :

- Une absence d'imposition si aucune plus-value n'est constatée du fait du court délai entre l'apport et la cession des titres apportés et de l'absence de valorisation des titres pendant ce laps de temps,
- Un principe d'imposition au taux de 33,1/3 % de l'impôt sur les sociétés des plus-values qui auraient pu être constatées entre l'apport et la cession,
- Une imposition exceptionnelle de cette plus-value selon le régime des plus-values sur titres de participation<sup>105</sup> quand les conditions de ce dernier sont remplies.

---

<sup>105</sup> Cf. Article 219, I-a quinquies du CGI exposé aux paragraphes 198 et suivants de cette thèse.

210. En conclusion, le traitement fiscal de la plus-value d'apport en report d'imposition peut être résumé comme suit :



## Section 2 : La transmission des titres reçus en échange de l'apport par l'apporteur

**211.** A l'issue de l'opération, le contribuable apporteur ne détient plus les titres apportés. Il détient désormais des titres de la société en faveur de laquelle l'apport a été réalisé. Dès lors, deux alternatives s'offrent à lui : soit il souhaite récupérer la valorisation des titres – c'est le second objectif du cas d'espèce qui motive cette thèse<sup>106</sup> – et dans ce cas il cède ces titres (Paragraphe 1), soit il ne souhaite pas récupérer la valorisation des titres pour son compte et il réalise une transmission à titre gratuit (Paragraphe 2).

### *Paragraphe 1 : La transmission à titre onéreux*



**212.** Les dispositifs de sursis d'imposition mis en place par l'article 150-0 B du CGI et de report d'imposition prévu par l'article 150-0 B ter du CGI ne visent pas à exonérer définitivement la plus-value d'apport. Ils offrent simplement au contribuable un avantage de trésorerie temporaire qui consiste à décaler dans le temps l'imposition de la plus-value.

<sup>106</sup> Cf. Introduction, paragraphe 2 de cette thèse.

- 213.** En effet, l'imposition assise sur la plus-value interviendra à l'occasion d'évènements ultérieurs et tout particulièrement – évènement qui nous intéresse dans le cadre de l'apport-cession – de la cession des titres reçus en échange de l'apport<sup>107</sup> :
- Pour le sursis d'imposition : instruction du 13 juin 2001, 5 C-1-01 fiche 2 n° 40 : « En cas de vente ultérieure de titres reçus à l'occasion d'une opération d'échange mentionnée à l'article 150-0 B, le 9 de l'article 150-0 D prévoit que le gain net imposable sur le fondement de l'article 150-0 A est calculé [...] ».
  - Pour le report d'imposition, article 150-0 B ter I, alinéa 3 du CGI : « *Il est mis fin au report d'imposition à l'occasion :*  
*1° De la cession à titre onéreux, du rachat, du remboursement ou de l'annulation des titres reçus en rémunération de l'apport* ».
- 214.** Si, dans les deux cas, la cession des titres reçus en rémunération de l'apport déclenche la fin du différé d'imposition, la ressemblance entre le sursis (A) et le nouveau report d'imposition (B) s'arrête ici. En effet, leurs modalités d'imposition doivent être distinguées.

***A. Les apports-cessions bénéficiant d'un sursis d'imposition :  
article 150-0 B du CGI***

- 215.** Pour les apports-cessions bénéficiant d'un sursis d'imposition, l'opération d'apport est considérée comme purement intercalaire.
- Il en résulte qu'aucune plus-value n'est constatée au jour de l'apport. En contrepartie, au jour de la cession la plus-value est calculée à partir non pas du prix d'inscription des titres à l'actif du bilan de la société bénéficiaire de l'apport mais à partir de la valeur d'acquisition ou de souscription des titres apportés.

---

<sup>107</sup> Sous réserve que certains autres évènements, et notamment le départ à l'étranger du contribuable et la donation réalisée dans certaines conditions concernant le nouveau dispositif de report d'imposition issu de l'article 150-0 B ter du CGI, ne soient pas intervenus avant la cession.

En effet, selon l'instruction du 13 juin 2001, 5 C-1-01 fiche 2 n° 38 :

« [...] lors de la cession à titre onéreux ultérieure des titres reçus en échange, le gain net est calculé à partir du prix ou de la valeur d'acquisition des titres remis à l'échange, le cas échéant, diminué de la soulte reçue ou majoré de la soulte versée ».

**216.** Finalement, il n'y a donc qu'une seule plus-value qui sera imposée selon les règles en vigueur au jour de la cession.

Aussi, si un abattement pour durée de détention est applicable, il sera décompté à partir du jour de l'acquisition des titres apportés.

L'imputation des moins-values éventuellement constatées l'année de la cession ou lors des dix années précédentes mais non encore imputées pourra être faite à cette occasion.

Autrement dit, il s'agit d'une plus-value imposée selon les règles de droit commun des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux.

Une particularité doit toutefois être soulignée : c'est aussi au moment de la cession et du calcul de la plus-value imposable que le montant de la soulte éventuellement reçue est pris en compte pour la détermination du prix d'acquisition des titres remis au moment de l'échange et imposé.

**217.** Le traitement de la plus-value à l'issue du sursis ne pose donc pas de difficulté particulière. Il en va autrement lorsque la plus-value avait bénéficié d'un report d'imposition.

***B. Les apports-cessions bénéficiant d'un report d'imposition :  
article 150-0 B ter du CGI***

**218.** Concernant les apports-cessions mettant en jeu une société contrôlée par l'apporteur à compter du 14 novembre 2012, l'opération d'apport n'est plus considérée comme intercalaire.

Il faut donc désormais distinguer deux plus-values : la plus-value de cession (1) et la plus-value d'apport (2)<sup>108</sup>.

### *1. La plus-value de cession*

**219.** La plus-value de cession, correspond à la valorisation des titres de la société bénéficiaire de l'apport entre le moment où les titres originaux sont sortis du patrimoine du contribuable pour entrer dans celui de la société imposée à l'impôt sur les sociétés – l'apport – et le moment où les titres reçus en échange de l'apport sont sortis du patrimoine du contribuable – la cession.

**220.** La plus-value constatée ici est « classique ». Aussi, elle sera soumise au droit fiscal en vigueur au jour de la cession.

Notons tout de même que les différents délais – et pourcentages – de détention nécessaires à la détermination des conditions d'application de certains régimes d'imposition<sup>109</sup>, ou des abattements pour durée de détention éventuellement applicables<sup>110</sup>, sont ceux applicables aux titres cédés, c'est-à-dire aux titres de la société bénéficiaire de l'apport. Ils seront donc calculés entre l'apport et la cession – le rachat, le remboursement ou l'annulation – des titres de la société bénéficiaire de l'apport. Ainsi, il est possible qu'un contribuable qui aurait rempli les conditions lui permettant d'opter, par exemple, pour le régime des « *créateurs d'entreprise* » s'il avait cédé directement ses titres originaux au lieu de les apporter, ne puisse pas en bénéficier concernant la cession des titres reçus en échange de l'apport. Il conviendra donc d'étudier l'opportunité de l'opération au cas par cas.

---

<sup>108</sup> Voir notamment :

Patrick FUMENIER et Marie-Pierre HOO, « *Apport-cession : institution d'un report d'imposition automatique des plus-values d'apport de titres à une société soumise à l'IS contrôlée par l'apporteur* », *Droit fiscal*, n°5, 31 janvier 2013.

Emmanuelle PROST et Olivier RENAULT : « *Les risques et dangers du report d'imposition dans le cadre du nouveau régime des apports-cessions* », *La semaine juridique Entreprise et Affaires*, n°17, 25 avril 2013, 1257.

<sup>109</sup> Régime spécifique aux « *créateurs d'entreprise* » : Article 200 A du CGI.

<sup>110</sup> Abattement général pour durée de détention de l'article 150-0 D ou encore abattement applicable aux dirigeants de PME partant à la retraite de l'article 150-0 D ter du CGI.

**221.** La question est plus complexe concernant la plus-value d'apport.

## *2. La plus-value d'apport*

**222.** Cette plus-value découle de l'apport lui-même, ce dernier engendrant la constatation, le calcul et la déclaration du gain généré sur les titres apportés depuis leur acquisition par l'apporteur jusqu'à l'apport. Le report d'imposition induit la distinction de deux évènements chronologiques<sup>111</sup> : l'apport – évènement à l'origine de la constatation d'une plus-value – et la cession des titres reçus en échange de l'apport – évènement qui génère l'imposition. Cette dualité implique de s'interroger sur un certain nombre de points.

**223.** Concernant le taux d'imposition, sous le régime du sursis d'imposition, la plus-value est constatée, calculée et imposée l'année de l'évènement mettant fin au différé d'imposition. Aussi, l'application du taux en vigueur à ce moment-là ne pose guère de difficulté.

En matière de report, la plus-value est constatée au jour de l'apport.

Dans le cadre du report d'imposition antérieur au 1<sup>er</sup> janvier 2000, il était considéré que le taux d'imposition à retenir était également celui en vigueur au jour de la fin du report d'imposition. Cette solution a été rappelée par le Conseil d'Etat dans un cadre un peu différent mais mettant également en jeu un report d'imposition à savoir l'application de l'article 151 octies du CGI<sup>112</sup>.

Cette solution correspond au mécanisme même du report d'imposition, à savoir la détermination de la plus-value au jour de l'apport et son imposition au jour de la fin du report.

Il est donc cohérent que cette solution soit transposée à ce nouveau report d'imposition.

---

<sup>111</sup> Lorsque la plus-value ne bénéficie pas d'un différé d'imposition, la constatation de la plus-value et son imposition sont générées par le même évènement, la transmission à titre onéreux.

<sup>112</sup> Conseil d'Etat, 10 avril 2002, n° 226886, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., de Chaisemartin, RJF 7/02, n°788 ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement Gilles BACHELIER : « *Notion de report d'imposition ou de report de paiement : cas de l'article 151 octies relatif aux plus-values constatées lors de l'apport à une société de l'actif d'une entreprise individuelle* », BDCF 7/02, n°95.

224. La même interrogation émerge concernant l'application du nouveau régime spécifique aux « *créateurs d'entreprise* ». Doit-on déterminer si ses conditions sont remplies en fonction de la situation du contribuable au jour de l'apport ou au jour de la cession ? Si l'on s'en tient à la scission chronologique inhérente au report d'imposition, seules la détermination et la constatation de la plus-value doivent intervenir au jour de l'apport, l'imposition intervenant à l'occasion de la fin du report. Dès lors, si l'imposition est repoussée à un évènement ultérieur, c'est aussi à la date de cet évènement que devrait être déterminé le régime d'imposition applicable.

Plusieurs éléments pourraient, selon nous, plaider en ce sens.

Tout d'abord, cela respecterait la séparation entre le constat de la plus-value et son imposition instaurée par le report.

Ensuite, c'est déjà ce raisonnement qui a été retenu jusque-là concernant la détermination du taux d'imposition applicable à la plus-value reportée<sup>113</sup>.

Enfin, le juge administratif a retenu une solution similaire concernant la date de prise en compte de la domiciliation fiscale du contribuable, considérant que :

*« pour déterminer le régime d'imposition d'une telle plus-value, il convient notamment d'apprécier la situation du bénéficiaire de la cession à l'origine de cette plus-value, au regard, en particulier, de sa domiciliation fiscale au cours de cette dernière année »*<sup>114</sup>.

Aussi, si c'est au jour de la cession que doit être étudiée la situation du contribuable pour déterminer le régime d'imposition applicable à la plus-value reportée, c'est au jour de la cession des titres de la société bénéficiaire de l'apport – évènement à l'origine de la fin du report d'imposition – qu'il conviendrait de vérifier si les conditions d'application du taux forfaitaire d'imposition réservé aux « *créateurs d'entreprise* » sont réunies.

Or, ces conditions ne seraient pas remplies concernant les titres apportés. En effet, ces conditions portent sur les titres « *détenus* » ou encore sur une fonction salariée ou de direction exercée au sein de la société en question. Les titres ayant été

---

<sup>113</sup> Conseil d'Etat, 10 avril 2002, n° 226886, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., de Chaisemartin, RJF 7/02, n°788 ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement Gilles BACHELIER : « *Notion de report d'imposition ou de report de paiement : cas de l'article 151 octies relatif aux plus-values constatées lors de l'apport à une société de l'actif d'une entreprise individuelle* », BDCF 7/02, n°95.

<sup>114</sup> Tribunal administratif de Paris, 7 octobre 2008, n° 02-14030, 2e sect., 1e ch., Labbe, RJF 4/09, n°335.

apportés puis cédés, ces conditions ne seraient plus remplies, de sorte que seul le barème progressif de l'impôt sur le revenu pourrait être appliqué.

Ce n'est toutefois pas la position retenue par Olivier RENAULT et Emmanuelle PROST<sup>115</sup>. Selon ces derniers, c'est à la date de l'apport que devrait être déterminé le régime d'imposition – et ce faisant les conditions d'application du régime des « *créateurs d'entreprise* » – applicable à la plus-value d'apport :

*« Il ne pourrait, selon nous, en être autrement dès lors que le report a pour effet de figer une plus-value à une date donnée, son régime d'imposition devant nécessairement l'être à cette même date, d'autant plus que l'apport ainsi réalisé déclenchera un nouveau décompte du délai de détention pour l'application du régime d'imposition applicable à la plus-value de cession.*

*Soutenir que le régime d'imposition à retenir est apprécié à la date de cession des titres conduirait l'apporteur qui remplissait les conditions d'éligibilité du régime « entrepreneurs » à la date de l'apport, à acquitter l'impôt sur le revenu au barème progressif sur la plus-value en report (avec application d'un abattement mais pour quelle durée ?), alors même qu'il ne remplirait plus les conditions pour l'application de ce même dispositif lors de la cession ultérieure des titres remis en contrepartie de l'apport ».*

Une intervention de l'Administration fiscale pour clarifier ce point semble donc nécessaire.

- 225.** En outre, il résulte de l'article 150-0 B ter I, alinéa 4 du CGI que lorsque la fin du report d'imposition survient, la plus-value reportée devient imposable à hauteur de la quote-part des titres ayant fait l'objet de l'une des opérations mettant fin au report<sup>116</sup>, selon les règles de droit commun.

Aussi, l'abattement général pour durée de détention devrait être applicable.

---

<sup>115</sup> Emmanuelle PROST et Olivier RENAULT : « *Les risques et dangers du report d'imposition dans le cadre du nouveau régime des apports-cessions* », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°17, 25 avril 2013, 1257.

<sup>116</sup> Article 150-0 B ter, V du CGI.

Toutefois, une difficulté pourrait concerner l'application de cet abattement aux titres apportés entre le 14 novembre 2012 – date d'entrée en vigueur de l'article 150-0 B ter du CGI – et le 31 décembre 2012. En effet, l'article 150-0 D du CGI prévoit l'application du nouvel abattement pour durée de détention aux gains nets réalisés à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2013. Les plus-values constatées à l'occasion d'apports réalisés antérieurement à cette date mais postérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau régime de report d'imposition seraient donc exclues du bénéfice de cet abattement. Il est peu probable qu'il s'agisse là de la véritable volonté du législateur.

226. Enfin, se pose la question de l'imputation d'éventuelles moins-values sur la plus-value reportée. Plusieurs arguments tendent à indiquer que cette compensation devrait être possible.

Tout d'abord, dans sa version antérieure à la loi de finances pour 1995, alors que la compensation des plus-values reportées et des moins-values était possible dans le cadre de l'application du report d'imposition de l'article 92 B du CGI, elle ne l'était pas pour les plus-values reportées sur le fondement l'article 160 du même code. L'article 24 de la loi de finances pour 1995<sup>117</sup> est venu uniformiser les deux régimes en étendant la possibilité de compensation aux plus-values reportées en vertu de l'ancien article 160 du CGI.

Concernant ces deux dispositifs l'Administration fiscale<sup>118</sup> prévoit en effet que :

*« La moins-value subie au titre de l'année en cours ou d'une année antérieure (dans les limites du délai de dix ans) peut être imputée sur une plus-value dont l'imposition est établie à l'expiration du report d'imposition »*

*« Cette imputation est possible quelle que soit la date de réalisation de l'opération d'échange ou d'apport à raison de laquelle le contribuable aura demandé le bénéfice du report d'imposition ».*

---

<sup>117</sup> Loi n° 94-1162 du 29 décembre 1994 de finances pour 1995.

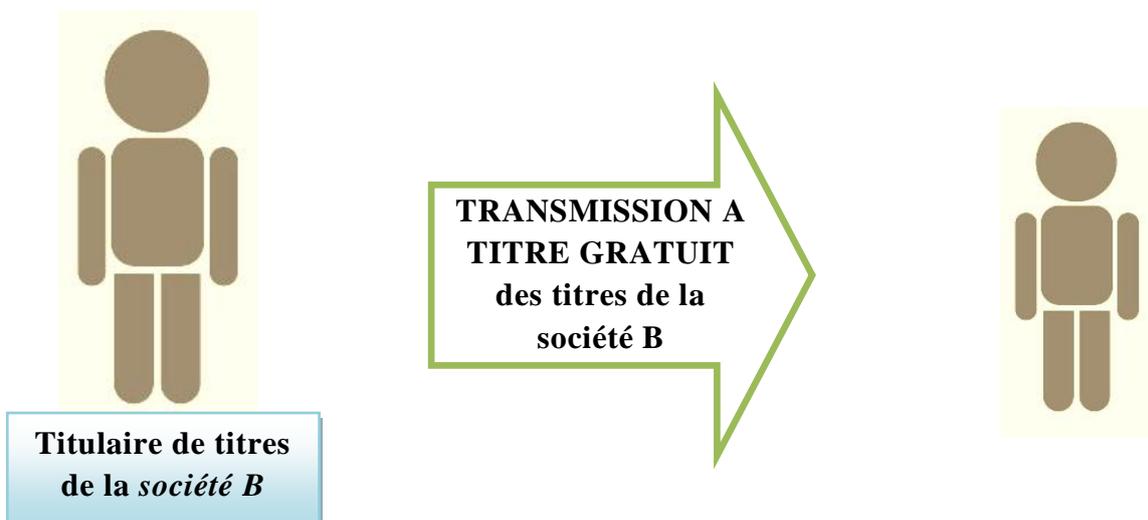
<sup>118</sup> BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10 n° 360, 31 octobre 2012 concernant l'article 92 B, II du CGI, BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-20 n° 490, 31 octobre 2012 concernant l'article 160, I ter du CGI.

En outre, commentant le dispositif de sursis d'imposition, l'instruction du 13 juin 2001 reprend cette disposition en son point n°117.

Enfin, la prise en compte de ces moins-values participerait de la détermination de la capacité contributive réelle des contribuables, principe qui fonde l'existence même du différé d'imposition.

- 227.** Des éclaircissements de l'Administration fiscale semblent donc nécessaires sur certains points afin de permettre aux contribuables d'évaluer l'ensemble des conséquences fiscales liées à la réalisation de cette opération et de les sécuriser.
- 228.** La mise au clair de ces différents points est d'autant plus importante que le nouveau report d'imposition est automatique et que, bien qu'il vise l'encadrement des opérations d'apport-cession, il s'applique dès lors qu'un apport est réalisé à une société contrôlée par l'apporteur de sorte que des contribuables non désireux de réaliser un apport-cession dans un objectif d'optimisation pourraient subir les conséquences fiscales de cette nouvelle disposition.
- 229.** Quel que soit le différé d'imposition applicable – report ou sursis d'imposition – la plus-value sera finalement imposée à l'occasion de la transmission à titre onéreux des titres reçus en rémunération de l'apport. Il en va autrement en cas de transmission à titre gratuit.

***Paragraphe 2 : La transmission à titre gratuit***



- 230.** Bien que l'objectif de l'opération d'apport-cession tel que nous l'envisageons dans cette thèse ne soit pas la transmission à titre gratuit de son patrimoine par l'apporteur, ce dernier peut être conduit à l'envisager – donation (A) – ou à y être contraint – succession (B). Il convient donc d'indiquer les modalités et conséquences de cette transmission à titre gratuit.

### *A. La donation*

- 231.** Depuis la troisième loi de finances rectificative pour 2012, une nouvelle mesure, visant les hypothèses dans lesquelles l'apporteur décide de donner ses titres avant que le donataire ne les cède, a été introduite dans le Code général des impôts par l'article 150-0 B ter du CGI. La donation avant cession est dès lors soumise à un nouveau régime.
- 232.** La situation de cette disposition au sein de l'article 150-0 B ter CGI implique que son champ d'application couvre celui de l'article, c'est-à-dire les apports à une société contrôlée par l'apporteur intervenus postérieurement au 14 novembre 2012.
- 233.** Aussi, pour les opérations réalisées antérieurement à cette date, ainsi que pour celles réalisées postérieurement mais pour lesquelles l'apport n'a pas été réalisé en faveur d'une société contrôlée par l'apporteur, le régime antérieur des donations avant cession, exempt de cette disposition, demeurera applicable.  
En revanche, il conviendra de tenir compte de cette réforme pour les opérations soumises à l'article 150-0 B ter du CGI.
- 234.** Dès lors, nous synthétiserons dans un premier temps le traitement réservé aux donations avant cessions réalisées en dehors du cadre de l'article 150-0 B ter du CGI (1) avant d'exposer la réforme (2)<sup>119</sup>.

---

<sup>119</sup> Voir notamment : Marceau CLERMON, Jean-François DESBUQUOIS, Pascal JULIEN SAINT-AMAND, Philippe NEAU-LEDUC : « *L'encadrement de certains schémas d'optimisation fiscale* », Droit et Patrimoine 2013, n°225.

***1. La donation avant cession en dehors de l'application de l'article 150-0 B ter du CGI***

- 235.** Selon la fiche 2 de l'instruction du 13 juin 2001<sup>120</sup> relative au sursis d'imposition, le paiement de l'impôt dû à raison de la plus-value intervient à l'occasion de la cession ultérieure, du rachat, remboursement ou annulation des titres reçus en échange.
- 236.** Il n'est donc pas fait état d'une imposition en cas de donation des titres. Aussi, lorsque l'apporteur donne les titres reçus en échange de son apport, le différé d'imposition sur le revenu qui lui avait été accordé au jour de l'apport en société se transforme en exonération définitive.
- 237.** Mais une question demeure : quelle sera la base soumise à l'impôt sur le revenu lorsque le donataire cèdera les titres reçus par mutation à titre gratuit ? Si le prix d'acquisition est la valeur des titres dans le patrimoine du donateur, l'imposition n'aura été que repoussée. En revanche, si ce prix d'acquisition est celui retenu pour la liquidation des droits de mutation à titre gratuit, alors la plus-value aura été véritablement exonérée.
- 238.** Le point 92 de l'instruction précitée répond à cette question :
- « Lorsque les valeurs mobilières et les droits sociaux ont été acquis par le contribuable par voie de mutation à titre gratuit (succession, donation simple ou donation-partage), le second terme de la différence est constitué par la valeur retenue pour la détermination des droits de mutation à titre gratuit ».*
- 239.** Aussi, au moment de la cession ultérieure par le donataire des biens reçus à l'occasion de la donation, le prix d'acquisition sera bien le prix inscrit dans l'acte de donation.

---

<sup>120</sup> Inst. 13 juin 2001, 5 C-1-01 fiche 2 n° 40.

Voir notamment : Axel DEPONDT et Arnaud EMMENECKER : « *L'instruction du 13 juin 2001 et les donations de titres* », Droit et Patrimoine, n°104, 1er mai 2002, pages 18 à 26.

Il en résulte que la donation permet d'exonérer complètement la plus-value réalisée alors que le donateur était détenteur des titres.

- 240.** Plus encore, pour les opérations réalisées sous le régime du sursis d'imposition codifié à l'article 150-0 B du CGI, la soulte éventuellement versée au donateur est également définitivement exonérée du fait de la donation. En effet, cette soulte est normalement imposée au moment de la cession mettant fin au sursis d'imposition. Avec la réalisation d'une donation, cette cession n'interviendra jamais et l'apporteur peut ainsi se dégager au maximum 10 % de la valeur des titres reçus en échange de son apport sans acquitter l'impôt qu'une cession – moyen traditionnel de transformer un bien en numéraire – aurait engendré.
- 241.** Associée à la cession des titres donnés par les donataires, cette opération permet au donateur de transmettre des liquidités à moindre coût fiscal. En effet, si le donateur avait dû céder les titres avant de donner le prix de cession, il aurait dû acquitter l'impôt sur le revenu, les prélèvements sociaux et la CEHR sur la plus-value en sus des droits de mutation à titre gratuit. En faisant précéder la cession de la donation, la plus-value n'est pas imposée.
- 242.** Toutefois, pour que cette opération soit valide encore faut-il que la donation précède la cession (a) et qu'elle ne soit pas fictive (b)<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> Sur la donation-cession voir notamment :

Daniel FAUCHER et Eric PORNIN : « *Cession de titres précédée d'une donation l'effacement des plus-values à l'aune de l'abus de droit* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°29, 18 juillet 2003, 1450.

Richard GAUDET : « *La fiscalité des donations au secours de la fiscalité des plus-values* », Droit et Patrimoine, n°74, 1er septembre 1999, pages 36 à 39.

Michel GIRAY : « *La donation avant cession et le Comité consultatif pour la répression des abus de droit : De l'abus de droit à l'abus de pouvoir ?* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°49, 5 décembre 2003, 1633.

Gilbert LADREYT : « *Rapport du Comité consultatif pour la répression des abus de droit (CCRAD) pour l'année 2002. – Les cessions d'entreprise dans l'œil du cyclone* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°27, 3 juillet 2003, 1027.

Bruno PAYS : « *Evolutions récentes de la Doctrine du Comité de l'abus de droit fiscal* », Annales des loyers, n°7, Juillet 2010, pages 2008 à 2017.

***a. La donation doit intervenir avant la cession***

- 243.** Pour que l'opération de donation avant cession des titres reçus en contrepartie d'un apport-cession prospère, il faut que les titres soient apportés en société et que les nouveaux titres reçus en échange de l'apport soient donnés avant d'être cédés par les donataires. Si la donation ne portait pas sur les titres mais sur le prix de cession, l'intérêt de l'opération disparaîtrait puisque le donateur devrait acquitter l'impôt de plus-value et le donataire, les droits de mutation à titre gratuit.
- 244.** Il est donc essentiel de respecter la chronologie des opérations : la donation des titres doit impérativement précéder leur cession.
- 245.** La sanction du non-respect de la chronologie des opérations a tout d'abord été recherchée sur le fondement de l'abus de droit.
- 246.** C'est le cas dans l'affaire 94-17<sup>122</sup> soumise au CCRAD. Un protocole de cession avait été signé quatre jours après le transfert des titres mais cinq jours avant que la donation soit enregistrée. En l'espèce, le Comité n'a pas considéré que l'abus de droit était caractérisé. Cependant, il n'a pas non plus indiqué que cette procédure n'était pas applicable. En acceptant de contrôler l'opération au regard de l'abus de droit, il nous indique qu'à défaut de respect de la chronologie des opérations, l'Administration fiscale aurait été en droit de mettre en œuvre la procédure de répression des abus de droit.
- 247.** La même démarche avait été adoptée dans les avis 2002-15 et 2002-15bis<sup>123</sup>. Dans ces affaires, la donation était intervenue après la réalisation de la dernière condition suspensive contenue dans le protocole d'accord qui avait été préalablement signé.

---

<sup>122</sup> BOI 13 L-3-95 ; « *Le rapport (1994) du Comité pour la répression des abus de droits* », Droit fiscal, n°15, 12 avril 1995, 100021.

Voir notamment : Daniel FAUCHER : « *Optimisation fiscale : donation d'un patrimoine à forte plus-value avant cession* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°18, 4 mai 2000, page 736.

<sup>123</sup> BOI 13 L-1-03.

248. Le Comité en déduisait que :

*« [...] l'acte de donation postérieur n'a été passé, avant l'officialisation du transfert des titres sur le registre de la société, que pour éluder cet impôt.*

*En conséquence, le Comité a émis l'avis que l'administration était fondée à mettre en œuvre la procédure prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales ».*

249. Aussi, le fait que la donation ait en réalité été faite après la cession caractérisait, selon le Comité un abus de droit.

250. Cette solution a été réitérée par le Comité – par exemple dans l'affaire 2002-16<sup>124</sup> – mais a aussi été reprise par les juges du fond.

251. A cet égard nous pouvons citer le jugement du Tribunal administratif de Nice du 26 novembre 2002<sup>125</sup>. En l'espèce, la donation avait été réalisée après la conclusion d'une promesse unilatérale de vente mais avant que son bénéficiaire n'ait levé l'option. Selon l'Administration fiscale, la promesse déguisait en réalité une vente de sorte que la donation ne portait pas sur les biens prétendument donnés mais sur le prix de cession de ces biens. Confirmant la solution rendue par le CCRAD dans cette affaire, le Tribunal a jugé l'opération non abusive :

*« si la donation réalisée a eu pour principal effet de soustraire les 12 000 actions qui en ont été l'objet à toute plus-value imposable, l'administration n'établit pas, en se bornant à soutenir que « la chronologie et les circonstances de fait, jointes à la concomitance des actes font que la donation-partage dissimulait la portée réelle de la promesse de vente », que les époux Chabert n'avaient comme unique souci que d'échapper à l'impôt, alors qu'ils ont pu souhaiter se prémunir contre une résiliation toujours possible de*

<sup>124</sup> BOI 13L-1-03 du 14 mai 2003 ; « Rapport du Comité consultatif pour la répression des abus de droit pour l'année 2002 », Droit fiscal, n°22, 28 mai 2003, 22.

<sup>125</sup> Tribunal administratif de Nice, 26 novembre 2002, n°98-4015, RJF 4/03, n°473 ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement Julien LE GARS : « Abus de droit : promesse de vente assortie d'une levée d'option et donation-partage avant la levée d'option », BDCF 4/03, n°54.

*la part des époux Sumeire, non irrévocablement engagés dans l'opération d'achat nonobstant certaines de leurs démarches, en organisant quasi-simultanément la transmission de leur patrimoine à leurs enfants (à charge pour ces derniers de reprendre la promesse à leur compte), et ceci au moindre coût fiscal ainsi qu'il sied à des gestionnaires avisés ».*

Le Tribunal adopte ici le même raisonnement que le Comité. Certes l'abus de droit n'est pas caractérisé dans cette affaire. Toutefois, le juge n'écarte pas l'application de cette procédure aux hypothèses de non-respect de la chronologie, il indique simplement qu'en l'espèce la démonstration du but exclusivement fiscal de l'opération n'était pas faite.

- 252.** Une solution similaire a été retenue par la suite à plusieurs autres occasions et notamment dans le jugement du Tribunal administratif d'Orléans du 11 avril 2006<sup>126</sup>.
- 253.** Mais l'application de l'abus de droit à cette hypothèse ne semble pas adéquate<sup>127</sup>. En effet, l'abus de droit n'est caractérisé que dans deux hypothèses alternatives :
- L'acte est fictif,
  - L'acte n'a pu être inspiré par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé aurait normalement supportées et ce contrairement aux objectifs du législateur.

---

<sup>126</sup> Tribunal administratif d'Orléans, 11 avril 2006, n°03-2895, 3<sup>e</sup> ch., Le Hénaff, RJF 1/07, n°63 ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement Franck COQUET : « *Quelles sont les limites de l'optimisation fiscale dans la transmission d'un patrimoine qui constitue l'outil de travail du contribuable ?* », BDCF 1/07, n°10.

<sup>127</sup> Voir notamment :

Marc BORNHAUSER : « *Donation de droits sociaux précédant leur cession : la prudence reste de rigueur !* », Droit fiscal, n°22, 18 mai 2003.

Pierre FERNOUX : « *Gestion fiscale du patrimoine* », Collection pratiques d'experts, Groupe Revue Fiduciaire, 18<sup>ème</sup> édition – 2013, pages 103 et suivantes.

Or, l'inversion de la chronologie des opérations ne peut pas être analysée comme un vecteur de fictivité de l'acte. Le fait que la donation soit réalisée avant ou après la cession n'est pas un élément de nature à démontrer sa réalité ou sa fictivité. D'ailleurs, ni l'Administration fiscale, ni le Comité, ni les juges ne s'appuyaient sur ce fondement pour critiquer la chronologie des opérations.

Qu'en est-il en matière de but exclusivement fiscal ? Dire que la chronologie des opérations permet d'établir l'existence d'un but exclusivement fiscal lorsque le coût fiscal s'avère moins élevé revient finalement à contraindre le contribuable à adopter la solution qui lui serait la moins favorable, à savoir la réalisation de la cession antérieurement à la donation de sorte que la donation ne pourrait valablement porter sur le prix de cession.

Or, comme cela a été développé en introduction, il est admis que le contribuable dispose du droit de choisir la solution fiscalement la plus avantageuse.

En outre, la donation, en ce qu'elle repose sur une intention libérale, comporte nécessairement un objectif autre que fiscal : le dessaisissement du donateur au profit du donataire<sup>128</sup>.

- 254.** C'est pourquoi la position du Comité a évolué en 2005. Dorénavant, le Comité exclut l'application de la procédure d'abus de droit dans ces hypothèses. La contestation de l'Administration fiscale doit se fonder sur la procédure de rectification contradictoire de droit commun.
- 255.** Nous pouvons citer plusieurs affaires pour illustrer cette modification du fondement dont, notamment, l'avis 2003-14<sup>129</sup>. Dans cette affaire, le 21 août 1996, un contribuable cède une partie de ses actions et promet de céder celles qu'il détient encore. Par un acte du 2 février 2001, il donne une partie des actions restantes à ses enfants. Le 6 avril suivant, les parties cèdent leurs actions.

---

<sup>128</sup> A défaut, la donation serait effectivement constitutive d'un abus de droit par simulation mais la chronologie des opérations n'est pas un argument à cet égard.

<sup>129</sup> BOI 13 L-2-05.

Le Comité relève les éléments permettant de considérer que la cession était parfaite antérieurement à la donation-partage et indique que :

*« [...] l'administration, s'agissant de l'imposition des plus-values, était fondée à faire usage de la procédure contradictoire de droit commun. Mais s'agissant de l'interprétation d'actes non fictifs auxquels le contribuable donne une qualification impropre, le recours à la procédure de répression des abus de droit n'apparaît pas nécessaire.*

*En conséquence, le Comité a émis l'avis que l'administration n'était pas fondée à mettre en œuvre la procédure prévue par l'article L 64 du livre des procédures fiscales. »*

Aussi, selon le Comité, le constat de l'Administration fiscale était fondé : la cession était effectivement parfaite avant que la donation ne soit réalisée. En revanche, le fondement retenu était erroné. L'Administration aurait dû appliquer la procédure de rectification contradictoire de droit commun et considérer que la plus-value n'avait pas été déclarée.

**256.** Le Comité réitérera cette position à plusieurs reprises et notamment dans les avis 2003-39<sup>130</sup> ou encore 2004-57<sup>131</sup>.

**257.** Aussi, lorsque l'Administration fiscale considère que la cession a précédé la donation, elle doit fonder sa proposition de rectification sur l'article L. 55 alinéa 1 du livre des procédures fiscales :

*« Sous réserve des dispositions de l'article L. 56, lorsque l'administration des impôts constate une insuffisance, une inexactitude, une omission ou une dissimulation dans les éléments servant de base au calcul des impôts, droits, taxes, redevances ou sommes quelconques dues en vertu du code général des impôts ou de l'article L. 2333-55-2 du code général des collectivités territoriales, les rectifications correspondantes sont effectuées*

---

<sup>130</sup> BOI 13 L-2-05.

<sup>131</sup> BOI 13 L-3-06.

*suivant la procédure de rectification contradictoire définie aux articles L. 57 à L. 61 A ».*

Le donateur – qui est aussi le cédant si la cession est parfaite avant la donation – aurait dû déclarer la plus-value et acquitter l'impôt correspondant. En ne le faisant pas il s'est rendu coupable d'une omission dans sa déclaration.

- 258.** En conséquence, dès lors que la cession est parfaite antérieurement à la donation, l'Administration peut, sur le fondement de la procédure de rectification contradictoire de droit commun, rétablir l'ordre véritable des opérations et les impositions qui en découlent. L'enjeu de cette question est important. Dans cette hypothèse, le contribuable échappera à la pénalité de 80 % prévue en matière d'abus de droit
- 259.** Reste à déterminer à partir de quand la cession est considérée comme parfaite.
- 260.** Le principe issu de l'article 1583 du Code civil veut que la cession soit réputée parfaite dès lors que les parties sont d'accord sur la chose et sur le prix :
- « Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ».*
- 261.** Toutefois, le plus souvent, la cession est précédée d'une période de négociation au cours de laquelle des avant-contrats sont conclus par les parties. Ces circonstances sont de nature à rendre le moment précis de la cession moins apparent. Or, de sa détermination dépend la validité de l'opération. Etudier ces différents avant-contrats permet de cerner le moment de la cession.
- 262.** Tout d'abord, les parties peuvent conclure une promesse synallagmatique de vente. Ceci implique que chacune des deux parties s'engage vis-à-vis de l'autre : l'une à acheter, l'autre à vendre.

**263.** Lorsque cette promesse ne comporte aucune condition suspensive, la vente est parfaite dès la signature de la promesse dès lors que les parties sont d'accord sur la chose et sur le prix en application de l'article 1589 alinéa du Code civil :

*« La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ».*

**264.** La question se complique lorsque la promesse synallagmatique contient des conditions suspensives. Ces dernières sont définies à l'article 1181 du Code civil :

*« L'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties.*

*Dans le premier cas, l'obligation ne peut être exécutée qu'après l'événement.*

*Dans le second cas, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée ».*

Une question s'impose : quand la vente est-elle véritablement constituée en cas de stipulation de ce type de conditions ?

Selon l'article 1179 du Code civil :

*« La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté ».*

Sur le plan civil, ce n'est donc pas au jour de la réalisation de la dernière condition suspensive que la vente est constituée, mais au jour de la conclusion de l'avant contrat.

Si ce principe devait s'appliquer de cette manière en matière fiscale cela signifierait que la donation réalisée avant la dernière condition suspensive mais après la conclusion de l'avant contrat devrait être considérée comme portant sur le prix de cession. En effet, avec la réalisation de la dernière condition suspensive, la cession serait réputée parfaite depuis le jour de la conclusion de l'avant contrat, événement antérieur à la donation.

Notons que pour sécuriser l'opération, les parties peuvent prévoir dans l'avant-contrat que les conditions suspensives n'auront pas d'effet rétroactif. En effet, cette règle n'étant pas d'ordre public, les contribuables peuvent écarter la rétroactivité.

Mais, le droit fiscal interprète différemment les conséquences de la réalisation des conditions suspensives. En effet, en ce domaine, la condition ne rétroagit pas. L'Administration fiscale<sup>132</sup> et le Conseil d'Etat<sup>133</sup> l'ont précisé concernant les plus-values. L'article 676 alinéa 1 du CGI prévoit la même chose en matière de droits d'enregistrement<sup>134</sup>. Aussi, la donation intervenue avant la réalisation de la dernière condition suspensive porte sur les biens et non sur le prix de leur cession. L'imposition est donc limitée aux droits de mutation à titre gratuit.

- 265.** Le principe du consensualisme n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent également, toujours par l'intermédiaire d'un avant-contrat, prévoir que le transfert de la propriété sera différé à un moment conventionnellement prévu. Pour un exemple d'un cas où le CCRAD a validé l'opération dans le cas où une donation était intervenue avant la date à laquelle les parties avaient prévu de repousser le transfert de propriété : avis 2003-36<sup>135</sup>. Dans cet avis, le comité reconnaît aux parties :

*« la possibilité de différer conventionnellement la formation des contrats, [...] » et en déduit que :*

*« [...] la donation de la nue-propriété des titres a bien été consentie avant que la cession ne devienne parfaite et qu'aucun élément ne laisse supposer que les donateurs aient pu conserver l'intégralité du produit de la vente.*

*En conséquence, le Comité a émis l'avis que l'administration n'était pas fondée à mettre en œuvre la procédure prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales. ».*

---

<sup>132</sup> Doc. Adm. 5 B-622, n°31, 10 septembre 1996.

<sup>133</sup> Conseil d'Etat, 7<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss.-sect., 11 avril 1973, n° 81154, Dupont 1973, page 267.

<sup>134</sup> Art 676 alinéa 1 du CGI : « *En ce qui concerne les mutations et conventions affectées d'une condition suspensive, le régime fiscal applicable et les valeurs imposables sont déterminés en se plaçant à la date de la réalisation de la condition* ».

<sup>135</sup> BOI 13 L-2-05.

- 266.** Les parties peuvent aussi avoir recours à la promesse unilatérale de vente. Il s'agit d'un acte par lequel le détenteur des titres – le promettant – s'engage à les céder à une personne – le bénéficiaire de la promesse. Ici, seul le promettant est engagé. Le bénéficiaire de la promesse dispose quant à lui d'une option. S'il la lève dans le délai imparti, la cession est conclue. A défaut, le contrat ne sera pas conclu et le bénéficiaire de la promesse devra en général verser une indemnité d'immobilisation dont le montant ne doit pas être si important qu'il retirerait, sur un plan économique, sa liberté au bénéficiaire de la promesse.
- Sauf clause contraire, c'est donc la levée de l'option qui rend la cession parfaite. Elle n'a pas d'effet rétroactif. Aussi, dès lors qu'une donation intervient avant la levée de l'option, elle porte bel et bien sur les titres et non sur leur prix. Le Tribunal administratif de Nice l'a notamment indiqué dans son jugement du 26 novembre 2002 déjà cité<sup>136</sup>.
- 267.** Enfin, l'un des avant-contrats qui peut être utilisé est la promesse unilatérale d'achat. Ici c'est l'acquéreur qui s'engage vis-à-vis du propriétaire des titres. La cession est réalisée au jour où le cédant lève son option. Avant ce jour, la donation pourra avoir lieu sans que l'opération de donation avant cession ne soit mise en échec.
- 268.** Finalement, il en résulte que lorsque le processus de cession est amorcé au jour de la donation mais que la vente n'est pas intervenue, l'opération n'est pas contestable. En revanche, dès lors que la cession est parfaite, le transfert de propriété au profit du cessionnaire est effectif et la donation ne peut donc pas porter sur le bien lui-même mais uniquement sur la somme représentative de ces biens ce qui implique le paiement de l'impôt sur le revenu relatif à la plus-value ainsi que le paiement des droits de mutation à titre gratuit.
- 269.** Outre le respect de la chronologie des opérations, le contribuable doit veiller à ce que la donation ne puisse pas être considérée comme fictive.

---

<sup>136</sup> Tribunal administratif de Nice, 26 novembre 2002, n°98-4015, 99-4771 et 99-4772, RJF 4/03, n°473 ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement Julien LE GARS : « *Abus de droit : promesse de vente assortie d'une levée d'option et donation-partage avant la levée d'option* », BDCF 4/03, n°54.

***b. La donation ne doit pas être fictive***

**270.** C'est l'article 894 du Code civil qui pose la définition de la donation :

*« La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte ».*

La donation doit donc engendrer un appauvrissement définitif du donateur au profit du donataire. A défaut du respect de cette règle, la donation est dénuée d'intention libérale – *animus donandi* – et pourra être sanctionnée sur le fondement de l'abus de droit au titre des actes fictifs.

**271.** Pour autant, des aménagements de la donation sont possibles. La distinction entre l'avoir et le pouvoir sur le bien transmis est ici déterminante. Si la propriété des biens doit être transmise au donataire, le donateur peut se réserver des pouvoirs dans l'acte de donation<sup>137</sup>.

**272.** Il y aura abus de droit si le donataire n'est pas le bénéficiaire réel des biens donnés, si le donateur s'est réapproprié le prix de cession.

Cette hypothèse a été illustrée à plusieurs reprises et notamment dans un avis 2004-44<sup>138</sup> de l'ancien CCRAD. En l'espèce, un contribuable avait fait des dons manuels d'actions à son épouse et à son fils avant de signer un protocole d'accord visant leur cession. Le prix dégagé par la cession avait été récupéré en partie par le donateur sur son compte personnel. Le Comité a considéré que cette appréhension ne pouvait se justifier par un contrat de prêt non enregistré et en a déduit que l'Administration fiscale était fondée à mettre en œuvre la procédure prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales s'agissant de la fraction du prix de cession récupérée par le donateur.

---

<sup>137</sup> Voir notamment :

Pierre FERNOUX et Marc IWANESKO : « *Donation-cession : le civil tient le fiscal en l'Etat* », Droit fiscal, n°20, 17 mai 2012, 292.

Rémy GENTILHOMME et Gilles LERAY : « *Réalité de l'intention libérale et abus de droit* », Droit et Patrimoine, n°118, 1er septembre 2003, pages 26 à 37.

<sup>138</sup> BOI 13 L-3-06.

La même solution a été retenue par le CCRAD dans un avis 2005-6<sup>139</sup> ainsi que par le Tribunal administratif de Toulouse le 21 mai 2002<sup>140</sup>.

Dans les affaires 2005-9<sup>141</sup> et 2006-1<sup>142</sup>, c'est la totalité du prix de cession des titres donnés qui avait été récupérée par les donateurs. L'abus de droit a donc logiquement été retenu.

**273.** A l'inverse, il n'y a pas abus de droit si le donateur ne s'est pas réapproprié le prix de cession.

L'avis 2005-8<sup>143</sup> nous en donne une illustration. En l'espèce, la donatrice avait procédé à une donation-partage de titres assortie de plusieurs clauses et conditions au profit de ses enfants. Tout d'abord, la donatrice était investie d'un mandat en vertu duquel elle pouvait vendre les titres démembrés et décider du support du emploi du prix de cession. En second lieu, l'acte prévoyait une obligation d'apport du prix de cession à toute société créée par la donatrice. Enfin, la donation était assortie d'une réserve du droit de retour en cas de décès du bénéficiaire ainsi que d'une clause d'annulation de la libéralité et de tout acte de disposition en cas de cession des valeurs données.

Contrairement à l'opinion défendue par l'Administration fiscale, le Comité a considéré que ces clauses et conditions n'avaient pas eu pour effet de rendre la donation fictive et n'avaient pas restreint les droits des nus propriétaires au point d'aboutir à une réappropriation par l'usufruitier des biens donnés. Il n'y avait donc pas abus de droit.

---

<sup>139</sup> BOI 13 L-3-06.

<sup>140</sup> Tribunal administratif de Toulouse, 21 mai 2002, n°97-1328, 1<sup>er</sup> ch., Gineste, RJF 11/02, n°1292.

<sup>141</sup> BOI 13 L-3-06.

<sup>142</sup> BOI 13 L-1-07 : « *Comité consultatif pour la répression des abus de droit – Rapport annuel 2006* », Droit fiscal, n°19, 11 mai 2007, 486.

<sup>143</sup> BOI 13 L-1-07 : « *Comité consultatif pour la répression des abus de droit – Rapport annuel 2006* », Droit fiscal, n°19, 11 mai 2007, 486.

Voir notamment : Daniel FAUCHER et Jean-Jacques LUBIN : « *Rapport 2006 du Comité consultatif pour la répression des abus de droit : un rapport équilibré* », La Revue Fiscale Notariale, n°7, Juillet 2007, Etude 14.

- 274.** La restriction des pouvoirs des donataires ne suffit donc pas à démontrer l'existence d'une réappropriation du produit de la cession par le donateur et sans réappropriation, il n'y a pas de fictivité de la donation et donc pas d'abus de droit.
- 275.** Le Comité a réitéré ce raisonnement à plusieurs reprises et notamment dans l'avis 2004-68<sup>144</sup> concernant le remploi du prix de cession dans une société civile dont le pouvoir était entre les mains des donateurs. Il considère en effet que :

*« le caractère irrévocable de la donation ne saurait être remis en cause, au cas particulier, par le remploi du produit de la cession des actions démembrées dans la souscription du capital d'une société civile dont les parts sont elles-mêmes démembrées et dans laquelle les donateurs disposent de tous les pouvoirs, l'administration n'établissant pas que ce remploi a été imposé aux donataires, majeurs, par les donateurs ni que ces derniers se sont réappropriés les fonds précédemment donnés ».*

Aussi, le remploi des fonds dans une société civile dans laquelle les droits des donataires sont restreints aux bénéficiaires n'est pas en soi de nature à caractériser la tentative des contribuables d'enfreindre le principe d'irrévocabilité spéciale des donations et donc un abus de droit.

Le Comité a confirmé cette solution à plusieurs reprises et notamment dans les affaires 2005-21<sup>145</sup>, 2005-22<sup>146</sup>, 2006-18<sup>147</sup>.

- 276.** Comme le Comité, les juges du fond sanctionnent la fictivité de la donation traduite par la réappropriation des biens donnés par les donateurs. C'est cette réappropriation qui est le critère déterminant de la fictivité de la donation.

---

<sup>144</sup> BOI 13 L-3-06.

<sup>145</sup> BOI 13 L-1-07.

<sup>146</sup> BOI 13 L-1-07.

<sup>147</sup> BOI 13 L-4-08.

C'est par exemple ce qu'a fait le Tribunal administratif d'Orléans le 24 septembre 2002<sup>148</sup>. Certes, l'affaire concernait une donation avant cession portant sur un immeuble mais elle permet tout de même d'identifier les critères retenus par les juges du fond pour évaluer la validité d'une opération de donation-cession. En l'espèce, deux jours après la donation, les donataires avaient cédé le bien et le prix de cession avait été réinvesti dans une société civile immobilière constituée entre eux-mêmes et les donateurs en vue d'acquérir un nouvel immeuble. Les juges ont constaté qu'il n'y avait pas réappropriation des biens donnés par les donateurs, l'intention libérale n'était donc pas feinte et l'abus de droit n'était pas constitué.

- 277.** La jurisprudence des juges du fond était cohérente et constante jusqu'à un arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de Douai le 16 juin 2009<sup>149</sup>.

Les faits de l'affaire sont les suivants.

Le 23 juin 1997, M<sup>me</sup> Sauvaige, épouse de M. Motte, a apporté 161 actions de la société Cartonnerie de la Lys Ondulys à la société Label créée à cette même date en vue de regrouper au sein d'une même entité les participations détenues dans cette entreprise par les divers membres de sa famille. En échange, l'apporteuse reçoit 161 actions de la société bénéficiaire de l'apport sans acquitter l'impôt relatif à la plus-value constatée sur les titres apportés, ce dernier ayant été placé en report d'imposition en application des articles 92 B, II et 160 ter du CGI.

Le 29 avril 2003, M. et M<sup>me</sup> Motte-Sauvaige donnent la pleine propriété de 110 de ces actions à leurs cinq enfants, dont deux étaient mineurs.

---

<sup>148</sup> Tribunal administratif d'Orléans, 24 septembre 2002, n°99-2109, 3<sup>e</sup> ch., Miramont, RJF 4/03, n°472.

Voir notamment : Alain DELFOSSE : « *Abus de droit : quoi de neuf ?* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°11, 14 juillet 2003, 1225.

<sup>149</sup> Cour administrative d'appel de Douai, 16 juin 2009, n° 08DA00548, min. c/ M. et Mme Motte-Sauvaige, RJF 11/09, n°971 ; Conclusions du Rapporteur public Patrick MINNE : « *Donation-partage de titres suivie de leur cession immédiate : remise en cause sur le fondement des deux branches de l'abus de droit* », Droit fiscal, n°28, 9 juillet 2009, comm. 411.

Voir notamment : Revue de Droit fiscal : « *Donation-partage de titres suivie de leur cession immédiate : remise en cause sur le fondement des deux branches de l'abus de droit* », n°28, 9 juillet 2009, comm. 411.

L'acte de donation prévoyait :

- Une interdiction d'aliéner et de nantir les titres donnés pendant la vie des donateurs,
- Une obligation d'apport à première demande des titres à une société créée conjointement par les donateurs et les donataires. De plus, il était prévu que la dissolution de cette société ne pourrait être demandée qu'après l'écoulement d'un délai d'un an suivant le décès des donateurs,
- Une obligation de maintenir les fonds issus d'une cession autorisée par les donateurs sur un compte de dépôt dans un établissement bancaire choisi les donateurs jusqu'aux 25 ans des donataires. A compter de leur 25<sup>ème</sup> anniversaire et jusqu'au décès des donateurs, il était prévu que les droits des donataires se limiteraient aux fruits.

Le 5 juin 2003, les parties revendent la totalité des actions à une troisième société – la société Java – créée en 1996 et gérée et détenue en quasi-totalité par la donatrice pour un prix unitaire correspondant à celui retenu par l'acte de donation.

Le 10 mars 2005, l'Administration adresse une proposition de rectification aux époux Motte-Sauvaige.

- 278.** En se fondant sur les clauses de l'acte de donation restreignant les droits des donataires et sur la proximité chronologique entre la donation et la revente des actions à la société civile Java, l'Administration fiscale a considéré que l'acte de donation revêtait un but exclusivement fiscal justifiant la mise en œuvre de la procédure de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales.
- 279.** Le Tribunal administratif de Lille est saisi de l'affaire et rend son jugement le 20 décembre 2007<sup>150</sup>. Il conclut à l'absence d'abus de droit et prononce la décharge de l'ensemble des cotisations supplémentaires attribuées aux contribuables par l'Administration fiscale. Le Tribunal administratif de Lille appliquait ici la position qui avait été celle des juges du fond jusque-là.

---

<sup>150</sup> Tribunal administratif de Lille, 20 décembre 2007, n° 0700550.

**280.** Au contraire, saisie de l'affaire, la Cour administrative d'appel de Douai<sup>151</sup> va reconnaître l'existence d'un abus de droit en relevant les éléments suivants :

- L'existence des trois clauses sus-énoncées. Les donataires n'ayant pas eu la libre disposition des fonds, l'intention libérale des donateurs était absente.
- Les donateurs arguent de leur souci de préparer leur succession tout en évitant la dispersion du patrimoine familial et en préservant l'unité et la pérennité du patrimoine familial mais ne démontrent pas que :

*« le contrôle des titres par l'intermédiaire de la société civile Java, à laquelle ils ont été en définitive cédés, nécessitait que ces titres fassent préalablement l'objet, au demeurant pour une partie seulement d'entre eux, d'une donation à leurs enfants, dans des conditions qui privaient ces derniers de toute possibilité d'en disposer, ni même d'en percevoir les dividendes »,*

- Les donateurs n'expliquent pas la rapidité avec laquelle est intervenue la revente des actions par leurs enfants cinq semaines après la signature de l'acte de donation et dix jours après son enregistrement à la recette des impôts.
- Le fait que les sommes issues de la cession aient été versées sur le compte bancaire des donataires serait insuffisant à démontrer que les donateurs se sont effectivement dessaisis des titres donnés.
- Les requérants ne contestent pas le principe ni le montant de l'économie que leur a procuré l'opération.
- La circonstance que les sociétés Label et Java aient été créées bien avant l'acte de donation afin de regrouper la participation des membres de la famille dans le capital de la société Cartonnerie de la Lys Ondulys et d'éviter qu'elle ne tombe sous le contrôle de l'autre actionnaire principal, n'est pas un élément de nature à établir que l'acte n'aurait pas été motivé par la seule volonté d'atténuer la charge fiscale incombant aux donateurs.

---

<sup>151</sup> Cour administrative d'appel de Douai, 16 juin 2009, n° 08DA00548, min. c/ M. et Mme Motte-Sauvaige, RJF 11/09, n°971.

**281.** En résumé, deux arguments principaux sont mis en avant :

- Les clauses contenues dans l'acte de donation empêchaient un transfert effectif des biens aux donataires. Ils n'en ont pas eu la disposition, l'intention libérale était donc inexistante.
- Le délai entre la donation des titres et leur cession était trop bref. Cette quasi concomitance des opérations révélerait les motivations exclusivement fiscales des parties.

**282.** La Cour administrative d'appel en a alors déduit que l'abus de droit était caractérisé :

*« [...] l'administration doit être regardée comme apportant la preuve de ce que la donation-partage suivie de la cession de titres par les enfants reposait sur une construction visant exclusivement à atténuer la charge fiscale qu'ils auraient normalement supportée, eu égard à leur situation et à leurs activités réelles, s'ils n'avaient pas passé ces actes ».*

**283.** Cet arrêt a donné lieu à des interrogations et des critiques<sup>152</sup>.

Tout d'abord, la Cour reconnaît l'existence d'un abus de droit mais ne précise pas expressément de quel abus de droit il s'agirait : abus de droit par simulation ou par fraude à la loi.

Par ailleurs, considérées unitairement, les clauses contenues dans l'acte de donation étaient certes restrictives mais ne présentaient pas d'originalité particulière. De plus, elles étaient limitées dans le temps – jusqu'au décès des donateurs – et justifiées par la volonté affichée des donateurs de protéger le patrimoine familial ce qui les rendait licites d'un point de vue civil.

---

<sup>152</sup> Voir notamment :

Jean-Pierre GARCON : « *La donation-partage de titres suivie de leur revente immédiate est-elle constitutive d'un abus de droit ?* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°13, 2 avril 2010, 1157.

Rémy GENTILHOMME : « *Peut-on (vraiment) abuser du droit de donner ?* », Semaine juridique, Edition notariale et immobilières, le 20 novembre 2009, n°47, pages 32 et suivantes et Actualités Francis Lefebvre : « *Donation de titres avant cession et abus de droit : faut-il craindre une résurgence de l'insécurité juridique ?* », 28 janvier 2011.

Luc JAILLAIS : « *« Donation-cession » : incident de parcours ?* », Option Finance, n°1052, 16 novembre 2009, Page 26

- 284.** Toutefois, la Cour administrative d'appel, qui s'appuie ici sur une étude de l'opération dans sa globalité, considère que la combinaison de la donation avec charges qui purge la plus-value en report, suivie de la cession dans un bref délai caractériserait l'abus de droit. Or, comme cela a été indiqué, le choix d'une solution fiscale plus favorable n'est pas en soi répréhensible ou, en tout état de cause, il ne devrait pas l'être.
- 285.** Selon la Cour administrative d'appel, les donataires n'avaient pas eu la libre disposition des biens donnés. Certes, l'une des clauses de l'acte de donation prévoyait le versement du prix de la cession sur un compte bloqué jusqu'au décès des parents-donateurs. Mais là encore cette clause était limitée dans le temps et visait à protéger l'intégrité du patrimoine. Il était par ailleurs prévu que les enfants-donataires pourraient commencer à percevoir les fruits du compte de dépôt à compter de leurs 25 ans, ce qui permettait de les protéger de leur éventuelle prodigalité. En outre, les comptes en question étaient ouverts dans un établissement bancaire choisi par les donateurs mais ils l'étaient au nom de chacun des donataires. Ainsi, la libre disposition des donataires était limitée mais cela ne caractérisait pas pour autant une réappropriation des biens par les donateurs. Les biens ont été effectivement et définitivement transférés aux donataires.
- 286.** Enfin, la Cour s'appuyait également sur la concomitance de la donation et de la cession. Cet élément est-il représentatif d'un abus de droit ? Sur ce dernier point, il convient de noter que les juges du fond avaient déjà eu l'occasion de préciser que la réalisation des opérations de donation et de cession dans un court délai était insuffisante à caractériser l'abus de droit. C'est notamment le cas du Tribunal administratif de Besançon qui a statué en ce sens dans un jugement rendu le 21 novembre 2006<sup>153</sup>.

---

<sup>153</sup> Tribunal administratif de Besançon, 21 novembre 2006, Pheulpin, n° 04-106, RJF 8-9/07 n°951.

- 287.** Mais alors, cette solution constituait-elle une évolution de la jurisprudence auquel cas donner avant de céder aurait été beaucoup moins intéressant pour le contribuable ? Était-ce plutôt un arrêt d'espèce ? Ou simplement une mauvaise interprétation de la Cour administrative d'appel de Douai ?
- 288.** La solution du Conseil d'Etat était attendue à deux égards. D'une part, elle permet d'évaluer la portée de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Douai et d'autre part, de manière plus générale, c'était la première fois que le Conseil d'Etat était amené à se prononcer sur la stratégie d'optimisation consistant à faire précéder une cession d'une donation. Cet arrêt intervient le 30 décembre 2011<sup>154</sup>.
- 289.** Après avoir rappelé la définition de la donation issue de l'article 894 du Code civil et les conditions de validité de la clause d'inaliénabilité issues de l'article 900-1 du même Code<sup>155</sup>, le Conseil d'Etat statue dans les termes suivants.

---

<sup>154</sup> Conseil d'Etat, 3e et 8e ss-section, 30 décembre 2011, n° 330940, M. et Mme Motte-Sauvaige, RJF 3/12, n°278 ; Conclusions du Rapporteur public Nathalie ESCAUT : « *La donation-partage de titres d'une société, placés sous le régime de report d'imposition des plus-values, suivie de leur cession à une société civile contrôlée par le donateur, est-elle constitutive d'un abus de droit ?* », BDCF 3/12, n°37.

Voir notamment :

Olivier DE SAINT CHAFFRAY et Luc JAILLAIS : « *Donation-cession : clarification....* », Option Finance, n°1160, 13 février 2012, pages 20 et 21 et « *Donation-cession : clarification.... (seconde partie)* », Option Finance, n°1161, 20 février 2012, pages 24 et 25.

Pierre FERNOUX : « *Abus de droit : apport-cession et donation-cession, deux décisions fondamentales* », Droit et Patrimoine 2012, n°217.

Pierre FERNOUX et Marc IWANESKO : « *Donation-cession : le civil tient le fiscal en l'Etat* », Droit fiscal, n°20, 17 mai 2012, 292.

Rémy GENTILHOMME : « *La donation de droits sociaux avant cession, à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 décembre 2011* », Bulletin fiscal 5/12.

Renaud MORTIER : « *Validation de l'opération de donation-cession par le Conseil d'Etat* », Droit fiscal, n°11, 15 mars 2012, comm. 193.

Annabelle PANDO : « *Donation avant cession de titres : le Conseil d'Etat écarte l'abus de droit* », Les Petites affiches, n°49, 8 mars 2012, pages 3 et suivantes.

Actualités Francis Lefebvre : « *Pas d'abus de droit dans une donation-cession de titres si la donation n'est pas fictive* », Note sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 décembre 2011, n°330940, 12 janvier 2012.

<sup>155</sup> Article 900-1 du Code civil : « *Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige.*

**290.** Concernant la clause d'inaliénabilité, il indique que :

*« la circonstance qu'un acte de disposition soit assorti d'une clause d'inaliénabilité la vie durant du donateur ne lui ôte pas son caractère de donation au sens des articles 894 et 900-1 du code civil ».*

Il applique ici l'article 900-1 du Code civil et la jurisprudence constante en la matière. En effet, la clause s'appliquait durant la vie du donateur, elle n'était donc pas perpétuelle et elle visait un objectif sérieux et légitime à savoir la protection du patrimoine et du caractère familial de l'entreprise.

**291.** Au sujet de l'argument tenant à l'absence de mise à disposition des biens par les donateurs, le Conseil d'Etat considère que :

*« [...] il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que les donateurs ne se sont pas réappropriés les sommes issues de la vente par les donataires des actions à la société Java, ces sommes ayant été effectivement versées dans leur intégralité sur les comptes bancaires ouverts au nom de chacun des enfants, sans que la clause de emploi les obligeant à verser ces sommes sur des comptes bancaires bloqués en capital jusqu'au décès des donateurs affecte le droit de propriété des donataires sur ces dernières ».*

Ainsi, la limitation des pouvoirs des donataires pendant la vie des donateurs et le fait que ces derniers se réservent le droit de choisir l'établissement bancaire des donataires – qui étaient encore mineurs pour certains d'entre eux – ne suffisent pas à caractériser une réappropriation du prix de la cession. Le fait est que les comptes ont été ouverts au nom de chacun des donataires et non des donateurs.

**292.** Le Conseil d'Etat ajoute que :

*« aucune des autres clauses de l'acte de donation mentionnées par la cour, autorisées en leur principe par le code civil et justifiées par l'intérêt légitime qui s'attachait à la volonté des requérants*

---

*Les dispositions du présent article ne préjudicient pas aux libéralités consenties à des personnes morales ou mêmes à des personnes physiques à charge de constituer des personnes morales ».*

*d'organiser leur succession au profit de leurs enfants encore jeunes tout en préservant l'unité et la pérennité du patrimoine familial, n'était de nature à remettre en cause le constat d'un dépouillement immédiat et irrévocable des donateurs dès la signature de cet acte ; qu'en particulier, la clause faisant obligation aux donataires à la première demande des donateurs d'apporter les actions à toute société civile familiale constituée entre les donateurs et leurs enfants, n'avait pas pour effet de remettre en cause ce constat dans la mesure où elle était en l'espèce justifiée par la volonté des donateurs de préserver la participation de la famille dans la société Cartonnerie de la Lys Ondulys et d'éviter la cession des titres à des tiers, notamment à l'autre actionnaire de cette société, vente qui aurait engendré une perte de contrôle par la famille »*

Ainsi, aucune des autres clauses prévues dans l'acte de donation ne permettait de remettre en cause le dessaisissement effectif et définitif des donateurs au profit des donataires. Il en va également ainsi de la clause d'apport obligatoire, dans la mesure où elle était justifiée par la volonté du donateur de préserver le patrimoine familial.

**293.** Enfin, pour répondre à l'argument tiré du bref délai séparant la cession de la donation le Conseil d'Etat répond dans les termes suivants :

*« la rapidité avec laquelle est intervenue la revente à la société Java des actions par les donataires est sans incidence par elle-même quant au caractère de cette donation ».*

Cette solution était nécessaire à la pérennité des opérations de donation avant cession. En effet, pour que l'opération présente tout son intérêt, il faut que la cession se fasse au prix contenu dans l'acte de donation ou à un prix approchant. Que le délai de réalisation de l'opération soit indifférent est donc une bonne nouvelle pour les contribuables. Une cession réalisée quelques heures après une donation, ce que permet un acte authentique horodaté, ne représente donc pas plus de risque de caractériser un abus de droit qu'une cession réalisée six mois après une donation, l'opération sera juste un peu moins efficiente puisque les titres auront plus de chance d'avoir pris de la valeur au jour de la cession.

- 294.** Le Conseil d'Etat statue donc en faveur des donateurs, l'intention libérale était avérée et l'abus de droit n'était pas constitué :

*« [...] la cour a inexactement qualifié les faits en jugeant que l'administration devait être regardée comme apportant la preuve de ce que la donation-partage suivie de la cession des titres par les enfants à une société civile familiale était constitutive d'un abus de droit et en déduisant des éléments qu'elle a relevés que les requérants ne s'étaient pas effectivement dessaisis des titres ayant fait l'objet de la donation et que, par suite, ils n'avaient pas agi dans une intention libérale ».*

- 295.** Cet arrêt du Conseil d'Etat, le premier en la matière, donne un bon aperçu des limites à ne pas franchir en cas de donations avant cessions.

Ce qui compte ici c'est que la donation ne soit pas fictive : le transfert de propriété des titres doit être effectif et définitif à défaut de quoi l'abus de droit est caractérisé.

La concomitance des opérations est quant à elle indifférente.

- 296.** Reste à étudier comment le nouveau dispositif instauré par l'article 150-0 B ter du CGI s'intègre dans ce droit.

## ***2. La donation avant cession dans le cadre de l'article 150-0 B ter du CGI***

- 297.** Il résultait de l'article 14 du troisième projet de loi de finances rectificative pour 2012 dans sa rédaction originelle que la cession des titres donnés par le donataire dans les deux ans – délai abaissé par la suite à dix-huit mois – de la donation devait entraîner l'imposition de la plus-value entre ses mains<sup>156</sup>.

---

<sup>156</sup> Voir notamment : Olivier DE SAINT CHAFFRAY et Thomas LAUMIERE : « Restructurations patrimoniales : le Gouvernement renforce son arsenal anti-abus », Options Finance, n°1201-1202, 17 décembre 2012, pages 28 à 30.

**298.** Dès lors, dans cette hypothèse, la donation des titres n'aurait permis de purger la plus-value antérieure à la donation qu'après l'écoulement de ce délai de détention et, à défaut, c'est au donataire qu'il serait revenu d'acquitter l'impôt de plus-value alors même qu'il était entré en possession des titres cédés postérieurement à la constitution de la plus-value.

**299.** Selon l'exposé des motifs du projet de loi, cette disposition tendait à :

*« [...] mettre un terme à un montage extrêmement courant en matière patrimoniale, qui consiste à faire donation de titres recelant une forte plus-value (qui peut être en report ou en sursis d'imposition ou simplement latente), généralement à ses enfants, ce qui a pour effet immédiat de « purger » la totalité de cette plus-value, avant que les donataires ne cèdent les titres reçus à brève échéance.*

*Ce type de montage permet d'é luder l'impôt sur le revenu et les prélèvements sociaux sur des sommes qui ne seront soumises qu'aux droits de mutation à titre gratuit, en bénéficiant notamment des abattements applicables en la matière, alors qu'elles auraient subi ces impositions sur la plus-value si la cession des titres avait été réalisée par le donateur et avait été suivie d'une donation par cette même personne d'un montant en numéraire égal au produit de leur cession ».*

Aussi, le Gouvernement entendait vraisemblablement écarter les hypothèses de donation avant cession frauduleuse grâce à l'instauration d'un délai de détention minimum. Le choix de ce moyen de lutte contre les opérations abusives est étonnant dans la mesure où, comme cela a été indiqué précédemment, le Conseil d'Etat n'avait pas tiré argument du bref délai séparant la donation de la cession pour invalider l'opération de donation avant cession.

**300.** Toutefois, cette disposition, dans son principe général, ne trouvera finalement pas à s'appliquer. En effet, le Conseil constitutionnel<sup>157</sup> l'a déclarée non conforme à la Constitution dans les termes suivants :

*« Considérant que les dispositions contestées font peser sur les donataires de valeurs mobilières une imposition supplémentaire qui est sans lien avec leur situation mais est liée à l'enrichissement du donateur antérieur au transfert de propriété des valeurs mobilières ; que le critère de la durée séparant la donation de la cession à titre onéreux des valeurs mobilières est à lui seul insuffisant pour présumer de manière irréfragable que la succession de ces deux opérations est intervenue à la seule fin d'éviter le paiement de l'imposition des plus-values ; que le législateur n'a donc pas retenu des critères objectifs et rationnels en rapport avec l'objectif poursuivi; que, par suite, il a méconnu les exigences de l'article 13 de la Déclaration de 1789 ».*

**301.** Aussi, deux arguments ont conduit le Conseil constitutionnel à invalider cette disposition.

D'une part, l'imposition du donataire pour un enrichissement réalisé alors que les titres étaient encore dans le patrimoine du donateur n'est pas cohérente avec le principe de prise en compte des capacités contributives des contribuables posé par l'article 13<sup>158</sup> de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

---

<sup>157</sup> Conseil constitutionnel, n°2012-661, 29 décembre 2012, RJF 3/13, n°336.

Voir notamment :

Laurent BENOUDIZ : « *Les stratégies patrimoniales à l'aune des dernières lois de finances* », Les nouvelles fiscales 2013, n°1106.

Martin COLLET : « *Chronique annuelle 2012 de droit fiscal* », Revue juridique de l'économie publique, n°707, Avril 2013, chron. 1.

Arlette DARMON : « *Schémas d'optimisation patrimoniale : la nouvelle donne* », Solution Notaires, Le mensuel, n°2, Février 2013, page 10.

Jean-François DESBUQUOIS, Laurent GUILMOIS, Renaud MORTIER : « *Fiscalité du patrimoine : chronique de l'année 2012* », Droit fiscal, n°9, 28 février octobre 2013, 168.

<sup>158</sup> « *Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés* ».

D'autre part, le Conseil adopte la même solution que le juge de l'impôt en considérant que le seul délai entre la donation et la cession ne suffit pas à présumer le caractère frauduleux de l'opération.

- 302.** Mais, chose étonnante, cette invalidation n'affecte pas la même disposition dupliquée au sein de l'article 150-0 B ter du CGI :

*« La plus-value en report est imposée au nom du donataire et dans les conditions prévues à l'article 150-0 A :*

*1° En cas de cession, d'apport, de remboursement ou d'annulation des titres dans un délai de dix-huit mois à compter de leur acquisition ;*

*2° Ou lorsque les conditions mentionnées au 2° du I du présent article ne sont pas respectées. Le non-respect de la condition de réinvestissement met fin au report d'imposition au titre de l'année au cours de laquelle le délai de deux ans expire. L'intérêt de retard prévu à l'article 1727, décompté de la date de l'apport des titres par le donateur, est applicable ».*

En effet, cette disposition n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel. Dès lors, en matière de donation de titres qui avaient été apportés à une société contrôlée par l'apporteur, la disposition demeure alors même que les motifs de contestation retenus par les Sages sont applicables de la même manière.

- 303.** Aussi, pour que l'opération de donation avant cession réalisée par un contribuable après apport des titres à une société qu'il contrôle postérieurement au 14 novembre 2012 soit un succès, c'est-à-dire pour que l'impôt de plus-value ne soit finalement jamais dû, les contribuables doivent respecter plusieurs obligations résultant de la combinaison de cette nouvelle disposition et de la jurisprudence développée précédemment.

- 304.** Tout d'abord, la donation doit impérativement précéder la cession à défaut de quoi l'impôt de plus-value pourra être réclamé au contribuable sur le fondement de la procédure de rectification contradictoire de droit commun.

- 305.** Ensuite, la donation ne doit pas être fictive. Ceci implique que le donateur ne se réapproprie pas les biens en application de l'adage bien connu « *Donner et retenir*

*ne vaut* ». En cas de non-respect de l'intention libérale, la donation sera fictive et sanctionnée au titre de la procédure spéciale de répression des abus de droit.

- 306.** Enfin, si les titres donnés avaient bénéficié d'un report d'imposition sur le fondement de l'article 150-0 B ter du CGI, que le donataire contrôle la société bénéficiaire de l'apport et qu'il procède à la cession des titres donnés avant l'écoulement d'un délai de dix-huit mois depuis la transmission à titre gratuit ou que la société ne respecte pas la condition de réinvestissement dans l'hypothèse où elle aurait cédé les titres apportés dans les trois ans suivant l'apport, alors le donataire doit acquitter l'impôt relatif à la plus-value reportée.
- 307.** Une différence doit être soulignée. Si dans les quatre hypothèses que nous venons d'évoquer, l'absence de respect de la règle posée aboutit à l'imposition de la plus-value de cession, le redevable de cet impôt ne sera pas le même. En effet, si la donation intervient après la cession ou qu'elle est fictive, alors c'est le donateur qui sera redevable de l'impôt. En revanche, si le donataire qui contrôle la société bénéficiaire de l'apport ne respecte pas les prescriptions de l'article 150-0 B ter du CGI alors c'est sur lui que pèsera l'obligation fiscale. Rappelons que cette hypothèse ne vaut que pour les cas où un apport a été réalisé à une société contrôlée par l'apporteur postérieurement au 14 novembre 2012<sup>159</sup>.
- 308.** La solution est plus simple et appelle moins de commentaires concernant la transmission par décès des titres reçus en rémunération de l'apport.

### ***B. La transmission par décès***

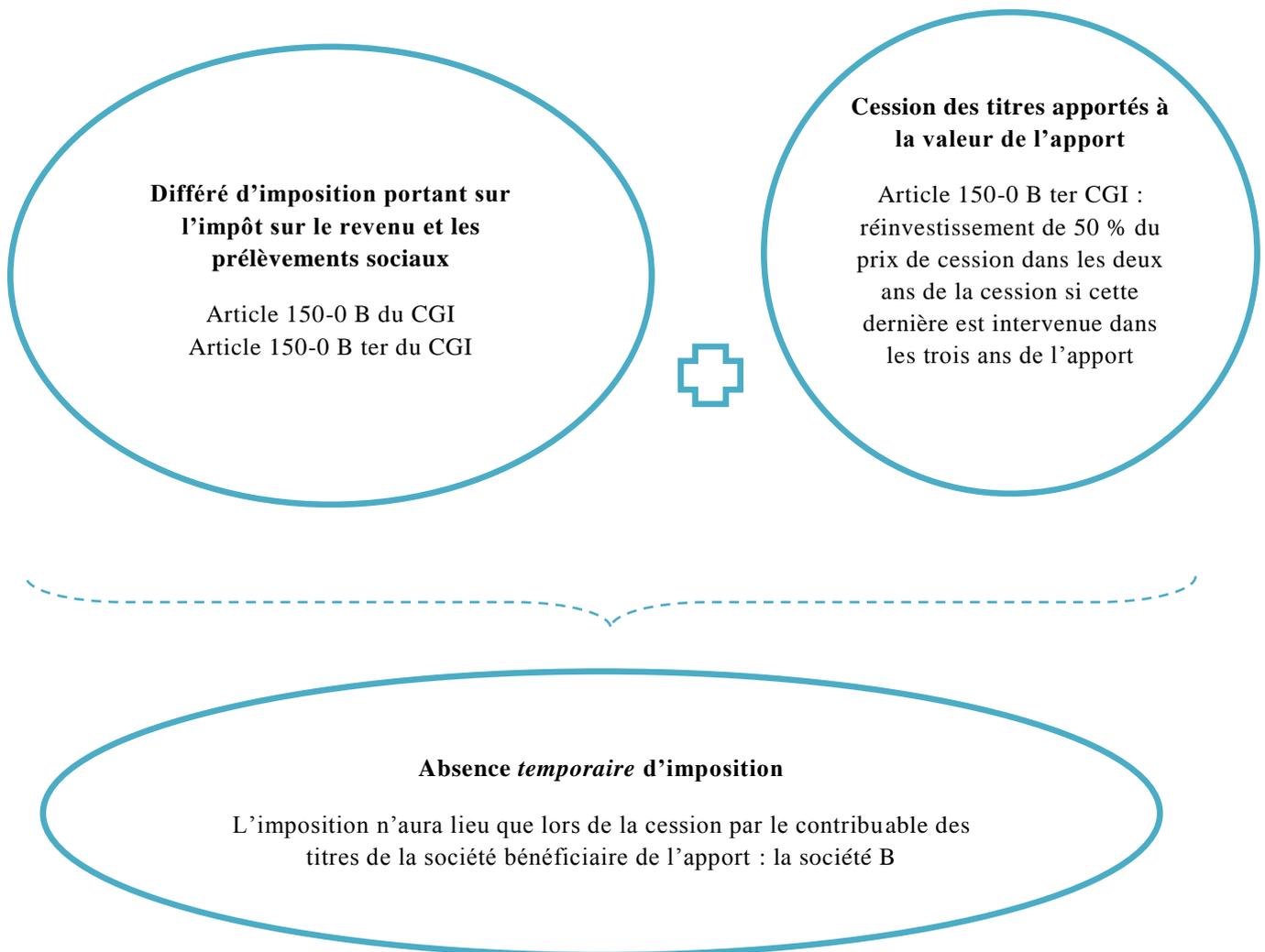
- 309.** Il résulte également de l'instruction précitée du 13 juin 2001, que la succession permet d'effacer la plus-value sur les titres transmis. En la matière il n'est pas question du respect d'une quelconque chronologie des opérations ni même de l'abus de droit.

---

<sup>159</sup> Champ d'application de l'article 150-0 B ter du CGI.

**310.** En outre, l'article 150-0 B ter du CGI ne prévoit pas de disposition particulière dans cette hypothèse. La succession permet donc de gommer la plus-value relative aux titres reçus en échange de l'apport.

**311.** Bilan : Avantage fiscal résultant de l'opération d'apport-cession



**312.** Il résulte de ce qui précède que, dans un cadre national, le seul moyen pour le contribuable de transformer le différé d'imposition de sa plus-value en exonération est de donner ou de décéder. Dans ces deux hypothèses, il ne peut jouir du prix de cession.

Toutefois, l'opération d'apport-cession peut être optimisée jusqu'à transformer le simple différé d'imposition de la plus-value de cession des titres en véritable exonération grâce à la délocalisation du domicile fiscal : c'est l'apport-cession-délocalisation.

## **TITRE 2 : L'APPORT-CESSION-DÉLOCALISATION**

**313.** Comme nous venons de l'étudier, l'apport-cession réalisé sur le territoire national permet aux détenteurs de titres de réaliser des investissements, à travers la société bénéficiaire de l'apport, sans que la capacité d'investissement ne soit amputée en raison de la fiscalité applicable à la plus-value de cession. Il s'agit là d'une excellente alternative à la cession des titres suivie de l'investissement du prix de cession net d'impôts.

L'effet de levier ne fait pas de doute tant que le contribuable apporteur conserve les titres de la société bénéficiaire de l'apport.

**314.** En revanche, dès lors qu'il cède les titres reçus en échange de l'apport, l'imposition qui avait été différée, est exigée. Le report d'imposition octroyé automatiquement par l'article 150-0 B ter du CGI comme le sursis, lui aussi automatique, prévu par l'article 150-0 B du CGI, n'ont pas vocation à supprimer l'imposition, ils octroient simplement un avantage de trésorerie temporaire.

**315.** Aussi, en droit interne, le seul moyen pour que la plus-value soit définitivement exonérée est la transmission à titre gratuit réalisée dans les conditions que nous avons développées. S'il veut jouir des fonds à titre personnel, le contribuable apporteur devra accepter de céder ses titres et acquitter l'impôt de plus-value qui avait été différé.

**316.** C'est précisément sur ce point que la délocalisation du domicile fiscal va permettre d'augmenter le bénéfice résultant de l'opération.

**317.** Le critère de détermination de la juridiction fiscale compétente est, le plus souvent, le lieu de résidence du contribuable. En outre, il existe, au sein d'Etats limitrophes à la France des systèmes d'imposition des plus-values sur cession de valeurs mobilières et de droits sociaux plus avantageux que celui actuellement en vigueur en France. Dans un tel contexte (Chapitre 1), le contribuable pourra être amené à envisager de combiner la réalisation de son apport-cession au transfert de son domicile fiscal hors de France (Chapitre 2).

## Chapitre 1 : Le contexte de l'apport-cession-délocalisation

- 318.** Si l'existence de systèmes d'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux plus avantageux que celui en vigueur en France peut motiver les contribuables français à transférer leur domicile fiscal hors de nos frontières (Section 2), c'est parce que la détermination de la juridiction fiscale compétente se fait, le plus souvent, en fonction du lieu du domicile fiscal du contribuable (Section 1).

### Section 1 : La détermination de la juridiction fiscale compétente

- 319.** Il résulte de l'article 4 A du CGI que la domiciliation du contribuable détermine l'étendue de la compétence fiscale de l'Etat français à son égard :

*« Les personnes qui ont en France leur domicile fiscal sont passibles de l'impôt sur le revenu en raison de l'ensemble de leurs revenus.*

*Celles dont le domicile fiscal est situé hors de France sont passibles de cet impôt en raison de leurs seuls revenus de source française ».*

Ainsi, si les non-résidents ne sont imposables en France qu'à raison de leurs revenus de source française<sup>160</sup>, il résulte de l'alinéa 1 de cet article que sont passibles de l'impôt sur le revenu en France, pour l'ensemble de leurs revenus, les personnes qui ont leur domicile fiscal en France. Il s'agit là d'une obligation fiscale illimitée qui inclut dans la base imposable en France les revenus de source française mais aussi tous les revenus de source étrangère.

- 320.** La détermination du lieu du domicile fiscal du contribuable (Paragraphe 1) constitue donc le préalable indispensable à la fixation des obligations fiscales du contribuable et à la répartition du pouvoir d'imposition entre les différents Etats concernés par l'opération d'apport-cession-délocalisation (Paragraphe 2).

---

<sup>160</sup> Article 4 A alinéa 2 du CGI.

### ***Paragraphe 1 : La domiciliation fiscale***

- 321.** S'interroger sur la domiciliation fiscale d'un contribuable c'est rechercher s'il est domicilié en France au sens du droit interne et si une convention fiscale internationale d'élimination des doubles impositions négociée par la France ne remet pas en cause la règle posée par le droit interne<sup>161</sup>.
- 322.** Il s'agit là de l'application du principe de subsidiarité des conventions fiscales internationales selon lequel dans une situation fiscale internationale, le juge doit tout d'abord vérifier si une imposition peut être établie selon le droit interne avant de vérifier si, dans les conventions qu'il a négocié, une disposition ne fait pas obstacle à cette imposition<sup>162</sup>.
- 323.** Ce principe comporte deux éléments :
- La priorité du droit interne.
- Les conventions fiscales n'ont pas vocation à remplacer le droit interne. En effet, elles ne réglementent pas en totalité la question fiscale entre les Etats contractants, elles ont simplement pour objectif d'éviter les doubles impositions.

---

<sup>161</sup>Voir notamment : Thierry LAMBERT : « *Contribution à l'examen des critères relatifs à la domiciliation fiscale des personnes physiques* », Droit fiscal, n°37, 12 septembre 2001, 100186.

<sup>162</sup> Conseil d'Etat, 17 mars 1993, n° 85894 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.-s., Memmi, RJF 5/93, n° 369 ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement Jacques ARRIGHI DE CASANOVA : « *Règles internes et conventions internationales. Priorité à l'examen de la situation du contribuable au regard du droit interne* », RJF 1993, pages 359 et suivantes.

Conseil d'Etat, 28 juin 2002, n° 232276, Schneider Electric, RJF 10/02, n° 1080 ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement Stéphane AUSTRY : « *Mode d'emploi des conventions fiscales bilatérales : la convention franco-suisse fait-elle obstacle à l'application de l'article 209 B du CGI ?* », BDCF 10/02, n°120.

Voir notamment :

Laurent OLLEON : « *Article 209 B et conventions fiscales internationales : « Après les ténèbres, la lumière* » », RJF 10/02, pages 755 et suivantes.

Bernard CASTAGNEDE : « *Fiscalité internationale : chronique de l'année 2008* », Droit fiscal, n°9, 26 février 2009, 216.

Conseil d'Etat, 28 mars 2008, n° 271366, Aznavour, RJF 6/08, n° 629 ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement Claire LANDAIS : « *Une somme versée par une société française à une société britannique en contrepartie d'un concert donné en France par un artiste résident fiscal suisse est-elle taxable en France entre les mains de cet artiste ?* », BDCF 6/08, n°69.

Voir notamment : Bernard CASTAGNEDE : « *Fiscalité internationale : chronique de l'année 2008* », Droit fiscal, n°9, 26 février 2009, 216.

Dès lors, elles ne peuvent pas à elles seules fonder une imposition, contrairement au droit interne.

En revanche, dans la mesure où elles organisent un partage de compétence entre les signataires, elles peuvent justifier que l'application d'une disposition interne soit écartée.

- La primauté des conventions fiscales internationales.

Il résulte de l'article 55 de la Constitution française que :

*« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».*

Aussi, dans l'hypothèse d'une contrariété entre la règle de droit interne et la convention fiscale internationale, c'est la convention fiscale qui prime dans la hiérarchie des normes.

**324.** Dans sa chronique relative aux arrêts n°84774 et 91895 rendus le 19 décembre 1975<sup>163</sup>, Bruno MARTIN-LAPRADE synthétisait ce principe de la manière suivante :

*« A première vue, il peut paraître surprenant qu'un moyen de droit interne soit examiné avant celui qui est fondé sur une convention internationale alors que l'article 55 de notre constitution reconnaît aux traités et accords régulièrement ratifiés ou approuvés, une autorité supérieure à celle des lois françaises, et que par ailleurs le Code général des Impôts fait systématiquement réserve des dispositions des conventions internationales. Mais le paradoxe n'est qu'apparent si l'on remarque que les conventions internationales conclues en vue d'éviter les doubles impositions ne permettent pas, en principe, de prélever un impôt que la loi interne n'eût pas permis de prélever ; autrement dit, elles n'ont pas pour effet de donner par elles-*

---

<sup>163</sup> Conseil d'Etat, 19 décembre 1975, n° 84774 et 91895, Plén, et chronique de Bruno MARTIN-LAPRADE : RJF 2/76, n°77.

*mêmes un fondement autonome - et le cas échéant dérogatoire à la loi interne - à l'application d'un impôt. Leur objet est seulement, comme leur nom l'indique d'ailleurs, de faire éventuellement obstacle à une imposition déjà prévue par la loi interne. La hiérarchie des normes juridiques n'a donc pas lieu d'intervenir dès lors que la logique de ces conventions implique que soient d'abord définis le champ d'application et la portée de la loi interne avant que ne soient envisagées les éventuelles dérogations que celles-là apportent à celle-ci.*

- 325.** Ainsi, le juge doit tout d'abord vérifier si un contribuable pourrait être regardé comme ayant son domicile fiscal en France (A). Si la réponse est positive, il doit ensuite vérifier si les conventions fiscales internationales ne font pas obstacle à cette disposition (B).

#### ***A. Les conditions de domiciliation retenues par le droit interne***

- 326.** En droit interne, l'article 4 B, 1 du CGI<sup>164</sup> pose la définition de la résidence fiscale en France :

*« 1. Sont considérées comme ayant leur domicile fiscal en France au sens de l'article 4 A :*

*a. Les personnes qui ont en France leur foyer ou le lieu de leur séjour principal ;*

*b. Celles qui exercent en France une activité professionnelle, salariée ou non, à moins qu'elles ne justifient que cette activité y est exercée à titre accessoire ;*

*c. Celles qui ont en France le centre de leurs intérêts économiques ».*

---

<sup>164</sup> Disposition issue de l'article 2 de la loi n°76-1234 du 29 décembre 1976 modifiant les règles de territorialité et les conditions d'imposition des français de l'étranger ainsi que des autres personnes non domiciliées en France.

- 327.** Trois types de critères sont donc susceptibles de rattacher un contribuable à la juridiction fiscale française :
- Des critères personnels : le foyer ou le lieu de séjour principal,
  - Un critère professionnel : l'exercice d'une activité professionnelle non accessoire,
  - Un critère économique : le centre des intérêts économique.
- 328.** La détermination du foyer d'une personne ayant fondé une famille s'apprécie par référence au lieu où ce dernier ou sa famille réside normalement de manière permanente. Il en va ainsi même lorsque le contribuable est amené à séjourner dans d'autres Etats pour des raisons professionnelles dès lors que le centre de ses intérêts familiaux demeure en France. Cette solution a notamment été affirmée dans un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 17 novembre 2012<sup>165</sup> concernant un contribuable disposant d'un appartement et travaillant au Gabon alors que son épouse et ses enfants vivaient en France ou encore le 23 juin 2000<sup>166</sup> au sujet d'un avocat détenant un appartement et travaillant en Syrie tandis que ses enfants résidaient dans un appartement loué en France et y étaient scolarisés peu important la durée des séjours en Syrie. Ainsi, la situation en France de la famille du contribuable permet à l'Etat de le considérer comme domicilié en France.
- Concernant un contribuable célibataire, le foyer désigne le lieu où il habite normalement et a le centre de ses intérêts « *personnels* »<sup>167</sup> et non plus « *familiaux* », la notion de famille étant ici entendue au sens restrictif de l'époux ou de l'épouse et des enfants.
- 329.** Lorsque le contribuable n'a pas de famille en France, l'Administration fiscale française peut toutefois considérer qu'il est domicilié en France dès lors qu'il a son lieu de séjour principal en France peu important que le contribuable réside dans un logement loué, acquis, mis à disposition à titre gratuit ou qu'il réside à l'hôtel<sup>168</sup>.

---

<sup>165</sup> Conseil d'Etat, 17 novembre 2012, n°316144, Venekas et Madame Giannarelli épouse Venekas, RJF 3/11 n°268.

<sup>166</sup> Conseil d'Etat, 23 juin 2000, n°196143, Al Kallas, RJF 9-10/00, n°1041.

<sup>167</sup> Conseil d'Etat, 17 mars 2010, n°299770, M. Blanc, RJF 6/10, n°555.

<sup>168</sup> BOI-IR-CHAMP-10 n°120, 31-01-2013.

Selon l'Administration, ce qui compte ici, en règle générale, c'est la présence effective du contribuable sur le territoire français « *pendant plus de six mois au cours d'une année donnée* »<sup>169</sup>.

- 330.** Est également considéré, par le droit français, comme un contribuable relevant de la juridiction fiscale française, le contribuable qui exerce une activité professionnelle en France, salariée ou non<sup>170</sup>, à titre principal. L'élément permettant de distinguer l'activité principale de l'activité accessoire est le temps effectif consacré à l'activité et, si ce critère temporel ne peut être appliqué ou n'est pas déterminant, l'activité principale sera celle qui génère la part des revenus mondiaux la plus importante<sup>171</sup>.
- 331.** Enfin, sera domicilié en France le contribuable qui y a le centre de ses intérêts économiques. Cette notion fait référence à un faisceau d'indices pouvant être constitué notamment du lieu où le contribuable réalise ses principaux investissements, gère ses biens ou d'où il tire la majeure partie de ses revenus<sup>172</sup>.
- 332.** Ces critères sont alternatifs et non hiérarchisés. Il suffit donc qu'une personne remplisse l'un de ces critères pour qu'elle soit considérée, par l'Etat français, comme fiscalement domiciliée en France, à moins, toutefois, que les conventions fiscales internationales ne s'opposent à la domiciliation en France.

### ***B. La détermination de la résidence fiscale des contribuables selon les conventions fiscales***

- 333.** La définition de la résidence donnée par l'article 4 du modèle de convention d'élimination des doubles impositions de l'Organisation de coopération et de développement économique – ci-après OCDE – respecte le principe de subsidiarité des conventions fiscales précédemment défini.

---

<sup>169</sup> BOI-IR-CHAMP-10 n°130, 31-01-2013.

<sup>170</sup> BOI-IR-CHAMP-10 n°170, 31-01-2013.

<sup>171</sup> BOI-IR-CHAMP-10 n°220, 31-01-2013.

<sup>172</sup> BOI-PAT-ISF-20-10-20 n°50, 14-06-2013.

**334.** En effet, le paragraphe 1 de l'article 4 de la convention modèle OCDE<sup>173</sup> définit tout d'abord la notion de résidence par référence au droit interne : est résident d'un Etat en vertu de la convention celui qui l'est au regard du droit de cet Etat :

*« 1. Au sens de la présente Convention, l'expression « résident d'un État contractant » désigne toute personne qui, en vertu de la législation de cet État, est assujettie à l'impôt dans cet État, en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère de nature analogue et s'applique aussi à cet État ainsi qu'à toutes ses subdivisions politiques ou à ses collectivités locales. [...] ».*

**335.** Le principe veut donc que la définition de la résidence soit déterminée conformément au droit interne des Etats signataires.

Toutefois, il est possible que plusieurs Etats considèrent, sur la base de leur droit interne, le contribuable comme un résident local de sorte qu'il relève de leur juridiction fiscale. Ainsi, dans les hypothèses où le droit national ne permet pas de trancher la question de la domiciliation, le paragraphe 2 de cet article résout le conflit par le recours à des critères communs négociés :

*« 2. Lorsque, selon les dispositions du paragraphe 1, une personne physique est un résident des deux États contractants, sa situation est réglée de la manière suivante :*

*a) cette personne est considérée comme un résident seulement de l'État où elle dispose d'un foyer d'habitation permanent ; si elle dispose d'un foyer d'habitation permanent dans les deux États, elle est considérée comme un résident seulement de l'État avec lequel ses liens personnels et économiques sont les plus étroits (centre des intérêts vitaux) ;*

*b) si l'État où cette personne a le centre de ses intérêts vitaux ne peut pas être déterminé, ou si elle ne dispose d'un foyer d'habitation permanent dans aucun des États, elle est considérée*

---

<sup>173</sup> Cf. Annexe 2.

*comme un résident seulement de l'État où elle séjourne de façon habituelle ;*

*c) si cette personne séjourne de façon habituelle dans les deux États ou si elle ne séjourne de façon habituelle dans aucun d'eux, elle est considérée comme un résident seulement de l'État dont elle possède la nationalité ;*

*d) si cette personne possède la nationalité des deux États ou si elle ne possède la nationalité d'aucun d'eux, les autorités compétentes des États contractants tranchent la question d'un commun accord ».*

- 336.** Contrairement aux critères de détermination du lieu du domicile fiscal posés par le droit interne français, ces différents critères sont d'application hiérarchisée et successive.

En droit interne français, il suffit que l'un des critères permette de caractériser un rattachement du contribuable à la France pour qu'il soit considéré comme domicilié en France, aucun critère ne primant sur les autres.

En revanche, ici la résidence du contribuable doit tout d'abord être évaluée en fonction du premier critère – le foyer d'habitation permanent. S'il ne permet pas de rattacher le contribuable à un seul des Etats contractants, alors la convention donne la priorité à l'Etat dans lequel le contribuable a le centre de ses intérêts vitaux. Si ce critère est également insuffisant, le contribuable est considéré comme résident de l'Etat où il séjourne habituellement. Si ce critère ne permet pas non plus de rattacher le contribuable à l'un des Etats contractants, c'est sa nationalité puis, à défaut, un accord amiable entre les Etats qui règlent la question de la résidence.

Aussi, chaque critère n'intervient que si le précédent n'a pas permis de trancher la question de la résidence du contribuable.

- 337.** Les trois premiers critères peuvent paraître quelque peu obscurs, d'où la nécessité de définir l'interprétation qui en est faite. Les commentaires effectués par l'OCDE nous éclairent sur ce point.

- 338.** Le premier critère, le foyer d'habitation permanent, fait référence à la mise à disposition d'un bien immobilier susceptible d'accueillir le contribuable à tout moment quel que soit la forme de l'habitation (appartement, chambre d'hôtel réservée et réglée à l'année ...). Les commentaires OCDE<sup>174</sup> précisent que la notion de permanence de l'habitation est essentielle. Il faut que la mise à disposition du logement soit continue.
- 339.** Si un contribuable a un foyer d'habitation permanent dans les deux Etats parties à la convention, c'est celui dans lequel il a le centre de ses intérêts vitaux qui sera son Etat de résidence. Le centre des intérêts vitaux comprend les relations familiales du contribuable, ses activités politiques, culturelles ou autres, le lieu d'où il gère ses biens, le centre de ses affaires ... C'est donc un faisceau d'indices relatifs à la vie quotidienne du contribuable qui permettra de déterminer le centre de ses intérêts vitaux : inscription sur les listes électorales, immatriculation des véhicules, consommations électrique et de téléphonie, comptes bancaires ...
- 340.** Le troisième critère, le lieu du séjour habituel, consiste à rechercher le lieu où le contribuable séjourne le plus souvent.
- 341.** Notons tout de même que certaines conventions fiscales ne reprennent pas exactement cette modalité de détermination de la résidence fiscale du contribuable. C'est le cas de la convention franco-belge signée à Bruxelles le 10 mars 1964<sup>175</sup>.
- 342.** Dans son article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, la convention dispose :
- « 2. Une personne physique est réputée résident de l'Etat contractant où elle dispose d'un foyer permanent d'habitation.*
- a) Lorsqu'elle dispose d'un foyer permanent d'habitation dans chacun des Etats contractants, elle est considérée comme un résident de l'Etat contractant avec lequel ses liens personnels et économiques sont les plus étroits, c'est-à-dire de l'Etat contractant où elle a le centre de ses intérêts vitaux ;*

---

<sup>174</sup> Commentaires OCDE, paragraphe 13 C(4)-6

<sup>175</sup> Cf. Annexe 2.

*b) Si l'Etat contractant où cette personne a le centre de ses intérêts vitaux ne peut être déterminé, elle est considérée comme un résident de l'Etat contractant où elle séjourne de façon habituelle ;*

*c) Si cette personne séjourne de façon habituelle dans chacun des Etats contractants ou qu'elle ne séjourne de façon habituelle dans aucun d'eux, elle est considérée comme un résident de l'Etat contractant dont elle possède la nationalité ;*

*d) Si cette personne possède la nationalité de chacun des Etats contractants ou qu'elle ne possède la nationalité d'aucun d'eux, les autorités compétentes des Etats contractants tranchent la question d'un commun accord ».*

Ainsi, contrairement au modèle OCDE aucun renvoi vers la notion interne de résidence de l'Etat n'est prévu. Cela implique-t-il que dans une telle hypothèse le droit national n'est plus prioritaire ? Le principe de subsidiarité des conventions doit-il être écarté ? Les contribuables et le juge doivent-il se fonder directement sur la convention fiscale pour déterminer de quel Etat ils sont résidents ?

- 343.** Selon Bruno GOUTHIERE<sup>176</sup>, dans cette hypothèse, il conviendrait de se référer directement au droit conventionnel. Les critères conventionnels seraient donc suffisants et le recours au droit national superflu. Une telle position pourrait être justifiée par la supériorité des conventions fiscales par rapport aux lois dans la hiérarchie des normes : la norme supérieure – la convention – ne faisant pas référence au droit interne, celui-ci devrait être écarté.

---

<sup>176</sup> Bruno GOUTHIERE : « *Les impôts dans les affaires internationales* », Editions Francis Lefebvre.

**344.** Cette même solution avait été invoquée par le Ministre du budget dans l'affaire Lesmaris concernant l'application de la convention franco-marocaine<sup>177</sup>. Le Commissaire du Gouvernement Guillaume GOULARD indiquait dans ses conclusions sur cette affaire<sup>178</sup> que :

*« [...] nous pensons qu'il est préférable de ne donner aux conventions qu'un rôle subsidiaire. Cela consiste à ne faire jouer la convention que s'il existe un problème de double imposition, ce qui implique que le juge national se préoccupe, du moins avant d'appliquer les stipulations de la convention, du point de savoir si le contribuable est imposable en France au regard du droit interne ».*

**345.** Le Conseil d'Etat répond expressément à cette question dans l'arrêt Cheynel du 11 avril 2008<sup>179</sup> :

*« [...] si une convention bilatérale conclue en vue d'éviter les doubles impositions peut, en vertu de l'article 55 de la Constitution, conduire à écarter, sur tel ou tel point, la loi fiscale nationale, elle ne peut pas, par elle-même, directement servir de base légale à une décision relative à l'imposition ; que, par suite, il incombe au juge de l'impôt, lorsqu'il est saisi d'une contestation relative à une telle convention, de se placer d'abord au regard de la loi fiscale nationale pour rechercher si, à ce titre, l'imposition contestée a été valablement établie et, dans l'affirmative, sur le fondement de quelle qualification ; qu'il lui appartient ensuite, le*

---

<sup>177</sup> Conseil d'Etat, 6 avril 1998, n° 161481, 9° et 8° s.-s., ministre c/ Lesmaris, RJF 5/98, n°526.

<sup>178</sup> Guillaume GOULARD : « *Conventions internationales - Domicile fiscal au sens de la Convention franco-marocaine : pour la détermination du centre des activités professionnelles, il doit être tenu compte des activités qui sont la source de profits imposés dans une catégorie de bénéficiaires professionnels* », Droit fiscal, n°39, 23 septembre 1998.

<sup>179</sup> Conseil d'Etat, 11 avril 2008, n° 285583, 10° et 9° s.-s., Cheynel, RJF 7/08, n°769 ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement Claire LANDAIS : « *Le principe de subsidiarité des conventions fiscales bilatérales s'applique-t-il dans le cas de conventions qui définissent directement et de manière autonome les critères de détermination de la résidence fiscale ?* », BDCF 6/08, n°83.

Voir notamment : Bernard CASTAGNEDE : « *Fiscalité internationale : chronique de l'année 2010* », Droit fiscal, n°9, 3 mars 2011, 235.

*cas échéant, en rapprochant cette qualification des stipulations de la convention, de déterminer - en fonction des moyens invoqués devant lui ou même, s'agissant de déterminer le champ d'application de la loi, d'office - si cette convention fait ou non obstacle à l'application de la loi fiscale ; qu'il en est ainsi à l'égard de toute convention ayant cet objet, telle que la convention conclue le 10 mars 1964 entre la France et la Belgique, alors même qu'elle définit directement les critères de la résidence fiscale à prendre en compte pour les besoins de son application ».*

Il en est résulté que, indépendamment de l'existence d'un renvoi de la Convention à la définition de la résidence fiscale posée par la législation nationale, le juge doit d'abord se référer au droit français.

**346.** Le Conseil d'Etat rappelle ici le fondement du principe de subsidiarité : les conventions fiscales ne constituent pas un fondement autonome d'imposition. Elles n'ont vocation à intervenir que dans l'hypothèse d'une double imposition pour écarter un droit national non conforme à une disposition négociée. Le Commissaire du Gouvernement Claire LANDAIS indiquait dans ses conclusions<sup>180</sup> sur cette affaire que :

*« [...] nous ne voyons pas en quoi cette spécificité de rédaction serait de nature à remettre en cause le principe de subsidiarité ».*

Le principe de subsidiarité ne tient pas sa source de la rédaction des conventions fiscales internationales, il tient sa source du fondement de ces conventions c'est-à-dire de l'objectif de lutte contre les doubles impositions.

Dès lors, l'absence de référence au droit interne pour la détermination de l'Etat de rattachement par les conventions fiscales est indifférente.

**347.** Une fois le lieu de la résidence fiscale déterminé, les conventions fiscales répartissent le droit d'imposer en fonction de ce dernier.

---

<sup>180</sup> Claire LANDAIS, « *Le principe de subsidiarité des conventions fiscales bilatérales s'applique-t-il dans le cas de conventions qui définissent directement et de manière autonome les critères de détermination de la résidence fiscale ?* », BDCF 6/08, n°83.

## ***Paragraphe 2 : La répartition du droit d'imposer***

**348.** Les conventions fiscales d'élimination des doubles impositions ne posent pas seulement les critères à retenir pour déterminer de quel Etat un contribuable est le redevable, elles indiquent également comment le droit d'imposer doit être réparti en fonction du critère de résidence. Il convient donc d'étudier cette répartition conventionnelle ainsi que la façon dont elle se combine avec les dispositions nationales (A) et particulièrement avec les différés d'imposition (B).

### ***A. Le droit d'imposition : droit interne et conventions fiscales internationales***

**349.** Il convient de distinguer deux hypothèses de répartition : celle des conventions correspondant au modèle OCDE (1) et celles qui prévoient une disposition particulière concernant les plus-values de cession portant sur des participations substantielles (2).

#### ***1. Répartition du droit d'imposer et conventions modèle OCDE***

**350.** Il résulte de l'article 4 A du CGI déjà évoqué que les contribuables domiciliés en France y sont imposés à raison de l'ensemble de leurs revenus. Il en va donc également ainsi de leurs plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux.

**351.** Concernant les non-résidents, le principe de non-imposition de leurs plus-values de cession de droits sociaux et de valeurs mobilières est posé par l'article 244 bis C du CGI :

*« Sous réserve des dispositions de l'article 244 bis B, les dispositions de l'article 150-0 A ne s'appliquent pas aux plus-values réalisées à l'occasion de cessions à titre onéreux de valeurs mobilières ou de droits sociaux effectuées par les personnes qui ne sont pas fiscalement domiciliées en France au sens de l'article 4 B [...] ».*

- 352.** Cette répartition du droit d'imposer est identique à celle retenue par les conventions modèle OCDE, c'est-à-dire notamment la convention franco-belge du 10 mars 1964<sup>181</sup> ou encore la convention franco-suisse du 9 septembre 1966<sup>182</sup>.
- 353.** En effet, l'article 13 paragraphe 4 de la convention modèle OCDE<sup>183</sup> d'élimination des doubles impositions – dite « *clause balai* » – dispose :
- « Les gains provenant de l'aliénation de tous biens autres que ceux visés aux paragraphes 1, 2 et 3 ne sont imposables que dans l'État contractant dont le cédant est un résident ».*
- 354.** Ainsi, il résulte du paragraphe 4 de cet article que, s'agissant des plus-values issues de la cession des « *autres biens* », au rang desquels nous retrouvons les droits sociaux et les valeurs mobilières, le droit d'imposition revient au pays dont le contribuable est résident.
- 355.** Il s'agit là du droit commun. Toutefois, la France a émis une réserve concernant les participations substantielles.

## ***2. Répartition du droit d'imposer et clauses relatives aux participations substantielles***

- 356.** La France a émis une réserve concernant la clause balai issue du modèle OCDE afin d'imposer les plus-values issues de cessions de participations substantielles de sociétés résidentes fiscales de France réalisées par des non-résidents :
- « La France accepte la disposition du paragraphe 5 mais souhaite cependant se réserver la possibilité d'appliquer les dispositions de sa législation concernant l'imposition des gains provenant de l'aliénation d'actions ou de parts faisant partie d'une participation substantielle dans le capital d'une société qui est un résident de France ».*

---

<sup>181</sup> Article 18 de la Convention franco-belge du 10 mars 1964.

<sup>182</sup> Article 15 de la Convention franco-suisse du 9 septembre 1966.

<sup>183</sup> Cf. Annexe 2.

**357.** Par cette réserve, l'Etat indique sa volonté d'appliquer son article 244 bis B du CGI. En effet, l'article 244 bis C du CGI qui pose le principe de non-imposition des non-résidents sur leurs plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux s'applique « *sous réserve des dispositions de l'article 244 bis B* ». Précisément, cet article pose une exception au principe de non-imposition :

*« [...] les gains mentionnés à l'article 150-0 A résultant de la cession ou du rachat de droits sociaux mentionnés au f du I de l'article 164 B, réalisés par des personnes physiques qui ne sont pas domiciliées en France au sens de l'article 4 B ou par des personnes morales ou organismes quelle qu'en soit la forme, ayant leur siège social hors de France, sont déterminés selon les modalités prévues aux articles 150-0 A à 150-0 E et soumis à un prélèvement au taux de 19 % ou, pour les gains réalisés à compter du 1er janvier 2013, de 45 % lorsque les droits dans les bénéfices de la société détenus par le cédant ou l'actionnaire ou l'associé, avec son conjoint, leurs ascendants et leurs descendants, ont dépassé ensemble 25 % de ces bénéfices à un moment quelconque au cours des cinq dernières années ».*

Ainsi, si les plus-values sur cession de droits sociaux et de valeurs mobilières réalisées par des non-résidents ne sont en principe pas imposables en France, elles le deviennent dès lors qu'elles portent sur des participations substantielles de sociétés résidentes de France.

Les gains ainsi définis relèvent, selon cet article, de la juridiction fiscale française et sont, à ce titre, imposés au taux de 45 %<sup>184</sup>, soit le taux marginal de l'impôt sur le revenu, pour les gains réalisés depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013. Ce prélèvement est libératoire. Toutefois, l'imposition ainsi calculée n'est pas nécessairement définitive, les contribuables ayant la faculté de demander le remboursement de l'impôt excédant la somme qui aurait été due en application du barème progressif de l'impôt sur le revenu à cette plus-value. Notons enfin que ces plus-values sont intégrées au revenu fiscal de référence défini à l'article 1417 du CGI.

---

<sup>184</sup> Notons que si le cédant est résident d'un Etat ou territoire non coopératif, les plus-values sont imposées au taux 75 % sans condition de pourcentage de détention minimum.

**358.** Toutefois, le droit conventionnel étant supérieur au droit national dans la hiérarchie des normes<sup>185</sup>, cet article ne pourra véritablement s'appliquer que si les conventions fiscales internationales l'autorisent.

C'est précisément l'objet des dispositions de certaines conventions fiscales prévoyant un régime distinct concernant les plus-values substantielles.

Ces dernières posent une exception au principe de l'imposition des plus-values de cessions de droit sociaux et de valeurs mobilières dans l'Etat de résidence du cédant et appliquent une règle spécifique aux cessions de participations substantielles. C'est le cas de la convention franco-espagnole du 10 octobre 1995<sup>186</sup> ou encore de la convention franco-italienne du 5 octobre 1989<sup>187</sup>.

**359.** Ainsi, l'article 7, paragraphe 8-b) du protocole de la convention franco-italienne et l'article 13, paragraphe 2-a) de la convention franco-espagnole indiquent tous deux<sup>188</sup> que les gains provenant de l'aliénation d'actions ou de parts faisant partie d'une participation substantielle dans le capital d'une société qui est un résident d'un Etat sont imposables dans cet Etat.

**360.** Il en résulte qu'un ancien contribuable français, devenu résident de l'un de ces deux pays qui vend la participation substantielle qu'il détient dans une société résidente française alors qu'il a déjà délocalisé son domicile fiscal demeurera imposable selon les règles et le taux du droit national français. En l'espèce, la délocalisation du domicile fiscal serait donc sans effet sur le droit applicable aux plus-values mobilières sur cessions substantielles.

---

<sup>185</sup> Article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958.

<sup>186</sup> Article 13, paragraphe 2-a) de la Convention franco-espagnole du 10 octobre 1995.

<sup>187</sup> Article 7 paragraphe 8-b) du Protocole de la Convention franco-italienne du 6 octobre 1989.

<sup>188</sup> Cf. Annexe 2.

**361.** Reste à définir la notion de « *participation substantielle* ».

L'article 7, paragraphe 8-b) précité la définit de la manière suivante :

*« On considère qu'il existe une participation substantielle lorsque le cédant, seul ou avec des personnes apparentées, dispose directement ou indirectement d'actions ou de parts dont l'ensemble ouvre droit à 25 pour cent ou plus des bénéfices de la société ».*

L'article 13 paragraphe 2-a) de la convention franco-espagnole prévoit un dispositif similaire en cas de cession de participation substantielle mais en donne une définition plus large :

*« On considère qu'il existe une participation substantielle lorsque le cédant, seul ou avec des personnes apparentées, a détenu directement ou indirectement, à un moment quelconque au cours des douze mois précédant la date de la cession :*

*i) au moins 25 pour cent du capital de cette société ; ou*

*ii) des actions, parts ou autres droits dont l'ensemble ouvre droit à au moins 25 pour cent des bénéfices de la société ».*

**362.** En résumé, si la cession porte sur une participation d'au moins 25 % du capital d'une société ou de droits donnant accès à 25 % des bénéfices, la plus-value qui en résulte doit être imposée non pas dans l'Etat de résidence du contribuable mais dans l'Etat de résidence de la société dès lors qu'une disposition réserve explicitement le cas des participations substantielles.

**363.** Mais quelle interprétation la jurisprudence nationale fait-elle de cette répartition du droit d'imposer en présence d'un différé d'imposition ? En pratique, comment le met-elle en œuvre ? La question posée ici consiste à s'interroger sur la manière dont la jurisprudence française perçoit le lien entre le différé d'imposition obtenu en France et la délocalisation ultérieure du domicile fiscal.

### ***B. Le droit d'imposition et le différé d'imposition***

**364.** Il s'agit ici d'indiquer si l'Etat compétent pour la taxation d'une plus-value dont l'imposition a été différée doit être déterminé au jour de l'obtention du différé d'imposition ou au jour de l'évènement entraînant la fin de ce dernier et l'imposition de la plus-value.

Plusieurs décisions avaient été rendues par les juges administratifs sur la question de la fixation du jour de détermination du régime fiscal applicable en cas de report d'imposition.

**365.** C'est notamment le cas de l'arrêt Chaisemartin<sup>189</sup> concernant le report d'imposition institué par l'article 151 octies du CGI en matière d'apport d'une entreprise individuelle en société. Il s'agissait ici de déterminer si le taux applicable à la plus-value reportée devait être celui en vigueur au jour de l'apport ou à l'issue du report d'imposition.

Le juge rappelle que le report d'imposition n'est pas un simple report de paiement – qui aurait impliqué un calcul de l'impôt au jour de l'apport et un paiement à une date ultérieure – mais bien un report de l'imposition de sorte que le taux applicable est celui en vigueur au jour de l'évènement mettant fin au report d'imposition :

*« Considérant, en premier lieu, que les dispositions précitées de l'article 151 octies, permettant à la personne physique qui apporte à une société des éléments d'actif immobilisé auparavant affectés à l'exercice d'une activité sous une forme individuelle d'obtenir le report de l'imposition de la plus-value réalisée à l'occasion de cet apport, 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*

---

<sup>189</sup> Conseil d'Etat, 10 avril 2001, n°226886, Chaisemartin, RJF 7/02, n°788 ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement Gilles BACHELIER : « Notion de report d'imposition ou de report de paiement : cas de l'article 151 octies relatif aux plus-values constatées lors de l'apport à une société de l'actif d'une entreprise individuelle », BDCF 7/02, n°95

*la rattacher à l'année au cours de laquelle intervient l'événement qui met fin au report d'imposition ; que la CAA, [...] n'a [...] commis aucune erreur de droit en jugeant que la plus-value d'apport réalisée par M. de Chaisemartin en 1981, mais placée en report d'imposition jusqu'à l'année 1992, devait être imposée selon le taux de 16 % seul applicable pour l'imposition des revenus de cette dernière année ».*

**366.** Le Commissaire du Gouvernement Gilles BACHELIER précisait, dans ses conclusions<sup>190</sup> sur cette affaire, que si le report de paiement implique la fixation définitive de l'impôt au jour de son obtention, il en va autrement en matière de report d'imposition. Concernant ce dernier, il faut distinguer le jour de l'obtention du différé d'imposition – fait générateur de la plus-value – et le jour de l'évènement mettant fin au report d'imposition – seul fait générateur de l'imposition. Il distinguait donc le fait générateur de la plus-value du fait générateur de l'imposition.

Ainsi, bien que la plus-value soit calculée au jour de l'apport, le véritable fait générateur de l'imposition, évènement qui rend l'impôt exigible, n'intervient qu'à l'occasion de la fin du report d'imposition. Il en résulte que c'est à ce jour que le taux d'imposition applicable doit être déterminé :

*« [...] le montant de l'imposition est arrêté suivant les modalités, notamment de taux, en vigueur à la date où l'imposition est établie ».*

Le Commissaire du Gouvernement Gilles BACHELIER a réitéré ces commentaires dans l'arrêt Naudet du 28 mai 2004<sup>191</sup>.

---

<sup>190</sup> Gilles BACHELIER : « *Notion de report d'imposition ou de report de paiement : cas de l'article 151 octies relatif aux plus-values constatées lors de l'apport à une société de l'actif d'une entreprise individuelle* », BDCF 7/02, n°95.

<sup>191</sup> Conseil d'Etat, 28 mai 2004, n°256090, Naudet, RJF 8-9/04, n°888 ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement Gilles BACHELIER : « *L'article 160 du CGI permettait-il avant le 16 novembre 1994 en cas d'échange de droits sociaux d'imputer les moins-values sur les plus-values en report d'imposition ?* », BDCF 8-9/04, n°106.

**367.** Ainsi, selon cette jurisprudence, les éléments du régime fiscal applicables aux plus-values reportées devraient être déterminés au jour de l'imposition effective de la plus-value, c'est-à-dire au jour de l'événement mettant fin au report et non au jour où la plus-value est constatée et le différé accordé au contribuable. Or, la résidence fiscale du contribuable étant l'un des éléments essentiels de la détermination du régime fiscal applicable au contribuable, il était probable que la solution serait la même la concernant.

Ce n'est toutefois pas la solution qui a été retenue à plusieurs reprises par l'Administration fiscale.

En effet, sans doute motivée par la perte de la base imposable résultant de la transposition de cette solution à la détermination du lieu du domicile fiscal du contribuable à retenir pour définir la juridiction fiscale compétente, elle a considéré à plusieurs reprises qu'un contribuable domicilié en France au jour de l'apport donnant lieu au report d'imposition, était redevable de l'impôt relatif à la plus-value reportée en France alors même qu'il était devenu résident étranger avant la fin du report.

**368.** C'est notamment ce qui s'est produit dans l'affaire Labbé<sup>192</sup>. En l'espèce, le contribuable avait bénéficié d'un report d'imposition sur le fondement de l'ancien article 92 B, II du CGI au titre d'opérations réalisées en 1992 et 1996. En 1998, ce dernier quitte le territoire national et part s'installer en Suisse. Arguant du non-respect des obligations déclaratives lui incombant cette même année, l'Administration fiscale a considéré que le report d'imposition tombait et que, dans la mesure où le contribuable était résident français au jour de l'obtention du report d'imposition, elle était en droit d'imposer la plus-value devenue liquide.

Le juge a considéré que :

*« pour déterminer le régime d'imposition d'une plus-value, il convient, notamment, d'apprécier la situation du bénéficiaire de la cession à l'origine de cette plus-value, au regard, en*

---

<sup>192</sup> Tribunal administratif de Paris, 7 octobre 2008, n°02-14030, 2<sup>e</sup> section., 1<sup>e</sup> ch., Labbé, RJF 4/09, n°335.

particulier, de sa domiciliation fiscale au cours de cette dernière année ».

Ainsi, c'est le lieu du domicile fiscal du contribuable au jour de la fin du report d'imposition qui conditionne l'attribution du droit d'imposition. Or, dans la mesure où le contribuable n'était plus résident français au jour de la cession des titres, aucune imposition ne pouvait être exigée en France.

- 369.** Cette décision a notamment été confirmée par la dixième chambre du Tribunal administratif de Montreuil<sup>193</sup> dans son jugement De Galbert du 16 décembre 2011<sup>194</sup>.

Dans cette affaire, le Tribunal a considéré que dès lors que le report d'imposition permet de rattacher l'imposition d'une plus-value résultant d'un échange de valeurs mobilières à l'année où survient l'évènement qui y met fin, c'est à cette date que doit être apprécié le régime d'imposition de la plus-value y compris pour ce qui est de la domiciliation fiscale du contribuable.

Aussi, dans la mesure où en l'espèce la contribuable était résidente belge l'année où le report d'imposition a pris fin, l'article 18 de la convention franco-belge, selon lequel l'imposition doit se faire dans l'Etat de résidence, empêchait toute imposition en France peu important donc que la contribuable ait été domiciliée en France lors de la constatation de la plus-value.

- 370.** La même solution a été retenue le 8 juin 2012<sup>195</sup> sur les mêmes fondements dans une affaire Jacob où un contribuable avait lui aussi délocalisé sa résidence fiscale en Belgique.

---

<sup>193</sup> Tribunal compétent pour les non-résidents.

<sup>194</sup> Tribunal administratif de Montreuil, 16 décembre 2011, n°1007855, 10<sup>e</sup> ch, De Galbert, RJF 8-9/12, n°816.

<sup>195</sup> Tribunal administratif de Montreuil, 8 juin 2012, n°1104077, 10<sup>e</sup> ch, M. Jacob ; Conclusions du Rapporteur public Nolwenn PETON-PHILIPPOT dans « *Sort des plus-values en report d'imposition constatées par les contribuables qui transfèrent leur domicile dans un Etat étranger lié par une convention fiscale* » de Eric GINTER et Julien BELLET, Droit fiscal, n°29, 19 juillet 2012.

Voir notamment :

Julien BELLET et Eric GINTER : « *Sort des plus-values en report d'imposition constatées par des contribuables qui transfèrent leur domicile dans un Etat étranger lié par une convention fiscale* », Droit fiscal, n°29, 19 juillet 2012, comm. 386.

**371.** Cette jurisprudence a été constituée dans le cadre de dispositifs mettant en jeu des reports d'imposition antérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 2000. Rappelons ici qu'un nouveau report d'imposition a été créé par la troisième loi de finances pour 2013 et est applicable depuis le 14 novembre 2012. Comme les reports antérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 2000, le nouveau report d'imposition implique la constatation d'une plus-value au jour de l'apport en société mais une imposition au jour de l'évènement mettant fin au report d'imposition. La solution retenue par les jugements évoqués ici lui sera donc transposable.

**372.** La solution retenue par les juges serait-elle la même en matière de sursis d'imposition ?

Comme le report d'imposition, le sursis décale l'imposition au jour de l'évènement qui y met fin. Ainsi, comme pour le report, l'imposition étant décalée au jour de la fin du sursis, c'est à cette date que le régime d'imposition applicable, y compris la juridiction fiscale compétente en fonction du domicile fiscal du contribuable, doit être déterminé.

**373.** Le raisonnement se fait donc en deux temps :

- Le droit interne : ces systèmes de différés d'imposition impliquent que l'imposition est décalée au jour de la fin du report ou du sursis. Dès lors, c'est le domicile fiscal du contribuable au jour de la fin du différé d'imposition qui détermine à quel Etat revient le droit d'imposition.
- Les conventions fiscales internationales : si les conventions donnent le droit d'imposer les plus-values au pays de résidence du contribuable au jour de la cession, et que le contribuable est résident étranger au jour de la cession, alors le différé d'imposition prévu par le droit national doit être écarté au profit de l'application de la convention.

A l'inverse, il n'aurait pas à être écarté si la convention donnait le droit d'imposer à l'Etat français comme le prévoient les conventions incluant une clause particulière concernant les participations substantielles.

---

Eric GINTER : « *Report d'imposition des plus-values et expatriation* », Option Finance, n°1182, 16 juillet 2012, page 33.

374. Ainsi, le contribuable peut espérer bénéficier du système fiscal d'un Etat étranger en y transférant son domicile fiscal. Reste alors à déterminer dans quels Etats le système d'imposition des plus-values de cession de droits sociaux et de valeurs mobilières est le plus intéressant pour lui.

## **Section 2 : Le transfert du domicile fiscal hors de France**

375. Le transfert du domicile fiscal est ici envisagé dans un objectif d'optimisation de l'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux (Paragraphe 1). Toutefois, le choix du contribuable doit également tenir compte des autres conséquences liées à cette délocalisation (Paragraphe 2).

### *Paragraphe 1 : Le régime d'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux applicable dans certains Etats limitrophes*

376. Si certains Etats proches de la France prévoient des systèmes d'imposition des plus-values mobilières privées de leurs résidents plus avantageux que le nôtre (A), d'autres exonèrent complètement ces plus-values (B).

Il ne s'agit pas ici de faire une étude exhaustive du droit fiscal applicable dans tous les Etats européens mais simplement de donner quelques éléments différenciant permettant de situer le régime fiscal français par rapport aux droits locaux étrangers susceptibles d'attirer les contribuables français<sup>196</sup>.

---

<sup>196</sup> Comparaison succincte des dispositions fiscales existant en la matière dans certains Etats européens réalisée par la Direction de la législation fiscale à jour à fin 2012 et reprise dans le Rapport n°148 de François MARC fait au nom de la Commission des finances sur le projet de loi de finances pour 2013 adopté par l'Assemblée Nationale, enregistré à la Présidence du Sénat le 22 novembre 2012.

### ***A. Des Etats dont l'imposition des plus-values est inférieure à celle applicable en France***

**377.** En Allemagne, deux régimes doivent être distingués.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009, les plus-values mobilières se voient appliquer une retenue à la source libératoire après application d'un abattement<sup>197</sup> de 801 euros pour un célibataire ou 1 602 euros pour un couple marié dès lors que les plus-values sont supérieures à 600 euros. Ce taux est fixé à 26,375 %<sup>198</sup> soit 25 % auxquels s'ajoutent 5,5 % au titre de la contribution de solidarité pour la réunification. Pour les contribuables rattachés à un culte, un impôt d'Eglise vient majorer ce taux.

Mais, si la plus-value de cession a été réalisée à l'occasion de la cession d'une participation dont le contribuable a détenu au moins 1 % l'année de la cession ou l'une des années précédentes, alors elle sera imposée au barème de l'impôt sur le revenu – soit au maximum 47,47 %, après l'application d'un abattement de 40 %.

**378.** Le régime fiscal espagnol<sup>199</sup> d'imposition des plus-values étudiées ici a été modifié pour être alourdi à compter de 2010. Jusque-là, les plus-values, éventuellement diminuées des moins-values réalisées au cours des quatre années précédentes et non encore imputées, se voyaient appliquer un taux forfaitaire de 11 % pour l'Etat et 6,9 % pour les communautés autonomes. Il en résultait donc une imposition globale au taux de 17,9 %.

Désormais, l'imposition des plus-values se fait de la manière suivante. Une retenue à la source non libératoire de 21 % est réalisée. Puis, les plus-values se voient appliquer le barème progressif suivant : 21 % pour la tranche de plus-value inférieure à 6 000 euros, 25 % entre 6 000 euros et 24 000 euros et 27 % au-delà. La retenue à la source est retranchée de l'impôt ainsi déterminé. Notons que les seuils des tranches progressives sont déterminés en cumulant les plus-values, les intérêts et les dividendes.

---

<sup>197</sup> Cet abattement vaut pour l'ensemble des revenus d'épargne : plus-values, dividendes et intérêts.

<sup>198</sup>  $25 \% + 25 \% \times 5,5 \% = 26,375 \%$ .

<sup>199</sup> Voir notamment : Editions Francis Lefebvre, Dossier internationaux, CMS Albinana & Suarez De Lezo « *Espagne : juridique, fiscal, social, comptable* », 2008.

- 379.** Au Portugal, ces mêmes plus-values sont, en principe, imposées au taux de 25 % dès lors qu'elles sont supérieures à 500 euros. Par exception, les plus-values relatives à des petites sociétés bénéficient d'une exonération partielle de 50 % de leur montant.
- 380.** Au Royaume-Uni, en principe, les plus-values excédant 10 600 livres<sup>200</sup> sont imposées au taux de 18 % si le revenu imposable est inférieur à 34 370 livres et 28 % s'il est supérieur à ce montant.
- Certaines plus-values de cession sont exonérées. A titre d'exemple, nous pouvons citer les cessions d'actions détenues depuis trois ans et plus dans un plan d'intéressement salarial. Enfin, un régime particulier est prévu concernant les contribuables qui détiennent au moins 5 % des actions d'une société. Pour ces derniers, l'imposition est ramenée à 10 % dans la limite de 10 millions de livres réalisés tout au long de la carrière du cédant.
- 381.** D'autres Etats vont plus loin et exonèrent, sous certaines conditions, les plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux réalisées par leurs résidents.

***B. Des Etats n'imposant pas les plus-values de cession de valeurs mobilières et droits sociaux***

- 382.** En Belgique<sup>201</sup>, il résulte de l'article 90, 9° du Code des impôts sur le revenu tel que modifié par la loi du 11 décembre 2008, que ces plus-values réalisées par des personnes physiques ne sont imposables au titre des revenus divers que dans deux cas.
- En premier lieu, elles sont imposables lorsqu'elles correspondent à la cession à une personne morale résidente d'un Etat non partie à l'Accord sur l'Espace économique européen, de participations de sociétés dont le contribuable a détenu, seul ou avec son conjoint, ses descendants, ses ascendants ou ses collatéraux

---

<sup>200</sup> Les plus-values inférieures à ce montant sont exonérées.

<sup>201</sup> Voir notamment : Editions Francis Lefebvre, Dossiers internationaux, « *Belgique : juridique, fiscal, social* », 8<sup>ème</sup> édition, 2010.

jusqu'au deuxième degré, plus de 25 % des droits sociaux. Les gains ainsi réalisés sont taxés au taux de 16,5 %.

En second lieu, le code des impôts sur le revenu prévoit l'imposition au taux de 33 % des plus-values spéculatives à l'exclusion des opérations de gestion normale d'un patrimoine privé.

Il en résulte *a contrario*, que les plus-values réalisées par les personnes physiques dans le cadre de la gestion normale de leur patrimoine privé sont exonérées.

Mais qu'est-ce que la « *gestion normale du patrimoine privé* » ? Non définie par la loi, il est considéré que cette notion se réfère à une gestion ni spéculative, ni professionnelle. Finalement, se livre à une gestion normale de son patrimoine privé, le contribuable qui agit comme un bon père de famille.

**383.** Au Luxembourg<sup>202</sup>, le système fiscal applicable aux plus-values réalisées à l'occasion de la cession de droits sociaux diffère selon que la plus-value est réalisée sur la cession d'une participation « *importante* » ou non.

En effet, lorsqu'une personne physique réalise une plus-value à l'occasion de la cession d'une participation « *importante* » c'est-à-dire d'une participation représentant au moins 10 % du capital social, l'article 132 de la loi de l'impôt sur le revenu prévoit l'application du barème spécial correspondant à la moitié du taux global. Ce taux correspond à la moitié du taux moyen appliqué au revenu imposable. Il ne peut donc dépasser 21,8 %<sup>203</sup>.

Pour les plus-values dégagées à l'occasion de la cession des autres participations – celles qui représentent moins de 10 % du capital social – il faut faire une distinction selon la durée de leur détention. En effet, les plus-values issues de la cession de titres détenus depuis moins de six mois sont taxées au barème progressif de l'impôt sur le revenu et se voient donc appliquer un taux global

---

<sup>202</sup> Voir notamment : Editions Francis Lefebvre, Dossiers internationaux, Jean SCHAFFNER, « *Luxembourg : juridique, fiscal, social, comptable* », 2009.

<sup>203</sup> Le taux marginal de l'impôt sur le revenu est de 40 % au-delà de 100 000 euros auquel il faut ajouter l'impôt de solidarité dont le taux maximum est de 9 % :  $40 \% + 40 \% \times 9 \% = 40 \% + 3,6 \% = 43,6 \%$ . La moitié correspond donc à 21,8 %.

maximum de 43,80 %<sup>204</sup> alors que celles issues de la cession de titres détenus depuis plus de six mois sont exonérées.

- 384.** En Suisse<sup>205</sup>, l'article 7, 4-b de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990<sup>206</sup> prévoit que :

*« 4. Sont seuls exonérés de l'impôt : [...]*

*b - les gains en capital réalisés sur des éléments de la fortune privée du contribuable ».*

Ainsi, les gains en capital réalisés lors de l'aliénation de la fortune privée sont exonérés d'impôt.

Cette notion de fortune privée se définit comme l'ensemble des biens et droits qui, tant au regard de leur origine que de leur destination, servent les intérêts privés du contribuable. Cette exonération est donc strictement cantonnée aux plus-values résultant des aliénations à caractère privé ce qui exclut celles issues du commerce professionnel de titres. Selon la circulaire de l'Administration fédérale des contributions n°8/2005, il n'y a pas commerce professionnel des titres lorsque trois conditions cumulatives sont remplies. Tout d'abord, les titres vendus doivent avoir été détenus pendant au moins une année. De plus, le volume total des transactions ne doit pas, pour chaque année civile, représenter plus du quintuple du montant des titres et des avoirs au début de la période fiscale. Enfin, les plus-values doivent représenter moins de 50 % des revenus imposables du contribuable pendant la période considérée.

- 385.** En définitive, sur le marché de la fiscalité des plus-values mobilières, la France se heurte à des concurrents bien plus attractifs qu'elle avec pour certains d'entre eux une exonération de ces plus-values – Belgique, Suisse, Luxembourg – et pour

---

<sup>204</sup> Taux marginal de l'impôt sur le revenu (40 %) + Taux marginal de l'impôt de solidarité (40 % x 9 % = 3,6 %) = 43,6 %.

<sup>205</sup> Voir notamment : Editions Francis Lefebvre, Dossiers internationaux, Etienne VON STRENG, Nicolas DE GOTTRAU, Christophe DE KALBERMATTEN : « Suisse : fiscal, bancaire et financier, juridique, social ».

<sup>206</sup> Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2011, n°642.14 : <http://www.admin.ch/ch/f/rs/6/642.14.fr.pdf>.

d'autres des taux d'imposition bien inférieurs – Royaume-Uni, Espagne, Portugal, Allemagne.

- 386.** La tentation est donc forte de délocaliser son domicile fiscal afin d'optimiser fiscalement la réalisation de l'apport-cession dont le bénéfice se borne, en France, à l'obtention d'un différé d'imposition.

Cependant, les contribuables désireux de réaliser cette opération ne doivent pas oublier qu'ils bénéficieront du régime plus favorable d'imposition des plus-values mais qu'ils seront également soumis à l'ensemble du système juridique et fiscal de l'Etat d'accueil.

***Paragraphe 2 : Les autres conséquences de la délocalisation du domicile fiscal***

- 387.** Certes, ces mesures paraissent très attractives pour les contribuables français par comparaison aux 64,5 %<sup>207</sup> maximum d'imposition désormais applicables à la plus-value réalisée à l'occasion de la cession de leurs titres selon le droit fiscal français. Mais l'étude d'un point particulier de la fiscalité d'un pays étranger est insuffisante pour en démontrer l'attractivité réelle.
- 388.** En effet, la fiscalité applicable aux plus-values doit être confrontée à l'ensemble des autres règles fiscales applicables aux contribuables locaux. Ce n'est qu'avec l'ensemble de ces éléments que les contribuables seront véritablement à même de choisir de s'expatrier en toute connaissance de cause et, le cas échéant, de préparer cette expatriation au mieux, ou, au contraire, d'y renoncer.
- 389.** A titre d'exemple, en Belgique, il est possible de bénéficier d'une exonération totale des plus-values étudiées ici. Si l'on s'arrête à cet élément, il est difficile de faire plus attractif et, ce faisant, de résister à la tentation de l'expatriation. Mais il faut savoir, par ailleurs, que, par exemple, l'impôt sur le revenu y est plus élevé

---

<sup>207</sup> Au maximum et hors contribution sociale généralisée déductible : Impôt sur le revenu au taux marginal en l'absence d'abattement (45 %) + Prélèvements sociaux (15,5 %) + Taux marginal de la CEHR (4 %) = 64,5 %.

qu'en France et la progressivité y est plus brutale. En effet, pour les revenus de 2012 déclarés en 2013, le taux marginal de l'impôt sur le revenu est de 50 % à compter de 36 300 euros alors qu'en France, le taux marginal est de 45 % à partir de 150 000 euros. Par comparaison, le taux de 45 % s'applique en Belgique aux revenus compris en 19 810 euros et 36 300 euros. Certes, tout contribuable y bénéficie d'une quotité de revenu exemptée d'impôt de 6 800 euros pouvant être majorée en fonction du nombre d'enfants à charge. Toutefois, l'impôt sur le revenu reste élevé.

De la même manière, l'imposition des successions peut s'avérer très lourde en Belgique. En effet, si en ligne directe les taux d'imposition applicables se situent entre 3 % et 30 % selon la valorisation de la succession et la région concernée, ils peuvent atteindre 80 % entre étrangers contre 60 % en France. En outre, le droit fiscal belge, contrairement au droit français, ne prévoit pas d'exonération de droits de succession entre époux.

- 390.** Bien sûr, il ne s'agit là que de quelques exemples isolés mais ils ont le mérite d'insister sur un point : prendre une décision d'expatriation fondée sur un seul point du droit fiscal local serait prendre le risque d'un retour de bâton fiscal.
- 391.** En outre, s'expatrier dans un autre Etat c'est se soumettre au régime fiscal de l'Etat d'accueil mais également à l'ensemble de son système juridique : règles de protection du conjoint, problématique de la loi applicable aux régimes matrimoniaux ou encore au règlement des successions.
- 392.** Aussi, il ne peut qu'être conseillé aux contribuables qui envisagent ce type d'opérations de se renseigner sur l'ensemble des conséquences juridiques et fiscales attachées à leur expatriation afin de pouvoir évaluer précisément l'opportunité du transfert de leur domicile fiscal.
- 393.** Il résulte de ce qui vient d'être développé que le transfert du domicile fiscal hors de France peut permettre au contribuable de placer ses plus-values sous la compétence d'une autre juridiction fiscale. Restent à déterminer les modalités concrètes de réalisation de l'apport-cession-délocalisation.

## **Chapitre 2 : La réalisation de l'apport-cession-délocalisation**

- 394.** Comme nous venons de le voir, les conventions fiscales prévoient deux modalités différentes de répartition du droit d'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux selon qu'il existe ou non une disposition spécifique aux plus-values de cessions de participations substantielles.
- 395.** Aussi, il convient de distinguer l'apport-cession-délocalisation réalisé en l'absence de disposition particulière en matière de participations substantielles (Section 1) de celui réalisé en présence d'une telle clause (Section 2).
- 396.** En outre, dans la mesure où le report-exonération de l'article 150-0 D bis du CGI met lui aussi en place un différé suivi d'une exonération, il conviendra de le comparer avec l'apport-cession-délocalisation développé ici (Section 3).

- 397.** Notons que la présente thèse se compose de deux parties.

La première tend à expliquer les raisons du recours au différé d'imposition en matière d'optimisation fiscale et patrimoniale, les modalités de réalisation de ces opérations ainsi que le résultat qui peut en être attendu par les contribuables.

La seconde s'attache quant à elle à l'étude des éventuels empêchements à la réalisation de ces opérations issus de la législation mais également de la jurisprudence.

Aussi, pour l'explication de l'apport-cession-délocalisation, nous n'étudierons pas les éventuelles conséquences qui pourraient résulter de l'exit tax tant au regard des modalités de réalisation de l'opération que de l'avantage qui peut en être retiré. Cette question fera l'objet d'un chapitre distinct dans la seconde partie de la thèse. Il en va de même pour les conditions liées, notamment, au réinvestissement du prix de cession.

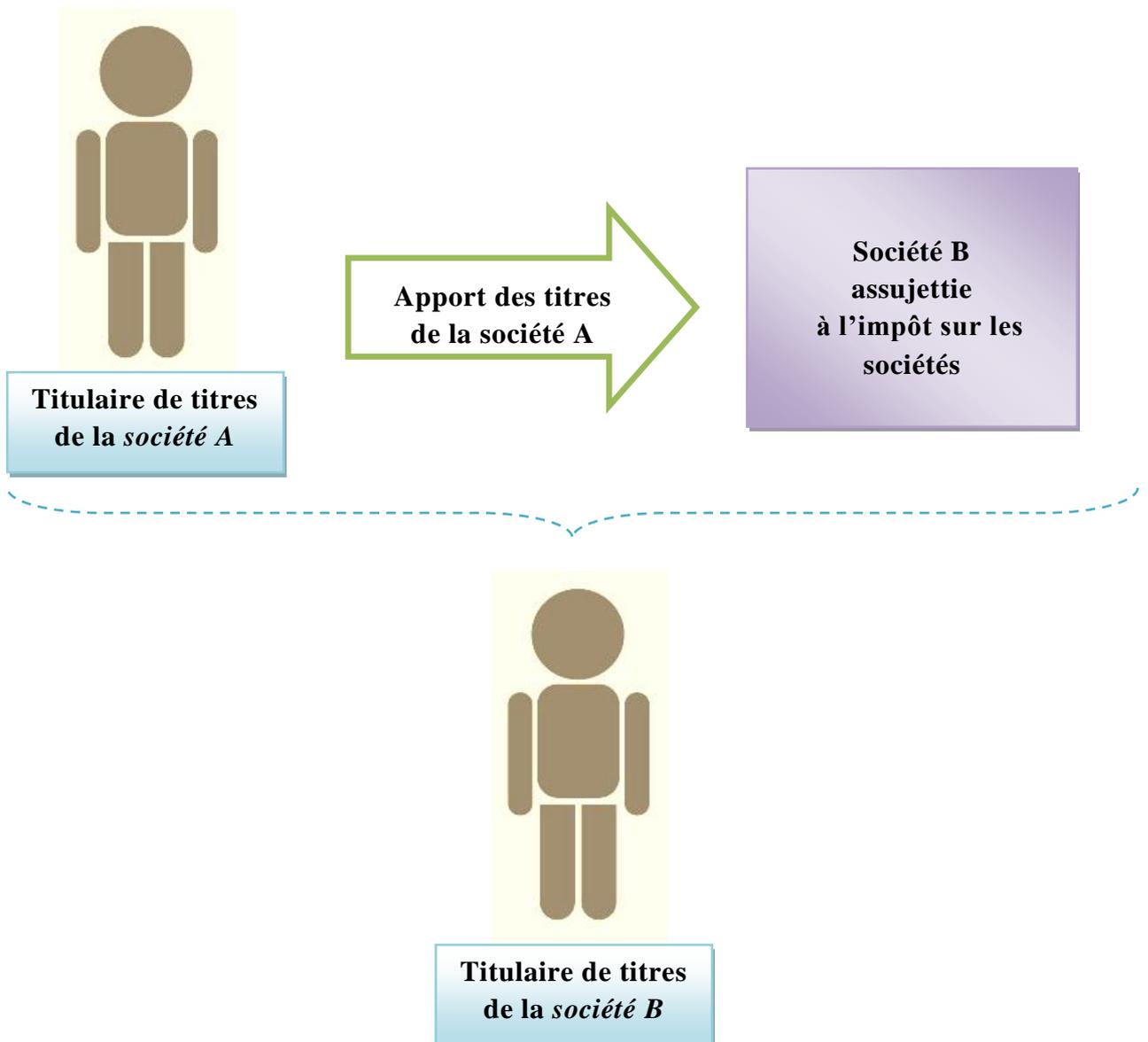
**Section 1 : L'« optimisation standard »<sup>208</sup>.**

**398.** Avant de comparer les effets de l'apport-cession-délocalisation par rapport à ceux d'une simple délocalisation avant cession (Paragraphe 2), il convient d'expliquer les modalités de réalisation de cette opération (Paragraphe 1).

*Paragraphe 1 : Les modalités de réalisation de l'opération d'apport-cession-délocalisation « standard »*

**ETAPE 1**

---



---

<sup>208</sup> A défaut de clause relative aux participations substantielles.

## ETAPE 2

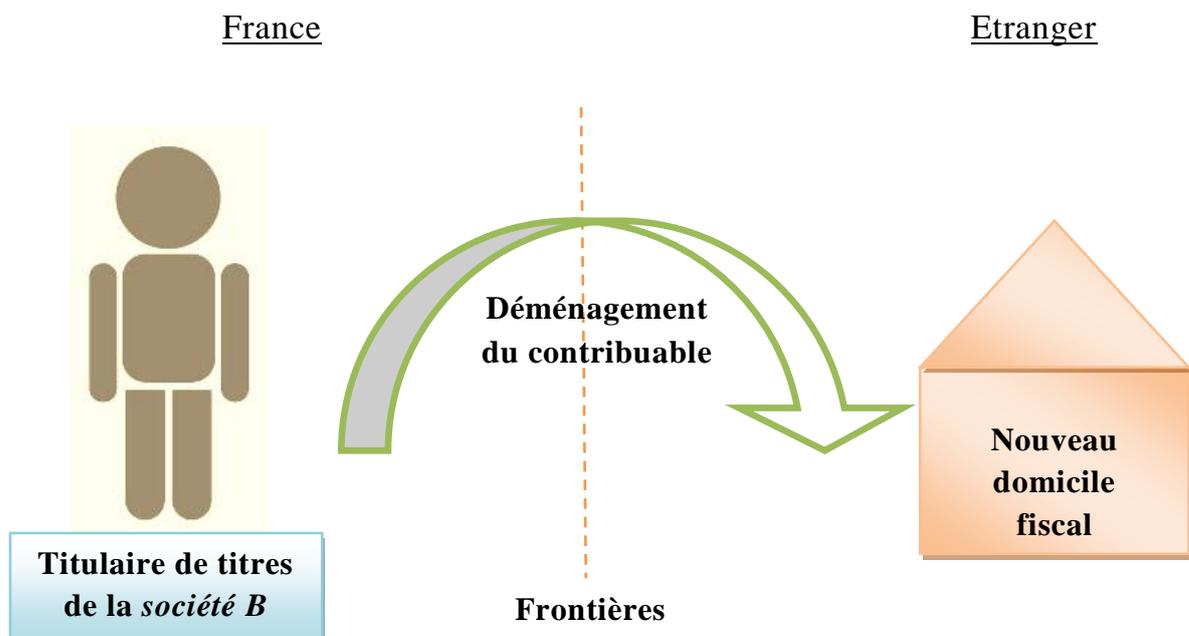
---



399. Les deux premières étapes de cette optimisation ne présentent pas de particularité par rapport à l'opération d'apport-cession sans délocalisation du domicile fiscal. Le contribuable apporte ses titres à une société relevant de l'impôt sur les sociétés selon le régime de l'article 150-0 B ou 150-0 B ter du CGI en fonction des conditions de contrôle de la société, cette dernière les inscrit à l'actif de son bilan pour leur valeur d'apport puis les revend au prix le plus proche de cette même valeur constatant ainsi une absence d'imposition ou une imposition très limitée alors que le produit de la cession reste enfermé dans la société.

## ETAPE 3

---



**400.** L'étape suivante consiste pour le contribuable à déménager.

Le choix de l'Etat d'implantation du nouveau domicile fiscal est donc essentiel. Il s'agit de choisir un Etat dont le système fiscal exonère ou impose peu les plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux.

#### ETAPE 4

---



**401.** Désormais résident d'un Etat dont la fiscalité des plus-values mobilières privées est plus favorable que celle existant en France, le contribuable se verra appliquer le droit fiscal local.

**402.** Ainsi, alors que la plus-value ne bénéficiait en France que d'un différé d'imposition prenant fin au jour de la cession des titres – fait générateur de l'impôt – elle sera désormais exonérée ou, du moins, beaucoup moins imposée selon l'Etat choisi par le contribuable.

**403.** Nous pouvons nous interroger ici sur la nécessité de passer par une opération d'apport-cession-délocalisation : pourquoi le contribuable ne se contente-t-il pas de quitter le pays avant la cession de ses titres de sorte que la constatation de la plus-value n'intervienne qu'une fois le contribuable devenu non-résident au regard de l'Administration fiscale française ?

***Paragraphe 2 : Les avantages de l'apport-cession-délocalisation par rapport à une simple délocalisation avant cession***

- 404.** Au premier abord cette opération d'apport-cession-délocalisation semble assez complexe alors qu'un simple départ avant cession des titres serait possible.
- 405.** Toutefois, sous le régime du sursis d'imposition, la réalisation de cette opération permet d'appréhender immédiatement la valeur de la soulte sans imposition. Cela peut permettre au contribuable de préparer son départ, ou tout simplement de le repousser en franchise d'impôt.
- 406.** Par ailleurs, s'il est vrai que ces deux possibilités aboutissent à un résultat similaire dans les Etats qui exonèrent totalement la plus-value de cession de droits sociaux, il en va autrement pour les Etats dont le droit interne prévoit une fiscalité certes moins importante que la fiscalité française mais une fiscalité tout de même existante. Dans ces cas, le fait pour le contribuable d'apporter ses titres à une société sera important au moment de la cession des titres de la société bénéficiaire de l'apport. En effet, le droit fiscal étranger ne tiendra pas compte du différé d'imposition français et pour lui la plus-value imposable résultant de la cession des titres de la société bénéficiaire de l'apport – dans nos schémas, la société B – se calculera par la différence entre le prix de cession et la valeur pour laquelle les titres de la société A ont été apportés. Dès lors, l'augmentation réelle de la valeur des titres de la société A entre le jour de leur acquisition ou de sa création par le contribuable français et le jour de leur apport à la société B sera lissée et ne sera finalement pas imposée.
- 407.** Il est alors tentant ici de considérer qu'il est beaucoup plus simple de choisir de délocaliser son domicile fiscal dans un Etat qui exonère totalement les plus-values sur cessions de titres mais c'est oublier un élément essentiel : l'optimisation fiscale est importante mais elle n'est pas tout. La décision de s'expatrier est lourde de conséquences sur le plan social, familial voire professionnel. Le choix de l'Etat sera donc lié à la fiscalité mais pas uniquement. Les justifications de la décision du

contribuable seront aussi familiales, culturelles, linguistiques, géographiques ou encore pratiques.

- 408.** Enfin, il est un cas où le bénéficiaire de la fiscalité étrangère des plus-values de cession plus favorable rendra nécessaire la réalisation d'un apport-cession : le cas où la convention fiscale prévoit une répartition du droit d'imposer différente au droit commun pour les cessions de participations substantielles.

## **Section 2 : L'optimisation applicable en présence d'une disposition relative aux cessions de participations substantielles**

- 409.** Si cette opération reprend pour l'essentiel le dispositif d'optimisation standard (Paragraphe 2), elle suppose tout de même la réalisation d'une opération qui lui est propre : l'apport transfrontalier (Paragraphe 1).

### ***Paragraphe 1 : Une particularité : l'apport transfrontalier***

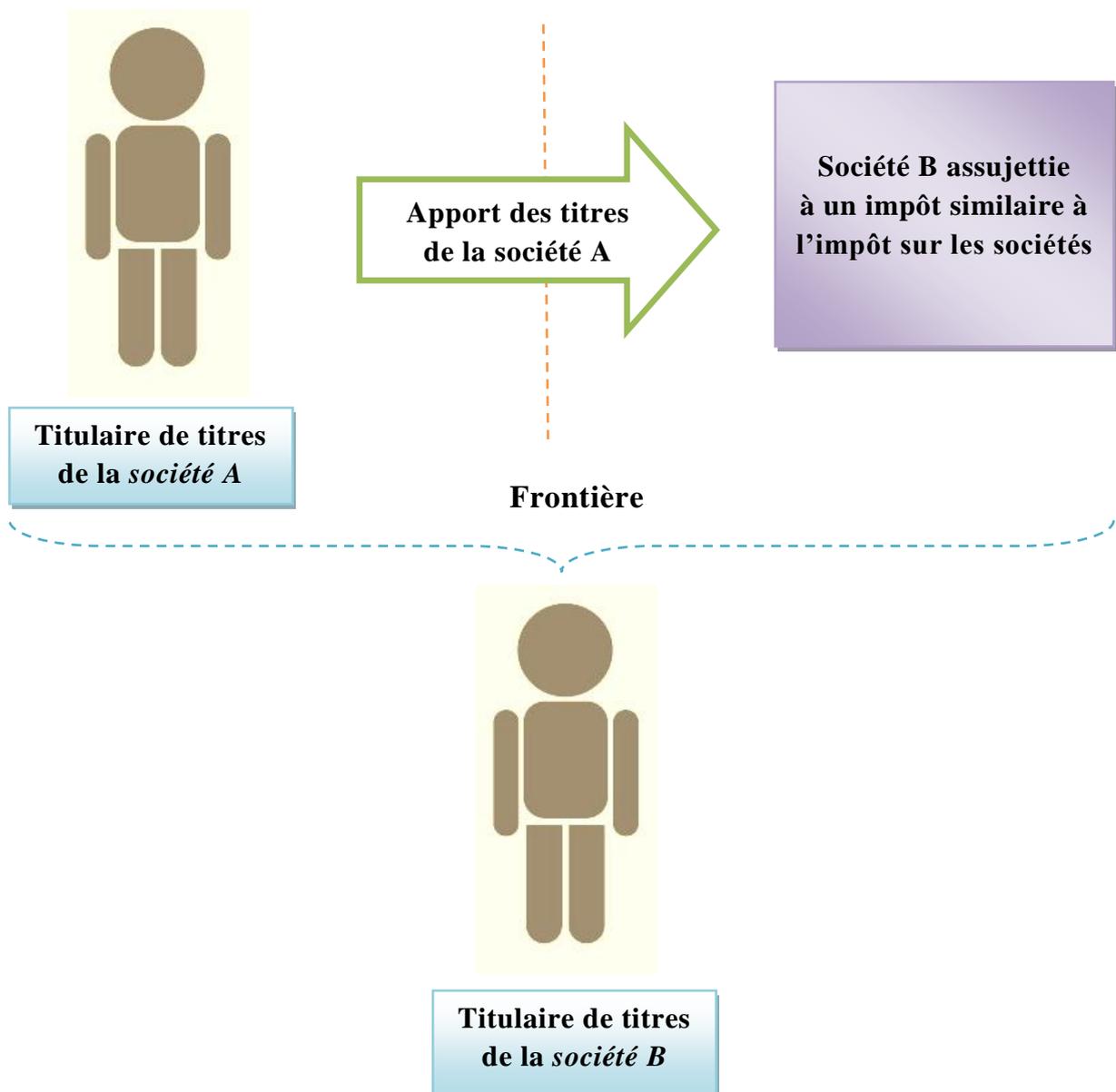
- 410.** A titre de rappel, par exception, certaines conventions<sup>209</sup> considèrent que, dès lors que la plus-value est issue de la cession d'une participation substantielle, le droit d'imposer est accordé non plus à l'Etat de résidence du contribuable mais à l'Etat de résidence de la société dont la participation substantielle a été cédée.
- 411.** Ainsi, un contribuable français qui détient une participation remplissant les critères sus-énoncés et qui souhaiterait optimiser l'imposition de ses plus-values en réalisant un apport-cession combiné à une délocalisation de son domicile fiscal en Italie par exemple ne pourra pas le faire par le biais de l'apport-cession-délocalisation qualifié de « *standard* » tel qu'il a été étudié précédemment.
- 412.** En effet, dans l'opération d'optimisation « *standard* », le contribuable apporte ses titres à une société *française*. En conséquence, l'application de la disposition propre aux participations substantielles impliquerait ce que nous souhaitons éviter en réalisant une telle opération, à savoir l'imposition selon les règles françaises.

---

<sup>209</sup> Pour rappel, c'est notamment le cas de la convention franco-italienne du 5 octobre 1989<sup>209</sup>.

## ETAPE 1

---



- 413.** Pour contourner la difficulté liée à l'imposition en France de la plus-value de cession d'une participation substantielle d'une société résidente de France, il convient de réaliser un apport transfrontalier à une société établie dans l'Etat dans lequel le contribuable souhaite s'établir.

- 414.** Cet apport transfrontalier est autorisé tant pour les apports réalisés sous le bénéfice du sursis d'imposition qu'en cas d'apports à une société contrôlée par l'apporteur.
- 415.** Concernant l'apport bénéficiant du sursis d'imposition, l'article 150-0 B alinéa 2 du CGI prévoit en effet que le sursis d'imposition n'est pas uniquement applicable en cas d'apports de titres réalisés en faveur d'une société française :
- « Ces dispositions [le sursis d'imposition] s'appliquent aux opérations d'échange ou d'apport de titres mentionnées au premier alinéa réalisées en France, dans un autre Etat membre de la Communauté européenne ou dans un Etat 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, [...] ».*
- 416.** Pour les apports réalisés à une société contrôlée par l'apporteur, c'est l'article 150-0 B ter, III-1° du CGI qui prévoit cet apport transfrontalier dans les termes suivants :
- « L'apport de titres est réalisé en France ou dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un Etat 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 ».*
- 417.** Il en résulte que le contribuable bénéficiera, comme celui qui apporte ses titres à une société française, du différé de son imposition. Les conditions applicables en droit national doivent aussi être remplies vis-à-vis de ces sociétés étrangères qui doivent donc être soumises à un impôt similaire à l'impôt sur les sociétés français.
- 418.** Toutefois, cette disposition est limitée, elle ne concerne que les apports réalisés à des sociétés résidentes d'Etats membres de l'Union européenne ou avec lesquels une convention contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales a été conclue. Si l'apport est réalisé à une société située dans un Etat ne remplissant pas ces conditions, le différé d'imposition ne s'applique pas et la plus-value est imposée conformément à

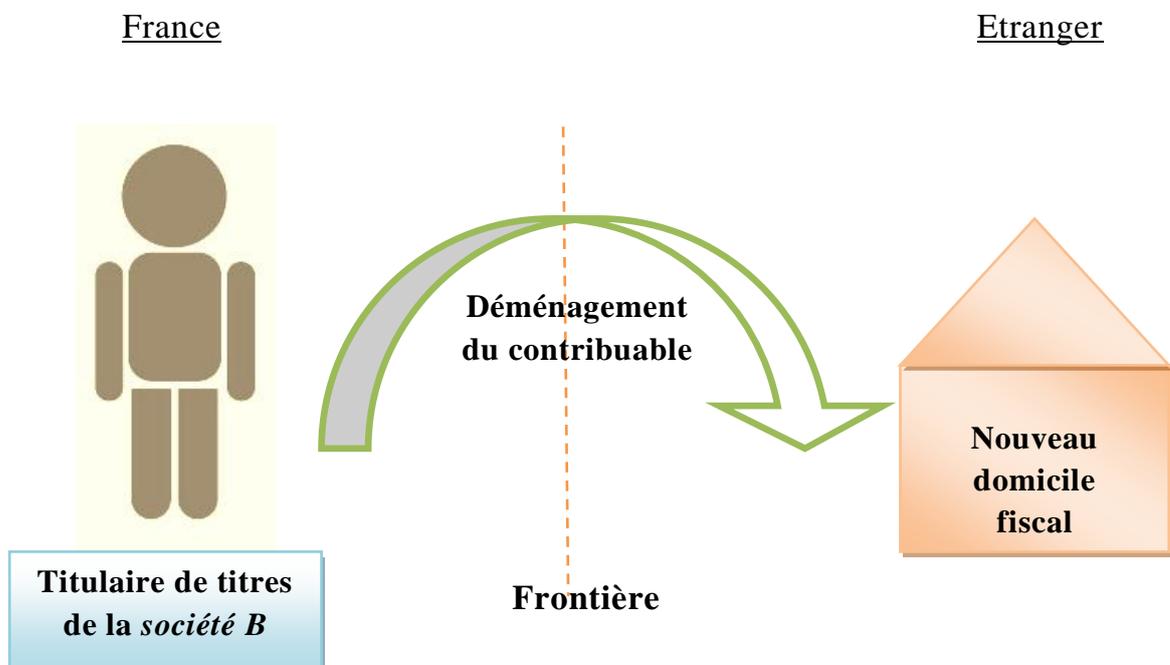
l'article 150-0 A du CGI. Dans ces hypothèses, l'apport-cession-délocalisation ne pourra pas être mis en œuvre.

419. Notons que cette particularité tenant à la réalisation d'un apport à une société domiciliée dans le pays de destination du contribuable engendrera en pratique un surcoût. En effet, elle nécessitera la consultation d'un conseil spécialisé dans le droit local à même de réaliser les opérations et divers actes juridiques et administratifs nécessaires à la constitution de la société et à l'apport à l'étranger.
420. En dehors de cela l'opération d'apport-cession-délocalisation sera identique à l'optimisation qualifiée de « *standard* ».

***Paragraphe 2 : Un résultat similaire à l'apport-cession-délocalisation standard***

**ETAPE 2**

---



### ETAPE 3

---



### ETAPE 4

---



421. Les étapes 2, 3 et 4 demeurent inchangées par rapport à l'optimisation standard.
422. Le contribuable délocalise son domicile fiscal dans le pays dans lequel se trouve la société à laquelle il a fait son apport.
423. La société bénéficiaire de l'apport vend les titres apportés rapidement de sorte que, les titres n'ayant pas eu le temps de prendre de la valeur, l'opération se fait en franchise d'impôt ou avec un impôt faible dans la mesure où la plus-value se calcule ici par la différence entre le prix de cession et le prix d'inscription des titres à l'actif de la société au jour de leur apport.

- 424.** La dernière étape consistera pour le contribuable à vendre les titres de la société bénéficiaire de l'apport et à supporter l'impôt étranger calculé conformément au droit local.
- 425.** En conclusion, l'apport-cession-délocalisation permet de combiner deux avantages : le redéploiement économique dans des conditions fiscales particulièrement avantageuses et une imposition minorée voire supprimée de la plus-value de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux.
- Dès lors, il est opportun de comparer les bénéfices tirés de cette opération de ceux résultant du report-exonération codifié à l'article 150-0 D bis du CGI, ce dernier prévoyant lui-même un report d'imposition, un réinvestissement et, finalement, une exonération.

### **Section 3 : Comparaison de l'apport-cession-délocalisation et du report-exonération de l'article 150-0 D bis du CGI**

- 426.** L'opération d'apport-cession-délocalisation conserve-t-elle un intérêt depuis la création du report-exonération de l'article 150-0 D bis du CGI par l'article 80 de la loi de finances pour 2012<sup>210</sup> ?
- 427.** Si l'on s'en tient à une définition sommaire, les avantages résultant de l'apport-cession-délocalisation et du report-exonération peuvent sembler très similaires : dans un premier temps un différé d'imposition puis, dans un second temps, une exonération<sup>211</sup> de l'imposition différée<sup>212</sup>.
- 428.** Toutefois, cette définition ne permet pas de cerner l'opportunité réelle de ces dispositifs ni de les comparer. Pour cela, il faut distinguer les conditions d'application de ces différents régimes que l'apport-cession-délocalisation soit

---

<sup>210</sup> Loi 2011-1977 du 28 décembre 2011.

<sup>211</sup> Dans les hypothèses où le contribuable transfère son domicile fiscal dans un Etat qui exonère les plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux.

<sup>212</sup> Voir notamment : Bruno PAYS : « *De l'apport-cession à la cession-emploi : une analyse comparée des dispositifs issus des articles 150-0 B et 150-0 D bis du CGI* », Bulletin fiscal Francis Lefebvre, 1<sup>er</sup> décembre 2012, n°12, pages 875 à 879.

réalisé sur le fondement de l'article 150-0 B ou de l'article 150-0 B ter du CGI (Paragraphe 1) ainsi que l'étendue des avantages fiscaux qui peuvent en être retirés par le contribuable (Paragraphe 2)<sup>213</sup>.

***Paragraphe 1 : Les conditions d'application des articles 150-0 B, 150-0 B ter et 150-0 D bis du CGI***

**429.** Tout d'abord, il convient de remarquer que, jusqu'en 2012, le report-exonération de l'article 150-0 D bis du CGI présentait l'avantage de la sécurité juridique.

En effet, les règles encadrant l'apport-cession – et donc l'apport-cession-délocalisation – réalisé sous l'ancien report d'imposition résultaient de la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui, par définition ne statue que dans le cadre des affaires qui lui sont soumises. Il en résulte une incapacité des contribuables à appréhender avec certitude les conditions de validité de l'opération dans leur ensemble.

En outre, avant l'arrêt Berjot<sup>214</sup> du 27 juillet 2012, le doute planait sur l'application de cette jurisprudence à l'opération d'apport-cession réalisé sous le régime du sursis d'imposition de l'article 150-0 B du CGI.

L'article 150-0 D bis du CGI présentait donc l'avantage de permettre au contribuable de déterminer quel comportement adopter pour quel résultat.

Toutefois, cette critique de l'apport-cession-délocalisation perd un peu de sa pertinence depuis la troisième loi de finances rectificative pour 2012. En effet, cette dernière a encadré les conditions et modalités de réalisation de l'apport-cession opéré par apport de titres à une société contrôlée par l'apporteur tant du point de vue de la nature du réinvestissement à réaliser, de son montant, du délai pour le faire ou encore des conséquences en cas de non-respect des règles posées.

**430.** Ensuite, le régime de report-exonération prévu par l'article 150-0 D bis du CGI prévoit qu'il s'applique dans les hypothèses où le contribuable a détenu au moins

---

<sup>213</sup> Voir notamment : Olivier DE SAINT CHAFFRAY et Thomas LAUMIERE : « *L'investissement dans une activité économique ou le parcours du combattant du cédant ré-investisseur (2ème partie)* », Option Finance, n°1197, 19 novembre 2012, pages 28 à 30

<sup>214</sup> Conseil d'Etat, 27 juillet 2012, n°327295, Berjot, RJF 11/12, n°1042.

10 % des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de la société dont les titres ou droits sont cédés pendant les huit années précédant la cession. Cela implique que si le contribuable entend réaliser plusieurs cessions pour lesquelles il souhaite bénéficier de ce dispositif, il doit veiller à conserver au moins 10 % des titres.

Aucune condition similaire ne vient limiter les possibilités de recours à l'opération d'apport-cession-délocalisation qu'elle soit réalisée sur le fondement de l'article 150-0 B du CGI ou du nouvel article 150-0 B ter du CGI.

- 431.** Qu'il s'agisse de l'apport-cession réalisé sous le bénéfice du report ou du sursis d'imposition, un réinvestissement partiel<sup>215</sup> – respectivement 50 % du prix de cession ou une « *part significative* » du prix de cession – permet au contribuable de bénéficier du différé d'imposition sur la totalité de la plus-value.

Sous le régime du report-exonération, le réinvestissement est limité – au minimum 50 % de la plus-value de cession nette de prélèvements sociaux – mais le bénéfice qui en est retiré est également limité. En effet, depuis la loi de finances pour 2013, le bénéfice du report puis de l'exonération est limité à la fraction de plus-value effectivement réinvestie. Aussi, pour bénéficier du report sur toute la plus-value, le réinvestissement doit correspondre à 100 % de la plus-value nette de prélèvements sociaux.

Certes, la fraction qui doit être réinvestie ne fait pas référence à la même base en matière d'apport-cession-délocalisation et de report-exonération. Dans le premier, c'est une fraction du prix de cession qui doit être réinvestie alors que dans le second c'est une fraction de la plus-value et donc une fraction de la valorisation des titres du contribuable. Aussi, le réinvestissement porte sur un montant *a priori* plus important, en matière d'apport-cession-délocalisation. Cela ne sera toutefois pas vrai dans les hypothèses où le contribuable a créé et développé sa société à partir de rien. Dans cette hypothèse, prix de cession et plus-value peuvent s'avérer très proches alors que les conséquences du réinvestissement seront nettement plus avantageuses en matière d'apport-cession-délocalisation.

---

<sup>215</sup> La question du réinvestissement est détaillée à l'occasion de l'étude de la lutte contre les montages jugés abusifs (Partie 2, Titre 1). Nous donnons ici simplement quelques éléments permettant de différencier les régimes.

- 432.** Il convient de noter que dans le report-exonération, à l'issue du réinvestissement, le contribuable doit détenir au moins 5 % des droits de vote et des droits dans les bénéfices sociaux de la société. Il en résulte que le montant du réinvestissement est encadré et cela peut conduire à une limitation des possibilités de diversification de son patrimoine et de répartition du risque. Sous le nouveau report d'imposition, la société bénéficiaire de l'apport, lorsqu'elle réinvestit le prix de cession par l'intermédiaire d'une souscription en numéraire au capital d'une société éligible, peut le faire sans condition de détention minimum.
- 433.** Un autre élément permet de distinguer l'apport-cession-délocalisation du report-exonération. Sous le régime du report-exonération posé par l'article 150-0 D bis du CGI, l'investissement ne peut pas prendre la forme de l'acquisition d'une fraction du capital d'une société éligible contrairement à ce qui est prévu par l'article 150-0 B ter du CGI. Cet investissement doit en effet prendre la forme d'une « *souscription en numéraire au capital initial ou à l'augmentation de capital d'une ou de plusieurs sociétés* ». Aussi, si le contribuable souhaite réinvestir par le biais d'une prise de contrôle, il se placera dans le champ d'application de l'article 150-0 B ter du CGI.
- 434.** Concernant le délai de réinvestissement, depuis la loi de finances pour 2013, le contribuable qui fait application de l'article 150-0 D bis du CGI dispose d'un délai de deux ans. Ce délai est le même en matière d'apport-cession réalisé sur la base de l'article 150-0 B ter et assez proche de celui accordé dans le cadre de l'apport-cession réalisé sur la base de l'article 150-0 B du CGI<sup>216</sup>. Précisons tout de même que dans cette dernière hypothèse, le CAD ainsi que les juges apprécient le délai de réinvestissement à la lumière des conditions concrètes de sa réalisation<sup>217</sup>. Cette solution avantageuse ne se retrouve ni dans le régime de l'article 150-0 B ter, ni dans le régime de l'article 150-0 D bis du CGI.
- 435.** Enfin, d'un point de vue formel et administratif, l'apport-cession-délocalisation réalisé sous le régime du sursis d'imposition de l'article 150-0 B du CGI présente

---

<sup>216</sup> Cf. Apport-cession et lutte contre les abus : Partie 2, Titre 1.

<sup>217</sup> Ce point est détaillé à l'occasion de l'étude de l'abus de droit.

l'avantage de dispenser les contribuables d'un certain nombre d'obligations déclaratives contraignantes. En revanche, l'apport-cession bénéficiant du report de l'article 150-0 B ter du CGI et le report-exonération comportent tous deux des obligations de cet ordre.

- 436.** Ainsi, si l'on s'en tient aux conditions d'application, l'apport-cession-délocalisation, reste plus souple et donc avantageux que le report-exonération. Cependant, outre les conditions d'application de ces régimes, des éléments relatifs aux avantages fiscaux résultant de ces différents dispositifs permettent également de les distinguer et d'évaluer leur opportunité.

***Paragraphe 2 : L'étendue des avantages fiscaux retirés de l'apport-cession-délocalisation et du report-exonération***

- 437.** Un élément paraît, *a priori*, faire du report-exonération un dispositif particulièrement avantageux : à l'issue d'un délai de cinq ans, la plus-value sera définitivement exonérée d'impôt sur le revenu.

Aucune disposition similaire n'est prévue en matière d'apport-cession. Pour ce dernier, l'opération ne doit en principe, hors hypothèse de transmission à titre gratuit, conduire qu'à différer l'imposition de la plus-value.

« *A priori* » seulement puisqu'une exonération peut être acquise par l'intermédiaire d'une délocalisation du domicile fiscal.

L'exonération applicable en cas de report-exonération conserve toutefois son intérêt dans un cadre purement national dès lors que le contribuable ne souhaite pas déménager.

- 438.** Un point doit être précisé concernant les hypothèses de transmission à titre gratuit des titres reçus en échange de l'apport.

La transmission par donation ou par décès de titres reçus en échange d'un apport ayant donné lieu à un sursis d'imposition aboutit à l'exonération de la plus-value et de la soulte éventuellement versée.

Si l'apport-cession est réalisé sous le nouveau régime de report prévu à l'article 150-0 B ter du CGI, le décès entraîne l'exonération. En revanche, un dispositif spécifique a été mis en place concernant les donations. En effet, si la donation

confère le contrôle de la société bénéficiaire de l'apport au donataire alors il sera personnellement redevable de l'impôt de plus-value s'il cède les titres dans les dix-huit mois de la donation ou si la société cède les titres dans les trois ans de l'apport sans respecter la condition de réinvestissement. La donation pourra donc avoir lieu et être exonératoire si certaines conditions sont respectées.

Concernant le report-exonération, le report tombe dès lors que les titres reçus en échange de l'apport en numéraire sont transmis à titre onéreux ou gratuit avant l'écoulement d'un délai de cinq ans. Il en résulte que la situation sera figée au moins cinq années si le contribuable ne veut pas perdre l'avantage du report d'imposition puis de l'exonération.

- 439.** Ensuite, le sursis d'imposition et le nouveau report d'imposition s'appliquent à l'impôt sur le revenu mais également aux prélèvements sociaux. L'apport-cession-délocalisation peut donc conduire à une exonération totale<sup>218</sup>. Au contraire, sous le régime de l'article 150-0 D bis du CGI, les prélèvements sociaux restent dus. La capacité de réinvestissement du contribuable est donc amputée du montant de ces derniers<sup>219</sup>.

En outre, contrairement à la plus-value placée sous le régime des articles 150-0 B et 150-0 B ter du CGI, la plus-value reportée en application de l'article 150-0 D bis du CGI est prise en compte pour la détermination de la CEHR et occasionne donc à ce titre un surcoût fiscal.

- 440.** Il découle de l'ensemble de ces éléments que l'apport-cession-délocalisation, même dans le cadre de son nouveau régime, reste plus souple dans sa mise en œuvre et plus intéressant dans ses effets que le report-exonération à la condition toutefois que le contribuable soit prêt à transférer son domicile fiscal à l'étranger. En revanche, s'il souhaite rester en France, le régime de l'article 150-0 D bis du CGI lui accordera une exonération d'impôt sur le revenu pour peu qu'il en respecte les conditions.

---

<sup>218</sup> Si l'on omet l'exit tax conformément au postulat adopté dans le cadre de ce chapitre (Cf. Paragraphe 397), cet « *impôt de sortie* » faisant l'objet d'une étude particulière dans le chapitre 2 du Titre 2 de la seconde Partie de cette thèse.

<sup>219</sup> Soit 15,5 % de la plus-value.

**441.** C'est précisément parce que l'apport-cession-délocalisation présente un réel avantage que la jurisprudence et le législateur ont tenté d'en encadrer la réalisation.

## Partie 2 : Les risques de l'apport-cession-délocalisation

---

442. Dans la première partie de cette thèse nous avons établi l'avantage fiscal résultant de la réalisation d'une opération d'apport-cession-délocalisation pour les contribuables. Il ne fait pas de doute que cette opération présente un intérêt conséquent.

443. Certes, il est admis depuis longtemps<sup>220</sup> que lorsque le contribuable a le choix entre deux techniques juridiques pour parvenir à son but, il est en droit de choisir entre ces deux techniques en fonction de la fiscalité.

A cet égard, nous pouvons citer le Commissaire du Gouvernement Bruno MARTIN-LAPRADE qui indiquait dans ses conclusions relatives à une affaire jugée par le Conseil d'Etat le 8 juillet 1977<sup>221</sup> :

*« Pour terminer, nous remarquerons que la société A... a agi avec beaucoup d'habileté dans cette affaire. Mais, contrairement à ce que paraît considérer l'Administration, l'habileté des contribuables n'est pas nécessairement un vice de nature à justifier un redressement ».*

444. Pour autant, l'Administration fiscale et le législateur ne sont pas dépourvus de tout moyen d'action contre ces opérations.

---

<sup>220</sup> Exemples : Réponse ministérielle n°10603, AN 25 avril 1970 ; Réponse ministérielle n°15603, AN 20 mars 1971, Conseil d'Etat, 10 juin 1981, n°19079, RJF 9/81 n°787 ; Maurice COZIAN, « *La gestion fiscale de l'entreprise* », RJF 5/80, pages 203 et suivantes.

<sup>221</sup> Conseil d'Etat, 8 juillet 1977, req. 4158, 7<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.s, Droit fiscal, n°8, 20 février 1978, comm. 280.

- 445.** Nous verrons que plusieurs fondements peuvent être utilisés pour contrer cette opération, ces derniers constituant des risques à prendre en compte dans le cadre du choix de la réalisation d'une telle opération.
- 446.** Plus précisément, les entraves à ces opérations ont été recherchées sur deux plans : d'une part, l'apport-cession lui-même – indépendamment de la délocalisation du domicile fiscal – sur le fondement de l'abus de droit puis de la mise en œuvre d'un encadrement légal dédié (Titre 1) et, d'autre part, le transfert du domicile fiscal du contribuable hors de France (Titre 2).

## **TITRE 1 : APPORT-CESSION ET LUTTE CONTRE LES ABUS**

- 447.** Avant la troisième loi de finances rectificative pour 2012, entrée en vigueur pour la disposition qui nous occupe le 14 novembre 2012, l'apport-cession ne faisait pas l'objet d'un encadrement légal propre. Certes, chacune des opérations le composant – l'apport et la cession – était réglementée individuellement mais aucune disposition ne prenait en compte la combinaison dans un laps de temps restreint de ces deux évènements.
- 448.** Pour autant, comme nous venons de l'exposer, les avantages liés à cette opération n'avaient échappé ni aux praticiens, ni aux contribuables. Ces derniers pouvaient être tentés d'utiliser les dispositions légales afin de combiner le différé d'imposition et la disposition du prix de cession des titres apportés, suscitant ainsi des contestations de l'Administration fiscale.
- 449.** C'est pourquoi le Comité consultatif pour la répression des abus de droits – CCRAD –, le Comité de l'abus de droit fiscal – CAD – ainsi que les juges étaient intervenus sur le fondement de la procédure de répression des abus de droit codifiée à l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales – ci-après LPF – pour encadrer ces opérations et sanctionner les hypothèses de mise en œuvre abusive (Chapitre 1).
- 450.** L'année 2012 marque un tournant en la matière. En effet, depuis le 14 novembre 2012, l'article 150-0 B ter du CGI prévoit un encadrement propre à l'apport à une société contrôlée par l'apporteur. Ce n'est donc plus la jurisprudence élaborée au fil des ans en matière d'abus de droit qui encadrera les conditions de validité de ces opérations.
- 451.** Cela ne consacre pas pour autant une rupture complète avec la jurisprudence antérieure dans la mesure où le législateur s'en est fortement inspiré pour l'élaboration du nouvel article 150-0 B ter du CGI et où certaines solutions dégagées par le Conseil d'Etat pourraient éclairer certaines imprécisions du nouvel encadrement légal (Chapitre 2).

## **Chapitre 1 : L'apport-cession réalisé sur la base de l'ancien report d'imposition ou du sursis d'imposition**

**452.** Comme nous venons de l'indiquer, avant la troisième loi de finances rectificative pour 2012, c'est sur le fondement de l'abus de droit que l'apport-cession était contrôlé.

**453.** A titre préliminaire, il convient de rappeler la genèse de l'abus de droit. Il s'agit d'une création prétorienne datant d'une décision de la Chambre civile de la Cour de cassation du 20 août 1867<sup>222</sup>. Par cet arrêt, la Cour de cassation avait autorisé l'Administration fiscale à rechercher la véritable portée des stipulations contractuelles.

**454.** Différentes dispositions sont venues délimiter le champ d'application de l'abus de droit fiscal.

Dans un premier temps, la procédure de répression des abus de droit n'était pas applicable à tous les impôts.

La première codification de cette notion est intervenue dans le cadre de la loi du 13 janvier 1941. L'abus de droit était alors applicable dès lors qu'une opération dissimulait une réalisation ou un transfert de revenus ou de bénéfices.

En 1963, la loi n° 63-1316 du 27 décembre 1963 portant unification ou harmonisation des procédures, délais et pénalités en matière fiscale a étendu le champ d'application de l'abus de droit. Cette procédure spéciale de rectification s'appliquait dès lors également aux droits d'enregistrement et aux taxes sur le chiffre d'affaires.

Le décret n°89-802 du 27 octobre 1989 portant incorporation au Livre des procédures fiscales de divers textes modifiant et complétant certaines de ses dispositions a poursuivi cette extension du champ d'application en matière d'impôt de solidarité sur la fortune et de taxe professionnelle, cette dernière ayant été remplacée par la contribution économique territoriale en 2010.

---

<sup>222</sup> Chambre civile de la Cour de cassation, 20 août 1867, DP 1867, 1, pages 337 et suivantes.

455. Toutefois, même lorsqu'un impôt entrainait dans le champ de l'abus de droit, la procédure ne pouvait être appliquée à tous les aspects de l'imposition. En matière d'impôt sur le revenu, l'article L. 64 du LPF<sup>223</sup> limitait l'abus de droit aux « *clauses qui déguisent soit une réalisation, soit un transfert de bénéficiaires ou de revenus* ». Seuls les dispositifs tendant à minorer ou à supprimer l'assiette de l'impôt pouvaient donc être contestés sur ce fondement. Cette limitation avait été rappelée par l'Administration fiscale le 1<sup>er</sup> juillet 2002<sup>224</sup>. Ainsi, à titre d'exemple, les dispositifs qui portaient non sur l'assiette de l'impôt mais sur ses modalités de paiement, ne relevaient pas de la procédure de répression des abus de droit<sup>225</sup>.
456. La notion de l'abus de droit a elle-même évolué au fil du temps et au gré des affaires soumises au juge.
457. Dans sa rédaction initiale, l'abus de droit ne visait que les actes fictifs. Mais dès un arrêt du 10 juin 1981<sup>226</sup>, le Conseil d'Etat – rejoint par la Cour de cassation en 1988<sup>227</sup> – va étendre l'applicabilité de la procédure de répression des abus de droit aux opérations qui, à défaut d'être fictives, avaient été réalisées dans un but exclusivement fiscal :
- « lorsque l'Administration use des pouvoirs qu'elle tient de ce texte dans des conditions telles que la charge de la preuve lui incombe, elle doit, pour pouvoir écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, établir que ces actes ont un caractère fictif ou, à défaut, qu'ils n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'é luder ou atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles ».*

---

<sup>223</sup> Texte codifiant l'abus de droit depuis 1982.

<sup>224</sup> D. adm. 13L1532 n°3, 1<sup>er</sup> juillet 2002.

<sup>225</sup> Conseil d'Etat, 27 septembre 2006 n° 260050, Sté Janfin, RJF 12/06, n°1583.

<sup>226</sup> Conseil d'Etat, plén., 10 juin 1981 n° 19079, RJF 9/81, n°787 ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement LOBRY, Droit fiscal, n° 48, 23 novembre 1981, comm. 2187.

<sup>227</sup> Chambre commerciale de la Cour de cassation, 19 avril 1988, n° 86-19079, RJF 2/89, n°250.

**458.** Toutefois, aucune référence n'était encore faite aux intentions du législateur. C'est l'arrêt Janfin du 27 septembre 2006<sup>228</sup>, qui, indirectement, marque un tournant dans la définition de l'abus de droit. Cet arrêt concernait la fraude à la loi et non l'abus de droit.

Jusqu'à là il était considéré, comme en matière d'abus de droit, que la fraude à la loi était caractérisée en présence d'un acte fictif ou d'un but exclusivement fiscal ce dernier étant caractérisé lorsque les actes du contribuable n'avaient pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer la charge fiscale qu'il aurait dû supporter eu égard à sa situation et à ses activités réelles. L'apport de l'arrêt Janfin concerne cette seconde hypothèse. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat indique que la fraude à la loi peut être caractérisée dans les hypothèses de but exclusivement fiscal si le contribuable a recherché le bénéfice d'une application littérale des textes contraire aux objectifs poursuivis par leurs auteurs. En résumé, la fraude à la loi était avérée en cas d'acte fictif ou en cas de but exclusivement fiscal contraire aux objectifs du législateur. Cette précision permet de tenir compte du fait que de nombreux dispositifs fiscaux ont un caractère incitatif et reprocher à un contribuable d'user de ces dispositifs pour éluder ou atténuer la charge fiscale est un peu compliqué et illégitime.

---

<sup>228</sup> Conseil d'Etat, 27 septembre 2006 n° 260050, Sté Janfin, RJF 12/06, n°1583 ; Conclusions Laurent OLLEON : « *L'administration peut-elle poursuivre la répression des abus de droit en dehors du champ d'application de l'article L 64 du LPF ?* », BDCF 12/06, n°156.

Voir notamment :

Yohann BENARD : « *Dissuasion à l'anglaise : la double clef de la fraude à la loi* », RJF 12/06, pages 1083 et suivantes.

Patrick DIBOUT : « *Répression des abus de droit en matière fiscale et principe de fraude à la loi – A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 27 septembre 2006, Société Janfin* », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°50, 14 décembre 2006, 2820.

Pierre FERNOUX : « *L'actualité de l'abus de droit ou comment cerner la frontière entre abus de droit et optimisation fiscale* », Droit et Patrimoine, n°167, 1<sup>er</sup> février 2008, pages 60 à 68.

Olivier FOUQUET : « *Fraude à la loi et abus de droit* », Droit fiscal, n°47, 23 novembre 2006, 65.

Jean-Luc PIERRE : « *Répression des abus de droit* », Procédures, n°12, Décembre 2006, comm. 284.

459. Cet arrêt ne concernait donc directement que la fraude à la loi. Toutefois, le juge de l'impôt a étendu cette double définition de la fraude à la loi à l'abus de droit dans les arrêts *min c/ Persicot*<sup>229</sup> puis *Selarl Pharmacie des Chalonges*<sup>230</sup> :

*« [l'Administration] est fondée à écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, dès lors qu'elle établit que ces actes ont un caractère fictif, ou, que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, auraient normalement supportées, eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ».*

460. Enfin, une réforme importante est intervenue en 2008. L'article 35 de la loi de finances rectificative pour 2008, n°2008-1443 du 30 décembre 2008 a modifié l'article L. 64 du LPF à plusieurs égards. Tout d'abord, il a étendu l'application de la procédure de répression des abus de droit à tous les impôts et à tous les stades de son élaboration : assiette, liquidation et recouvrement. Ensuite, il a intégré la définition jurisprudentielle de l'abus de droit par fraude à la loi au Livre des procédures fiscales.

Ainsi, alors que dans sa version en vigueur jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2009, l'article L. 64 du LPF disposait :

*« Ne peuvent être opposés à l'administration des impôts les actes qui dissimulent la portée véritable d'un contrat ou d'une convention à l'aide de clauses :*

---

<sup>229</sup> Conseil d'Etat, 28 février 2007, n° 284565, 9e et 10e s.s., *min. c/ Persicot*, RJF 5/07, n°599 ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement Laurent VALLEE : « *Où passe la frontière entre optimisation fiscale et abus de droit* », BDCF 5/07, n°61.

Olivier FOUQUET : « *Un acte non fictif ne peut être taxé d'abus de droit que s'il est artificiel et motivé par la seule volonté d'éluder l'impôt* », Droit fiscal, n°14, 5 avril 2007, comm. 386.

<sup>230</sup> Conseil d'Etat, 5 mars 2007, n°284457, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s. s., *Selarl Pharmacie des Chalonges*, RJF 5/07, n°600 ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement Pierre COLLIN : « *L'acte de revalorisation de la valeur d'apport d'un élément d'actif peut-il être contesté sur le terrain de l'abus de droit ?* », RJF 5/07, pages 426 et suivantes.

- a) *Qui donnent ouverture à des droits d'enregistrement ou à une taxe de publicité foncière moins élevés ;*
- b) *Ou qui déguisent soit une réalisation, soit un transfert de bénéfices ou de revenus ;*
- c) *Ou qui permettent d'éviter, en totalité ou en partie, le paiement des taxes sur le chiffre d'affaires correspondant aux opérations effectuées en exécution d'un contrat ou d'une convention.*
- L'administration est en droit de restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse ».*

Il prévoit désormais que :

*« Afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions<sup>231</sup> à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ».*

Cette définition appelle deux précisions.

Tout d'abord, il ne s'agit pas d'une intégration exacte de la jurisprudence au Livre des procédures fiscales car alors que la définition jurisprudentielle faisait référence à une application littérale des « *textes* », la nouvelle définition vise l'application littérale des « *textes et décisions* ».

Ensuite, le législateur, suivant le rapport<sup>232</sup> d'Olivier FOUQUET sur l'« *amélioration de la sécurité des relations entre l'Administration fiscale et les*

---

<sup>231</sup> Ajout non prévu par la définition jurisprudentielle de l'abus de droit par fraude à la loi.

<sup>232</sup> Rapport au Ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique « *Amélioration de la sécurité des relations entre l'Administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche* » présenté par Monsieur Olivier FOUQUET, Juin 2008.

*contribuables : une nouvelle approche* », reprend ici le critère du but « *exclusivement* » fiscal déjà utilisé dans sa jurisprudence antérieure et non le critère du but « *essentiellement* » fiscal parfois retenu par le juge communautaire<sup>233</sup> qui aurait, selon le rapport, entravé :

*« [...] l'application uniforme du concept d'abus de droit en laissant aux juges du fond une marge d'appréciation souveraine sur le caractère « essentiel » du but fiscal poursuivi ».*

Notons que le 17 septembre 2013, l'Assemblée Nationale a adopté le projet de loi relatif à la lutte contre la fraude et la grande délinquance économique et financière sans toutefois élargir la notion de l'abus de droit par le remplacement de la notion de but exclusivement fiscal par celle de but essentiellement fiscal comme l'avait proposé le Sénat dans l'article 11 bis DA. Le Gouvernement a toutefois déclaré qu'une réforme de cette définition était envisageable. C'est donc une affaire à suivre. La lecture définitive de l'Assemblée Nationale aura lieu le 30 octobre 2013.

- 461.** Profitons de ces rappels sur l'abus de droit pour éclairer quelques points concernant la procédure et les sanctions encourues lorsqu'une opération est jugée abusive. Ces deux éléments caractérisent l'enjeu de l'applicabilité de cette procédure spéciale de contrôle.

Les alinéas 2 et 3 de l'article L. 64 du LPF disposent :

*« En cas de désaccord sur les rectifications notifiées sur le fondement du présent article, le litige est soumis, à la demande du contribuable, à l'avis du comité de l'abus de droit fiscal. L'administration peut également soumettre le litige à l'avis du comité.*

*Si l'administration ne s'est pas conformée à l'avis du comité, elle doit apporter la preuve du bien-fondé de la rectification ».*

---

<sup>233</sup> Cour de justice des Communautés européennes, 21 février 2008, affaire n°425/06, Part Service Srl, RJF 6/08, n°765.

Ainsi, en cas de désaccord entre le contribuable et l'Administration fiscale, l'un et l'autre ont la possibilité de soumettre le litige au Comité de l'abus de droit fiscal. Bien que cet avis ne s'impose ni à l'Administration fiscale, ni au juge, il emporte un effet important en matière de charge de la preuve. Si l'imposition est établie par l'Administration fiscale conformément à l'avis rendu par le CAD mais que le contribuable persiste dans sa contestation, c'est sur lui que pèsera la charge de la preuve. A l'inverse, si l'Administration fiscale refuse de suivre l'avis du Comité ou que ce dernier n'est pas saisi, c'est à elle qu'il incombera de prouver l'abus de droit.

Concernant la sanction, si l'abus de droit est avéré, l'acte abusif est écarté et l'imposition est déterminée conformément à l'acte réel. En outre, l'article 1729, b du CGI prévoit l'application d'une majoration de 40 % au minimum. Cette dernière est portée à 80 % lorsque le contribuable a « *eu l'initiative principale du ou des actes constitutifs de l'abus de droit ou en a été le principal bénéficiaire* », ces conditions étant remplies lorsque le contribuable a pris une part active dans le montage abusif<sup>234</sup>.

Enfin, bien qu'il ne s'agisse pas d'une sanction au sens propre du terme, il convient de préciser que l'intérêt de retard de 0,4 % par mois de retard prévu à l'article 1727 du CGI sera également applicable.

- 462.** Le risque fiscal attaché à la caractérisation de l'abus de droit n'est donc pas négligeable. C'est sur la base de cette procédure spéciale que le juge de l'impôt va, après avoir admis que l'apport-cession réalisé sous les régimes de l'ancien report d'imposition et du sursis d'imposition entrainé dans le champ d'application de l'abus de droit (Section 1), fixer les conditions permettant d'écarter le caractère abusif de l'opération (Section 2).

---

<sup>234</sup> BOI-CF-INF-10-20-20 n°80, 12-09-2012.

## **Section 1 : La soumission de l'apport-cession à la procédure de répression des abus de droit**

- 463.** Sous le régime de l'ancien report d'imposition (Paragraphe 1), comme sous celui du sursis d'imposition (Paragraphe 2), l'apport-cession encourt la sanction des opérations abusives sur le fondement de l'article L. 64 du LPF.

### ***Paragraphe 1 : L'apport-cession fondé sur l'ancien report d'imposition***

- 464.** Alors même que le Conseil d'Etat n'a statué sur l'applicabilité de l'abus de droit aux opérations d'apport-cession réalisées sous le régime de l'ancien report d'imposition que très récemment (B), le Comité consultatif pour la répression des abus de droit – CCRAD – (devenu le comité de l'abus de droit fiscal – CAD –) ainsi que les juges du fond avaient déjà été amenés à se prononcer sur cette question (A).

#### ***A. Une solution incertaine avant l'intervention du Conseil d'Etat***

- 465.** Le CCRAD (1) ainsi que les juges du fond (2) s'étaient prononcés dans le cadre d'affaires mettant en jeu des opérations d'apport-cession. Toutefois, le contribuable n'en demeurerait pas moins dans l'incapacité de déterminer précisément le risque fiscal attaché à l'apport-cession eu égard à la variété de décisions opposées.

#### ***1. Le Comité consultatif pour la répression des abus de droit et le Comité de l'abus de droit fiscal***

- 466.** Le CCRAD s'est prononcé sur l'applicabilité de la procédure de répression des abus de droit prévue à l'article L. 64 du LPF en matière d'apport-cession dès 1998 dans l'avis 1998-18<sup>235</sup>.

---

<sup>235</sup> BOI 13 L-4-99. « *Le rapport (1998) du Comité consultatif pour la répression des abus de droit* », Droit fiscal, n°12, 24 mars 1999,

- 467.** Les faits de cette affaire étaient les suivants. En novembre 1993, des contribuables qui détenaient 24,13 % des actions d'une société holding familiale créent une société civile, imposée, sur option, à l'impôt sur les sociétés, par apport d'une quote-part de ces actions. A cette occasion, ils demandent le bénéfice du report d'imposition. En septembre 1994, la société civile cède à un tiers la quote-part des titres de la société holding familiale qui lui avaient été apportée.
- 468.** Le Comité avait alors eu à déterminer si l'opération qui lui était soumise constituait un abus de droit. Il répond par l'affirmative dans les termes suivants :
- ... « la création de la société civile par apport de titres S n'avait pas eu d'autre but que de permettre aux époux O de se placer dans le champ d'application de l'article 92 B, II du CGI prévoyant le report d'imposition des plus-values d'apport sur option et ainsi de différer voire d'échapper à l'imposition de la plus-value due sur la cession des titres S ».*
- 469.** Pour statuer ainsi le Comité se fonde sur trois éléments. Tout d'abord, il indique que le recours à une société civile soumise à l'impôt sur les sociétés n'apportait pas d'avantage supplémentaire sur le plan patrimonial. Ensuite, il constate que lorsque la société civile bénéficiaire de l'apport a été constituée, la vente des titres apportés était déjà devenue inéluctable eu égard aux intentions des membres du groupe familial. Enfin, le Comité relève le bref délai – dix mois – séparant l'apport des titres de la holding familiale à la société bénéficiaire de l'apport et leur cession par cette dernière.
- 470.** Le CCRAD s'appuyait ici sur la branche prétorienne de l'abus de droit dégagée, pour rappel, à l'occasion de l'arrêt du 10 juin 1981 précité et selon laquelle, l'abus de droit était constitué en cas d'acte fictif mais également lorsque l'opération considérée n'avait pu être inspirée par aucun autre motif que celui d'éluder l'impôt ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas réalisé ces opérations, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles.

**471.** Plusieurs éléments pouvaient être retenus au soutien de la critique de cet avis<sup>236</sup>.

Le Comité conclut que la création de la société par apport de titres n'avait eu d'autre but que de différer voire d'échapper à l'imposition de la plus-value due sur la cession des titres. Ce n'est pas le différé d'imposition en tant que tel qui est contesté ici mais la création d'une société par apport de titres, cumulée à l'option pour l'impôt sur les sociétés alors même que l'objectif final de l'opération était la cession des titres intervenue seulement dix mois plus tard.

Or, la réalisation de cette opération ne permet pas uniquement au contribuable apporteur de bénéficier des avantages liés au traitement fiscal de la plus-value de cession. L'assertion du Comité selon laquelle l'option pour l'assujettissement de la société à l'impôt sur les sociétés ne présentait pas d'avantage supplémentaire sur le plan patrimonial n'est pas exacte. En effet, à titre d'exemples, nous pouvons indiquer qu'elle permet de bénéficier du régime des amortissements ou encore que, dans l'hypothèse de la prise de participations par la société bénéficiaire de l'apport dans des filiales également soumises à l'impôt sur les sociétés, le régime des sociétés mères pourrait s'appliquer<sup>237</sup>.

En outre, l'opération tendant à faire apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés avant que cette dernière ne les cède ne permet pas, en elle-même, d'échapper à l'imposition. Certes, le contribuable qui apporte ses titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés avant qu'elle ne les cède ne sera pas redevable de l'impôt sur la plus-value à cette occasion, mais la récupération des fonds engendra une imposition. En effet, si le contribuable se fait distribuer des dividendes, il sera redevable de l'impôt sur le revenu et s'il décide de céder les titres reçus en échange de l'apport, le report d'imposition tombera et la plus-value deviendra imposable.

---

<sup>236</sup> Voir notamment :

Pascal COUDIN et Marc BORNHAUSER, « *Apport de droits sociaux en régime de report s'imposition suivi d'une cession. Un avis discutable du Comité des abus de droit* », Droit fiscal, n°23, 9 juin 1999, 100195.

Rémy GENTILHOMME et Gilbert LADREYT, « *Report d'imposition et abus de droit* », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°26, 1<sup>er</sup> juillet 1999, pages 1140 et suivantes.

<sup>237</sup> Article 145 du CGI.

472. Pour autant, le Comité, suivi par certains juges du fond, a confirmé à de nombreuses reprises au cours des années suivantes l'entrée de l'opération d'apport-cession dans le champ d'application de l'abus de droit<sup>238</sup>.

## 2. Les juges du fond

473. Avant l'intervention du Conseil d'Etat, les solutions retenues par les juges du fond étaient variées. Alors que certains juges admettaient que l'opération d'apport-cession soit contrôlée dans le cadre de l'article L. 64 du LPF (a), d'autres l'excluaient (b).

### *a. L'entrée de l'apport-cession dans le champ d'application de l'article L. 64 du LPF*

474. Certains juges du fond ont admis de contrôler l'opération d'apport-cession au regard de l'abus de droit.

475. C'est notamment le cas du Tribunal administratif de Versailles<sup>239</sup>. Dans un jugement rendu le 13 décembre 2005, le Tribunal indique que le contribuable :

*« [...] apporte la preuve qui lui incombe que l'apport des titres de la société Createc Rollers à la société civile RCL Finance suivi de leur échange et de leur cession par la société civile [...] n'avaient pas un but exclusivement fiscal ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête, il est fondé à soutenir que c'est à tort que l'administration a mis en œuvre la procédure de répression des abus de droit prévue par les dispositions précitées de l'article L 64 du LPF ».*

En l'espèce, le juge a considéré qu'il n'y avait pas abus de droit dans la mesure où le contribuable avait établi la preuve que ses réinvestissements n'étaient pas motivés par un but exclusivement fiscal mais il n'a pas exclu l'opération du champ

<sup>238</sup> A titre d'exemples, les affaires 2003-1, 2003-5, 2003-6 ou encore 2003-13, BOI 13 L-2-04.

<sup>239</sup> Tribunal administratif de Versailles, 13 décembre 2005, n° 04-4909, Rouyer, RJF 6/06, n°750 ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement Franck LOCATELLI : « Un apport de titres à une société civile, suivi de leur échange ouvrant droit au report d'imposition de la plus-value réalisée et de leur cession par la société civile, est-il constitutif d'un abus de droit ? », BDCF 6/06, n°77.

d'application de l'article L. 64 du LPF. L'apport-cession pouvait donc, selon le Tribunal, être abusif et à ce titre être sanctionné sur le fondement de l'article L. 64 du LPF.

- 476.** La même solution a été retenue par la Cour administrative d'appel de Nancy dans un arrêt du 7 décembre 2008<sup>240</sup>.

Dans cette affaire, un contribuable avait réalisé un apport de titres à une société luxembourgeoise en août 1998. A cette occasion, il avait déclaré une plus-value de 132 963 250 francs et avait demandé que son imposition soit reportée sur le fondement de l'article 160, I ter du CGI. En septembre 1998, la société bénéficiaire de l'apport cède les titres apportés à une société anglaise via une société maltaise, filiale d'une autre société maltaise créée ce même jour, elle-même filiale d'une autre société luxembourgeoise dont la société bénéficiaire de l'apport est l'associé unique.

Considérant que l'apport n'avait eu d'autre intérêt que de permettre au contribuable de « *se placer abusivement dans le champ d'application du report d'imposition prévu par l'article 160, I ter du CGI et ainsi de différer, voire de supprimer l'imposition due sur la plus-value dégagée par la cession des titres [apportés]* », l'Administration fiscale a imposé la plus-value sur le fondement des dispositions relatives à la répression des abus de droit.

Le Tribunal administratif de Strasbourg et la Cour administrative d'appel ont validé cette décision. Ainsi, selon les juges d'appel, les contribuables :

« [...] *ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, qui est suffisamment motivé, le tribunal administratif de Strasbourg a rejeté leur demande en décharge du complément d'impôt sur le revenu auquel ils ont été assujettis au titre de l'année 1998 à raison de l'invocation par l'administration des dispositions relatives à la répression des abus de droit* ».

---

<sup>240</sup> Cour administrative d'appel de Nancy, 7 février 2008, n° 06-327, 1<sup>e</sup> ch., Picoux, RJF 8-9/08, n°999.

Voir notamment : Jean-Luc PIERRE : « *Apport de titres par un particulier à une société soumise à l'impôt sur les sociétés : différé d'imposition de la plus-value d'apport* », Note sous Cour administrative d'appel de Nancy 7 février 2008, n° 06-327, 1<sup>e</sup> ch., Picoux, Droit des sociétés, n°5, mai 2008, comm. 111.

Ces juges du fond ont donc statué dans un sens similaire à celui retenu par le CCRAD : l'apport-cession entre dans le champ d'application de la procédure de répression des abus de droit.

477. Toutefois, d'autres juges ont statué en sens inverse et ont rejeté l'application de la procédure de l'abus de droit fiscal aux opérations d'apport-cession.

***b. L'exclusion de l'apport-cession du champ  
d'application de l'article L. 64 du LPF***

478. Avant d'être soumises au Conseil d'Etat, les affaires Bazire et Bauchart avaient donné lieu à une solution identique de la part des juges du fond.

479. Dans ces deux espèces, les faits sont similaires<sup>241</sup> : deux couples créent chacun une société civile qui opte pour l'impôt sur les sociétés avant de leur apporter des titres. Peu de temps après cet apport, la société cède les titres reçus et réinvestit tout ou partie du produit de la cession.

480. Les Cours administratives d'appel de Nantes<sup>242</sup> et de Douai<sup>243</sup>, avaient écarté l'application de la procédure de répression des abus de droit en considérant que le fait, pour un contribuable, de placer et de maintenir sous le régime du report d'imposition une plus-value réalisée à l'occasion d'un apport de titres :

*... « ne déguise, par lui-même, ni la réalisation, ni le transfert de bénéfices ou de revenus, au sens du b de l'article L.64 du livre des procédures fiscales ».*

481. Dans ces affaires, il semble que les juges du fond se soient fondés sur une interprétation littérale de l'article L. 64 du LPF dans sa rédaction antérieure à la

---

<sup>241</sup> Le réinvestissement du prix de cession mis à part, cette question est étudiée un peu plus loin.

<sup>242</sup> Cour administrative d'appel de Nantes, Bazire, 18 décembre 2006, n° 05-486, RJF 5/07, n°598.

<sup>243</sup> Cour administrative d'appel de Douai, Bauchart, le 11 décembre 2007, n° 06-1458, RJF 4/08, n°490.

Voir notamment : Jean-Luc PIERRE : « Apport de titres par un particulier à une société soumise à l'impôt sur les sociétés : différé d'imposition de la plus-value d'apport », Droit des sociétés n°4, Avril 2008, comm. 88.

réforme de 2008 – les apports en société étant intervenus, dans les deux espèces, avant cette réforme – en ne prenant en compte que la branche alors légale de l’abus de droit c’est-à-dire celle fondée sur l’acte fictif.

Dès lors que la société bénéficiaire de l’apport n’est pas fictive – c’est-à-dire que ses assemblées générales ont lieu, que sa comptabilité est tenue, que son objet social est respecté ... – il paraît difficile d’établir un abus de droit par simulation.

En outre, le report d’imposition ne peut emporter le « *déguisement* » de la plus-value dès lors que l’obtention même du report supposait sa déclaration à l’Administration fiscale par le biais d’obligations déclaratives. Le report d’imposition devait non seulement faire l’objet d’une demande dans la déclaration de revenu de l’année de la réalisation de la plus-value, mais il contraignait de surcroît le contribuable à produire pour chacune des années suivantes, et ce jusqu’à la fin du report, un état de suivi des plus-values en report<sup>244</sup>.

- 482.** Une autre explication peut résulter de la notion même de report d’imposition. Comme son nom l’indique et comme nous l’avons déjà souligné, ce mécanisme ne permet pas, en lui-même, la suppression de l’impôt mais simplement le décalage de son établissement et de son paiement dans le temps.
- 483.** La Cour administrative d’appel de Nantes<sup>245</sup> réitérera cette solution suivie notamment par la Cour administrative d’appel de Lyon<sup>246</sup>.
- 484.** Il résulte de ces solutions contraires un contexte fiscal peu lisible et non sécurisant pour les contribuables et leurs conseils. Dès lors, la solution du Conseil d’Etat était très attendue.

---

<sup>244</sup> Article 41 quater viciés Annexe III du CGI.

<sup>245</sup> Notamment : Cour administrative d’appel de Nantes, Ciavatta, 7 avril 2008, n°06-453, RJF10/08, n°1104.

<sup>246</sup> Cour administrative d’appel de Lyon, Min c/ Menoni, 5 février 2009, n°06LY01960, Jurisprudence fiscale 2011 Francis Lefebvre, Légifrance.

***B. Une soumission à la procédure de répression des abus de droit  
clairement affirmée par le Conseil d'Etat en 2010***

485. C'est le 8 octobre 2010<sup>247</sup> que le Conseil d'Etat a été amené à se prononcer sur l'applicabilité de la procédure de répression des abus de droit aux opérations d'apport-cession pour la première fois.
486. Ce dernier va s'appuyer sur la branche jurisprudentielle de l'abus de droit, c'est-à-dire sur l'abus de droit par fraude à la loi, pour poser le considérant de principe suivant :

*« lorsque l'administration entend remettre en cause les conséquences fiscales d'une opération qui s'est traduite par un report d'imposition, au motif que les actes passés par le contribuable ne lui sont pas opposables, elle est fondée à se prévaloir des dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales ; qu'en effet, une telle opération, dont l'intérêt fiscal est de différer l'imposition, entre dans le champ d'application de cet article, dès lors qu'elle a nécessairement pour effet de minorer l'assiette de l'année au titre de laquelle l'impôt*

---

<sup>247</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°301934, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Bazire, RJF 12/10, n°1204, et Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°313139, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., min.c/ Bauchart, RJF 12/10, n°1205 ; Conclusions du Rapporteur public Laurent OLLEON : « 1° L'apport en report d'imposition de titres à une société suivi de leur cession pour celle-ci est-il constitutif d'un abus de droit ? 2° L'apport en report d'imposition d'un fonds de commerce à une société suivi de la réduction du capital de celle-ci est-il constitutif d'un abus de droit ? », BDCF 12/10, n°132.

Voir notamment :

Daniel GUTMANN et Luc JAILLAIS : « Pour une jurisprudence cohérente en matière d'abus de droit », Bulletin fiscal Francis Lefebvre, 5/11, 1er avril 2011.

Vincent DAUMAS : « Abus de droit : derniers développements jurisprudentiels », Revue de jurisprudence fiscale 1/11, pages 5 et suivantes.

Pierre FERNOUX : « Abus de droit : revisitons le passé à l'aune de la nouvelle définition », Droit fiscal, n°49, 9 décembre 2010, 584.

Olivier FOUQUET : « Reports d'imposition et abus de droit », Feuillet rapides fiscaux Francis Lefebvre 44/10, 29 octobre 2010, n°18.

Jean-Luc PIERRE : « Apport de titres ou d'une activité professionnelle par une personne physique à une société : remise en cause du différé d'imposition de la plus-value d'apport », Note sous Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°313139, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., min.c/ Bauchart, Droit des sociétés n° 1, Janvier 2011, comm. 20.

*est normalement dû à raison de la situation et des activités réelles du contribuable* ».

**487.** La Haute Cour de la Juridiction administrative considère donc que l'opération d'apport-cession entre dans le champ d'application de la procédure de répression des abus de droit codifiée à l'article L. 64 du LPF.

**488.** Cette décision semble trouver une explication dans la combinaison de deux éléments :

- Le mécanisme du report d'imposition implique la constatation d'une plus-value au jour de l'apport mais rattache son imposition à une date ultérieure,
- Le respect du principe d'annualité de l'impôt posé par l'article 12 du CGI selon lequel :

*« L'impôt est dû chaque année à raison des bénéfices ou revenus que le contribuable réalise ou dont il dispose au cours de la même année ».*

Une plus-value étant constatée l'année de l'apport, elle devrait, à défaut de report d'imposition, constituer un revenu imposable au titre de cette année. Or, du fait du report d'imposition, cette plus-value est constatée mais n'est pas considérée comme un gain « *imposable* ». L'exigibilité de l'impôt, au lieu d'être rattachée à l'apport en société est alors repoussée à une date ultérieure, en l'occurrence celle de la cession des titres reçus en échange de l'apport. Ainsi, bien qu'il ne s'agisse, en principe, que d'un avantage temporaire, le simple fait d'obtenir un délai dans l'imposition de la plus-value, et donc dans le paiement de l'impôt, malgré le risque d'augmentation du taux d'imposition applicable entre le jour de l'apport et celui de la cession des titres reçus en échange qu'il fait supporter au contribuable, a pour effet d'en diminuer l'assiette de l'année au titre de laquelle il devrait, à défaut de report d'imposition, être dû.

Cet avantage pour le contribuable, dont la conséquence est un désavantage pour l'Etat, est clairement indiqué par le Rapporteur public Laurent OLLEON dans ses conclusions<sup>248</sup> sur ces deux affaires :

*« Il pourrait être soutenu que le simple fait de placer en report d'imposition une plus-value n'est pas, par lui-même, constitutif d'un abus de droit au sens de l'ancien article L 64 du LPF. En effet, l'imposition est en principe reportée, et ce report découle de la volonté même du législateur de ne pas taxer le bénéficiaire de la plus-value tant qu'il ne dispose pas des liquidités permettant d'acquitter l'impôt. Or un apporteur reçoit des titres en échange de son apport : tant qu'il ne les cède pas, il ne dispose pas de liquidités ».*

*« Or il ne fait aucun doute, selon nous, que le fait d'être taxé demain plutôt qu'aujourd'hui constitue par principe, pour les agents économiques, un avantage ».*

*« Certes, il pourra être objecté que le mécanisme de report d'imposition place le bénéficiaire à la merci d'une augmentation du taux d'imposition. Nous n'en disconvenons pas. Mais un euro aujourd'hui vaut toujours plus qu'un euro demain, sous le double effet de l'inflation et de la possibilité de placer, aujourd'hui, l'euro économisé ».*

*« Du point de vue de l'Etat, le report d'imposition se traduit bel et bien par un manque à gagner : l'imposition de la plus-value, qui est différée, oblige en effet l'Etat à trouver d'autres sources de financement de ses dépenses, ou même, dans un monde idéal, à réduire le montant de celles-ci ».*

---

<sup>248</sup> Conclusions du Rapporteur public Laurent OLLEON : « 1° L'apport en report d'imposition de titres à une société suivi de leur cession pour celle-ci est-il constitutif d'un abus de droit ? 2° L'apport en report d'imposition d'un fonds de commerce à une société suivi de la réduction du capital de celle-ci est-il constitutif d'un abus de droit ? », BDCF 12/10, n°132.

489. Par la suite, cette intégration de l'apport-cession au champ d'application de l'abus de droit a été confirmée à plusieurs reprises dans les arrêts Conseil<sup>249</sup>, Picoux<sup>250</sup>, Ciavatta<sup>251</sup>, Moreau-Girault<sup>252</sup> ...
490. Notons que dans un arrêt Dupuis-Bardinal du 10 mai 2012<sup>253</sup>, le Conseil d'Etat a précisé que lorsque l'Administration fiscale remet en cause l'apport-cession sur le fondement de l'abus de droit, c'est « *au titre de l'année au cours de laquelle les titres en litige ont quitté le patrimoine du contribuable* » que la plus-value d'apport doit être imposée, c'est-à-dire au jour de l'apport.
491. Lorsqu'à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2000, l'ancien report d'imposition a été remplacé par un sursis d'imposition, s'est posée la question de la transposition de cette jurisprudence à l'apport-cession bénéficiant de ce nouveau différé d'imposition.

### ***Paragraphe 2 : L'apport-cession fondé sur le sursis d'imposition***

492. L'article 94 de la loi de finances pour 2000<sup>254</sup> a remplacé le report d'imposition – optionnel – par le sursis d'imposition – automatique –, le second ayant la particularité de faire de l'apport une opération intercalaire là où une plus-value était constatée et déclarée sous le régime du report. Ce changement a créé une incertitude quant à la possibilité de transposer au sursis d'imposition la jurisprudence élaborée en matière de report d'imposition (A). Ce n'est finalement qu'en 2012 que le Conseil d'Etat a tranché cette question (B).

---

<sup>249</sup> Conseil d'Etat, 3 février 2011, n° 329839, min. c/ M. et Mme Conseil, RJF 4/11, n°471.

<sup>250</sup> Conseil d'Etat, 11 février 2011, n° 314950, M. et Mme Picoux, RJF 5/11, n°628.

<sup>251</sup> Conseil d'Etat, 24 août 2011, n° 316928, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.s., Ciavatta, RJF 11/11, n°1186.

<sup>252</sup> Conseil d'Etat, 24 août 2011, n° 314579, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.s., M. Moreau et M<sup>me</sup> Girault, RJF 11/11, n°1186.

<sup>253</sup> Conseil d'Etat, 10 mai 2012, n° 329693, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> s.-s., Dupuis-Bardinal, RJF 8-9/12, n°847 ; Conclusions du Rapporteur public Pierre COLLIN : « *Abus de droit : quelle est la date du fait générateur de l'imposition en cas d'apport-cession ?* », BCDF 8-9/12, n°105.

Voir notamment : Revue de Droit fiscal : « *Apport-cession : date d'appréciation de l'existence d'un abus de droit* », n°30, 26 juillet 2012, comm. 401.

<sup>254</sup> Loi n° 99-1172 du 30 décembre 1999 de finances pour 2000.

***A. Jusqu'en 2012 : une transposition incertaine de la jurisprudence fondée sur le report d'imposition aux apports-cessions bénéficiant du sursis d'imposition***

**493.** Le CCRAD, le CAD et les juges du fond ont été amenés à statuer sur l'applicabilité de l'article L. 64 du LPF à l'apport-cession bénéficiant du sursis d'imposition. Cependant, alors que le Comité a dans un premier temps semblé écarter cette possibilité (1), les juges l'ont majoritairement admise (2).

***1. Le Comité consultatif pour la répression des abus de droit et le Comité de l'abus de droit fiscal***

**494.** Plusieurs éléments étaient de nature à faire douter de la possibilité de transposer la jurisprudence qui vient d'être évoquée aux opérations d'apport-cession réalisées postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 2000, c'est-à-dire sous le régime du sursis d'imposition.

**495.** Tout d'abord, dans la mesure où le sursis d'imposition est automatique, le contribuable apporteur n'a pas d'autre choix que celui d'en bénéficier. Certes, il pourrait céder ses titres avant de les réinvestir. De cette manière, il ne bénéficierait pas du sursis d'imposition et acquitterait l'impôt de plus-value. Toutefois, rien ne contraint le contribuable à adopter la solution fiscalement la moins avantageuse. Ceci est d'autant plus vrai que la cession n'entraînerait pas seulement un traitement fiscal différent, elle entraînerait également un traitement juridique différent alors même que le contribuable peut parfaitement choisir de gérer ses titres dans le cadre d'une structure sociétaire sans que ce choix n'ait de fondement fiscal.

**496.** Ensuite, contrairement au report d'imposition, en matière de sursis d'imposition aucune plus-value n'est formellement constatée au jour de l'apport. L'opération est intercalaire. Dans ces circonstances, pour autant que la cession des titres apportés par la société bénéficiaire de l'apport intervienne au cours d'une année distincte de celle de l'apport, aucun impôt n'est véritablement éludé puisqu'aucune plus-value n'est constatée. Il pourrait donc être considéré que l'assiette de l'impôt de l'année de l'apport n'est pas véritablement diminuée. Or, avant la réforme de l'abus de

droit intervenue en 2008, cette procédure était réservée aux hypothèses de diminution et disparition de l'assiette.

497. C'est en se fondant sur ces arguments que le CCRAD va, dans un premier temps, émettre des réserves sur l'application de la procédure de répression des abus de droit dans le cadre d'opérations d'apport-cession bénéficiant du sursis d'imposition.

498. Ainsi, dans deux affaires 2004-63 et 2004-64<sup>255</sup>, le CCRAD a rendu l'avis suivant :

*« L'administration estime en effet que la société [...] n'avait aucun intérêt à conserver pendant seulement deux jours des actions revendues pour leur valeur d'apport et constate l'absence de emploi à bref délai par la société du produit de la cession dans le cadre d'un investissement professionnel, considérant au contraire que les fonds ont été appréhendés ou gérés dans le cadre d'une approche purement patrimoniale.*

*Le Comité relève que l'article 94 de la loi de finances pour 2000 a remplacé le régime du report d'imposition précédemment applicable sur option du contribuable par un mécanisme de sursis d'imposition automatique (article 150-0 B nouveau du code général des impôts).*

*Celui-ci ne laisse désormais aucun autre choix au contribuable qui souhaiterait être immédiatement imposé que de procéder à une cession directe des titres, l'opération d'échange étant en effet traitée comme une opération intercalaire ne donnant pas lieu à liquidation de l'impôt sur le revenu, la plus-value d'échange étant imposée ultérieurement, notamment lors de la cession des titres reçus en échange.*

*Il s'ensuit que le bénéfice de ce dispositif légal n'est pas, dans les circonstances de l'espèce, constitutif d'un abus de droit.*

---

<sup>255</sup> BOI 13 L-3-06, 30 mars 2006 ; Jean-Luc PIERRE, « Apport de titres par un particulier à une société – Différé d'imposition de la plus-value d'apport », Droit des sociétés, n°6, Juin 2006, Comm. 100.

*Le Comité a donc émis l'avis que l'administration n'était pas fondée à mettre en œuvre la procédure prévue à l'article L 64 du livre des procédures fiscales* ».

En d'autres termes, le contribuable n'ayant pas d'autre choix que celui de bénéficier du sursis d'imposition et aucune plus-value n'étant formellement constatée, il ne pourrait pas lui être reproché d'avoir accompli un abus de droit en réalisant un apport-cession.

**499.** Jean-François de VULPILLIÈRES, alors président du Comité, avait réaffirmé cette solution le 7 mars 2007 lors des « *Entretiens du Palais-Royal* »<sup>256</sup>. Il a indiqué à cette occasion que :

*« Quand c'était un mécanisme de report, on a suivi l'Administration dans les redressements. Depuis 2000, c'est un mécanisme de sursis d'imposition et là nous avons déconseillé à l'Administration de redresser. L'Administration nous a suivi : elle a retiré toute une série d'affaires en 2006 pour suivre l'avis du Comité ».*

**500.** Toutefois, ces avis ne s'imposent pas au juge de l'impôt. Ce dernier a-t-il suivi la position du Comité applicable au nouveau sursis d'imposition ou a-t-il transposé sa jurisprudence sur le report d'imposition au sursis ? C'est la seconde de ces propositions qui a été retenue par la majorité des juges du fond.

---

<sup>256</sup> Olivier FOUQUET, Jean-François de VULPILLIÈRES, Yann DE GIVRE, Jean-Pierre LIEB, Catherine CHARPENTIER, Bruno GOUTHIERE : « *Débat autour de l'abus de droit* », Droit fiscal, n°47, 22 novembre 2007, 979.

Olivier DE SAINT CHAFFRAY et Thomas LAUMIERE : « *L'investissement dans une activité économique ou le parcours du combattant du cédant ré-investisseur (2ème partie)* », Option Finance, n°1197, 19 novembre 2012, pages 28 à 30

## *2. Les juges du fond*

**501.** En 2008, le Tribunal administratif de Marseille<sup>257</sup> a considéré que l'apport-cession de titres sous le régime du sursis d'imposition n'avait pas un but exclusivement fiscal dans la mesure où le contribuable faisait valoir que cet apport était justifié par des motifs économiques en permettant à la société, après-vente des titres, de financer la réorientation de son activité :

*« [...] toutefois, [...] l'apport en cause était justifié par des motifs économiques ; que, dès lors, la circonstance que l'apport aurait pu être réalisé en numéraire, après cession des titres à la société [...], n'est pas de nature à faire regarder l'apport des titres comme constitutif d'un abus de droit au sens des dispositions susmentionnées ».*

**502.** Cette solution par laquelle les juges font entrer l'apport-cession réalisé dans le cadre du sursis d'imposition de l'article 150-0 B du CGI dans le champ d'application de l'abus de droit malgré le caractère automatique de son application, a été retenue par d'autres juges et notamment par le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise<sup>258</sup>, la Cour administrative d'appel de Bordeaux en 2009<sup>259</sup> ou encore la Cour administrative d'appel de Paris dans une affaire Vicidomini datant de 2011<sup>260</sup> à l'occasion de laquelle elle indique :

*« L'apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés contrôlée par le contribuable et qui a été suivi de leur cession par cette société est constitutif d'un abus de droit s'il s'agit d'un montage ayant pour seule finalité de permettre à l'intéressé, en interposant une société, de disposer effectivement des liquidités ».*

---

<sup>257</sup> Tribunal administratif de Marseille, 4 février 2008, n° 05-915, Harreau, RJF 1/09, n°59.

<sup>258</sup> Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 4 mai 2009, n° 06-2271, RJF 4/10, n°394.

<sup>259</sup> Cour administrative d'appel de Bordeaux, 17 février 2009, n° 07-711, 3<sup>e</sup> ch., Berjot, RJF 6/10, n°595.

<sup>260</sup> Cour administrative d'appel de Paris, 9<sup>e</sup> ch., 1<sup>er</sup> juin 2011, n° 09PA07171, Vicidomini, RJF 12/11, n°1344.

Voir notamment : Jean-Luc PIERRE : « Apport de titres par une personne physique à une société : remise en cause du différé d'imposition de la plus-value d'apport », Note sous Cour administrative d'appel de Paris, 9<sup>e</sup> ch., 1<sup>er</sup> juin 2011, n° 09PA07171, Vicidomini, Droit des sociétés, n°3, Mars 2012, Comm. 55.

obtenues lors de la cession de ces titres tout en restant détenteur des titres de la société reçus en échange lors de l'apport ».

- 503.** Plus récemment cette solution a été réitérée par la Cour administrative d'appel de Versailles dans deux affaires du 24 janvier 2012 à savoir les arrêts Nicolet et Rondest<sup>261</sup>.
- 504.** Certes, la Cour administrative d'appel de Bordeaux avait, au contraire, considéré le 9 octobre 2008<sup>262</sup> que l'article L. 64 du LPF ne pouvait servir de fondement légal à un redressement de l'apport-cession fondé sur le sursis d'imposition mais, pour l'essentiel, les juges du fond ne suivaient pas le CCRAD.
- 505.** Le CCRAD fondait sa position sur les nouvelles caractéristiques du sursis d'imposition à savoir son caractère automatique et l'absence de constatation et de déclaration de la plus-value.
- 506.** A l'inverse, la solution adoptée par la majorité des juges du fond trouve son explication dans l'un des éléments qui a survécu au passage du report d'imposition au sursis d'imposition, à savoir l'objectif économique qui fonde l'octroi du différé d'imposition. En effet, le juge avait trouvé le fondement de l'exigence d'un réinvestissement dans une activité économique dans la motivation du report à savoir favoriser les restructurations d'entreprises. Or, la substitution du sursis au report d'imposition n'était pas motivée par une remise en cause des raisons d'être du dispositif mais visait simplement sa simplification au regard des obligations déclaratives pesant sur le contribuable. La motivation du sursis d'imposition étant

---

<sup>261</sup> Cour administrative d'appel de Versailles, 24 janvier 2012, n°09VE02217, 1<sup>o</sup> ch., Nicolet, Bulletin fiscal 5/12, n°528, RJF 5/12, n°497.

Cour administrative d'appel de Versailles, 24 janvier 2012, n° 09VE02218, 1<sup>o</sup> ch., Rondest, Bulletin fiscal 5/12, n°528.

Voir notamment : Claire ACARD : « *Fiscalité financière* », Droit fiscal, n°23, 7 juin 2012, 323.

<sup>262</sup> Cour administrative d'appel de Bordeaux, 4<sup>e</sup> ch., 9 octobre 2008, n° 07BX00352, Dufaur-Dessus, Droit des sociétés, n°2, février 2009, Comm. 42.

Voir notamment : Jean-Luc PIERRE : « *Apport de titres par un particulier à une société soumise à l'impôt sur les sociétés : non-imposition de la plus-value d'apport* », Droit des sociétés, n°2, février 2009, Comm. 42.

la même que celle qui avait présidé à la mise en place de l'ancien report d'imposition, il aurait été contestable qu'une mesure de simplification administrative<sup>263</sup> n'en vienne à influencer sur le caractère éventuellement abusif d'une opération et sur sa soumission à la procédure de répression des abus de droit.

507. En conclusion, le Comité et la jurisprudence adoptaient deux solutions contraires en se basant sur des fondements différents, laissant le contribuable dans une situation d'insécurité fiscale préjudiciable.

**B. En 2012, ancien report ou sursis d'imposition : du pareil au même en matière d'abus de droit**

508. Avant même que le Conseil d'Etat ne se prononce sur la transposition de la jurisprudence relative à l'abus de droit à l'apport-cession bénéficiant du sursis d'imposition (2), le Comité est revenu sur sa position exprimée en 2004 et a finalement considéré que l'automaticité du sursis d'imposition n'excluait pas l'abus de droit (1).

---

<sup>263</sup> Pour rappel, le sursis a remplacé le report d'imposition afin d'alléger les obligations déclaratives du contribuable et ainsi de simplifier le traitement de l'opération.

Pierre FERNOUX : « *Abus de droit : apport-cession et donation-cession, deux décisions fondamentales* », Droit et Patrimoine 2012, n°217.

Pascal JULIEN SAINT-AMAND et Frank THIERY : « *Apport en sursis d'imposition* », Droit et Patrimoine 2011, n°205.

### 1. Le comité de l'abus de droit fiscal opère un revirement

509. Dans ses avis 2011-16 et 2011-17 du 2 février 2012<sup>264</sup>, le CAD indique que :

*« Le Comité estime que le placement en sursis d'imposition d'une plus-value réalisée par un contribuable lors de l'apport de titres à une telle société qu'il contrôle et qui a été suivi de leur cession par cette société, est constitutif d'un abus de droit s'il s'agit d'un montage ayant pour seule finalité de mettre en mesure le contribuable, en interposant cette société, de disposer des liquidités obtenues lors de la cession de ces titres tout en restant détenteur des titres de la société reçus en échange lors de l'apport. Le contribuable poursuit alors un but exclusivement fiscal et recherche le bénéfice d'une application littérale de l'article 150-0 B du code général des impôts à l'encontre des objectifs, rappelés ci-dessus, que le législateur a entendu poursuivre. L'abus de droit n'est pas caractérisé s'il ressort de l'ensemble de l'opération que cette société a effectivement réinvesti pour un montant devant être regardé comme significatif le produit de cette cession dans des activités économiques ».*

Il résulte de ces avis que non seulement l'opération d'apport-cession réalisée sous le bénéfice du sursis d'imposition entre dans le champ d'application de l'abus de droit mais, de surcroît, les critères de détermination de cet abus de droit sont les mêmes que ceux qui ont cours en matière de report d'imposition.

---

<sup>264</sup> BOI 13 L-2-12.

Voir notamment :

Pierre FERNOUX : « *Abus de droit : apport-cession et donation-cession, deux décisions fondamentales* », Droit et Patrimoine 2012, n°217.

Olivier FOUQUET : « *Apport-cession de titres et abus de droit : la continuité* », Droit fiscal, n°20, 17 mai 2012, act. 216.

Pierre SAPPEY : « *Apport-cession de titres : le Comité de l'abus de droit fiscal révisé sa position* », Option Finance, n°1176, 4 juin 2012.

Actualités Francis Lefebvre : « *Apport-cession de titres : l'automaticité du sursis d'imposition n'exclut pas l'abus de droit* », Note sur l'instruction 13 L-2-12 du 24 avril 2012, 11 mai 2012.

**510.** Ce revirement peut trouver sa justification dans l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat mais aussi dans le changement de référentiel dans lequel se place le CAD pour réaliser son contrôle : il n'étudie plus seulement l'apport-cession d'un point de vue de pure technique fiscale, il s'attache désormais aussi au respect des objectifs du législateur.

En effet, contrairement aux avis de 2004 dans lesquels le CAD avait écarté l'abus de droit concernant les opérations d'apport-cession réalisées sous le régime de l'article 150-0 B du CGI, ces décisions interviennent toutes deux après la jurisprudence Janfin de 2006<sup>265</sup> précédemment évoquée qui avait ajouté le critère de la contrariété aux objectifs du législateur à la définition de la fraude à la loi et à l'arrêt pharmacie des Chalonges de 2007<sup>266</sup> qui avait repris ce critère dans le cadre de la définition de la branche jurisprudentielle de l'abus de droit. De plus, plusieurs arrêts – Bazire<sup>267</sup>, Bauchart<sup>268</sup>, Conseil<sup>269</sup>, Picoux<sup>270</sup>, Ciavatta<sup>271</sup> ou encore Moreau-Girault<sup>272</sup> – sont intervenus entre temps et se sont tous fondés sur la volonté de favoriser les restructurations d'entreprises qui avait présidé à la mise en place du report d'imposition pour sanctionner l'opération sur le fondement de l'abus de droit en l'absence de réinvestissement dans une activité économique. L'objectif économique étant identique sous le régime du report et du sursis d'imposition, la solution au regard de l'abus devait aussi être la même.

**511.** Il était dès lors probable que le Conseil d'Etat statuerait en ce sens, ce qu'il fit en 2012.

---

<sup>265</sup> Conseil d'Etat, 27 septembre 2006 n° 260050, Sté Janfin, RJF 12/06, n°1583.

<sup>266</sup> Conseil d'Etat, 5 mars 2007, n°284457, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s. s., Selarl Pharmacie des Chalonges, RJF 5/07, n°600

<sup>267</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°301934, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Bazire, RJF 12/10, n°1204.

<sup>268</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°313139, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., min.c/ Bauchart, RJF 12/10, n°1205.

<sup>269</sup> Conseil d'Etat, 3 février 2011, n° 329839, min. c/ M. et Mme Conseil, RJF 4/11, n°471.

<sup>270</sup> Conseil d'Etat, 11 février 2011, n° 314950, M. et Mme Picoux, RJF 5/11, n°628.

<sup>271</sup> Conseil d'Etat, 24 août 2011, n° 316928, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.s., Ciavatta, RJF 11/11, n°1186 .

<sup>272</sup> Conseil d'Etat, 24 août 2011, n° 314579, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.s., M. Moreau et M<sup>me</sup> Girault, RJF 11/11, n°1186.

## 2. Le Conseil d'Etat

512. C'est le 27 juillet 2012, dans une affaire Berjot<sup>273</sup>, que le Conseil d'Etat transpose pour la première fois sa jurisprudence fondée sur le report d'imposition en vigueur jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2000 au sursis d'imposition qui lui a été substitué.

513. Pour cela il reprend le considérant posé dans les arrêts Bazire et Bauchart:

*« une telle opération, dont l'intérêt fiscal est de ne pas soumettre à l'impôt, au titre de l'année de l'échange des titres, la plus-value réalisée, entre dans le champ d'application de cet article ; que si le régime de sursis d'imposition n'offre pas au contribuable le choix entre la taxation immédiate de la plus-value et son imposition ultérieure, contrairement au régime du report d'imposition auquel il s'est substitué, cette seule circonstance ne fait pas obstacle à l'application de la procédure de répression des abus de droit, dès lors que l'opération d'apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés, dont l'intérêt fiscal est*

---

<sup>273</sup> Conseil d'Etat, 27 juillet 2012, n°327295, Berjot, RJF 11/12, n°1042 ; Conclusions du Rapporteur public Edouard CREPEY : « L'apport-cession de titres sous le régime du sursis d'imposition peut-il être constitutif d'un abus de droit ? », BDCF 11/12, n°129.

Voir notamment :

Didier BARSUS et Julie BEGUIER : « Abus de droit et opérations d'apport-cession et de donation-cession de titres », Droit Fiscal, n°46, 15 novembre 2012, comm. 522.

Daniel GUTMANN et Eric PORNIN : « Octobre 2011 – octobre 2012 : la fiscalité du patrimoine en évolution constante », Droit et Patrimoine 2013, Chronique de Droit fiscal n°222.

Luc JAILLAIS et Cyril MODICOM : « Opérations d'"apport-cession" : le puzzle se complète », Option Finance, 10 septembre 2012, n°1187, Pages 24 et 25.

Jean-Louis MEDUS : « Apport-cession de droits sociaux et abus de droit », Bulletin Joly Sociétés, n°1, 1er janvier 2012, pages 82 et suivantes.

Frédérique PERROTIN : « Chronique de contentieux fiscal, spécial abus de droit : le point sur les opérations d'apport-cession en sursis d'imposition », Les Petites affiches, 20 février 2013, n°37, pages 4 et suivantes.

Jean-Luc PIERRE : « Apport de titres par une personne physique : remise en cause du différé d'imposition de la plus-value d'apport », Note sous Conseil d'Etat, 10e et 9e ss-sect., 27 juill. 2012, n° 327295, Berjot, Droit des sociétés, n°11, Novembre 2012, Comm. 193.

Actualités Francis Lefebvre : « Apport-cession de titres : l'automaticité du sursis d'imposition n'exclut pas l'abus de droit », Note sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 27 juillet 2012 n°327295, 17 septembre 2012.

*de différer l'imposition de la plus-value, a nécessairement pour effet de minorer l'assiette de l'année au titre de laquelle l'impôt est normalement dû à raison de la situation et des activités réelles du contribuable [...] ».*

- 514.** Ainsi, le principe de la soumission à la procédure de l'abus de droit de l'apport-cession réalisé sous le mécanisme du report d'imposition est transposé aux opérations réalisées conformément à l'article 150-0 B du CGI.
- 515.** Cette jurisprudence demeure applicable aux opérations d'apport-cession pour lesquelles l'apport a été réalisé en faveur d'une société contrôlée par l'apporteur avant le 14 novembre 2012, date d'entrée en vigueur du nouveau dispositif de l'article 150-0 B ter du CGI.
- 516.** Une fois, la soumission de l'apport-cession à l'article L. 64 du LPF établie, il reste à déterminer dans quelles conditions l'opération sera jugée abusive.

## **Section 2 : Les conditions de caractérisation de l'abus de droit**

- 517.** Il résulte du considérant de principe posé par le Conseil d'Etat dans les arrêts Bazire<sup>274</sup> et Bauchart<sup>275</sup> que c'est sur le fondement de l'abus de droit par fraude à la loi que l'opération d'apport-cession pourra être contestée. En effet, comme nous l'avons déjà évoqué, dès lors que la société bénéficiaire de l'apport a été valablement constituée et qu'elle remplit ses obligations (tenue des assemblées générales...), l'abus de droit par simulation ne semble pas pouvoir être constitué.
- 518.** Aussi, pour que l'abus de droit soit caractérisé, deux éléments doivent être réunis :
- Le but exclusivement fiscal de l'opération (Paragraphe 1),
  - La contrariété aux objectifs du législateur (Paragraphe 2).

---

<sup>274</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°301934, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Bazire, RJF 12/10, n°1204.

<sup>275</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°313139, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., min.c/ Bauchart, RJF 12/10, n°1205.

***Paragraphe 1 : La caractérisation du but exclusivement fiscal***

**519.** Il résulte de la jurisprudence établie depuis les arrêts Bazire et Bauchart précités que le différé 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 dernière constitue un abus de droit :

*« s'il s'agit d'un montage ayant pour seule finalité de permettre au contribuable, en interposant une société, de disposer effectivement des liquidités obtenues lors de la cession de ces titres tout en restant détenteur des titres de la société reçus en échange lors de l'apport ; qu'il n'a en revanche pas ce caractère s'il ressort de l'ensemble de l'opération que cette société a, conformément à son objet, effectivement réinvesti le produit de ces cessions dans une activité économique ».*

**520.** Aussi, dès lors que le contribuable contrôle la société bénéficiaire de l'apport, deux éléments cumulatifs doivent être réunis pour écarter le but exclusivement fiscal :

- L'absence de disposition des liquidités reçues lors de la cession des titres apportés par la société bénéficiaire de l'apport (A),
- Le réinvestissement du prix de cession dans une activité économique (B).

***A. L'absence d'appréhension effective des fonds issus de la cession***

**521.** La caractérisation de cette condition implique de vérifier l'absence d'appréhension directe du prix de cession (1) mais également de tenir compte de l'appréhension indirecte, possible (2).

***1. L'appréhension directe***

**522.** Concernant la disposition directe du prix de cession, le considérant de principe qui vient d'être évoqué l'expose clairement en indiquant que l'opération sera constitutive d'un abus de droit si elle était destinée à permettre au contribuable de disposer des fonds.

**523.** Le report d'imposition vise la prise en considération du fait que le contribuable reçoit des titres en échange de son apport et non un prix de cession. L'opération ne générant pas de liquidités, l'imposition de la plus-value constatée au jour de l'apport est décalée au jour de la perception effective des fonds représentatifs de la valeur des titres apportés, en l'occurrence, la cession des titres reçus en échange de l'apport.

Aussi, selon le Conseil d'Etat, cette appréhension des fonds caractérise l'abus de droit.

**524.** L'arrêt Four<sup>276</sup> nous donne un exemple de réappropriation directe.

L'affaire concernait un apport fondé sur l'article 151 octies du CGI avant réduction. Toutefois, l'hypothèse est assez proche de la question étudiée ici pour que son évocation soit pertinente.

En l'espèce, un fonds de commerce a été apporté à une société mais au lieu de le céder, la société bénéficiaire de l'apport a procédé à une réduction de capital en diminuant de 80 % la valeur nominale des titres reçus en échange de l'apport et en plaçant les fonds issus de cette réduction sur un compte-courant d'associé. La réappropriation partielle du prix de cession était caractérisée.

**525.** Une question peut être soulevée ici : sous le régime du sursis d'imposition comme sous celui du report, le Code général des impôts prévoit la possibilité pour le contribuable de percevoir une soulte dont le montant ne peut excéder 10 % de la valeur nominale des titres reçus en échange de l'apport<sup>277</sup>. Le versement de cette soulte peut-il constituer une réappropriation abusive ?

**526.** Rappelons que jusqu'au 14 novembre 2012, aucune disposition légale ne prévoyait d'encadrement propre à l'apport-cession de sorte que le traitement de la soulte dans ce cadre précis n'avait pas fait l'objet de dispositions particulières.

---

<sup>276</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°321361, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Min. c/ Four, RJF 12/10, n°1206 ; Conclusions du Rapporteur public Laurent OLLEON : « 1° L'apport en report d'imposition de titres à une société suivi de leur cession pour celle-ci est-il constitutif d'un abus de droit ? 2° L'apport en report d'imposition d'un fonds de commerce à une société suivi de la réduction du capital de celle-ci est-il constitutif d'un abus de droit ? », BDCF 12/10, n°132.

<sup>277</sup> A défaut, le différé d'imposition ne serait pas applicable.

- 527.** La réponse à cette interrogation implique de distinguer les opérations d'apport-cession réalisées sous le régime du report d'imposition antérieur au 1<sup>er</sup> janvier 2000 de celles bénéficiant du sursis d'imposition codifié à l'article 150-0 B du CGI.
- 528.** Sous le régime de l'ancien report d'imposition, le versement d'une soulte au contribuable à l'occasion de l'apport de ses titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés générait l'impôt afférent à la quote-part de plus-value correspondante. Aussi, la réappropriation partielle du prix de cession résultant du versement de la soulte était déjà prise en compte par l'Administration fiscale et imposée, de sorte qu'une remise en cause de l'opération d'apport-cession sur le fondement de l'attribution d'une soulte, bien qu'elle constate une réappropriation effective d'une partie du prix de cession, ne semble pas fondée.
- 529.** La solution nous semble différente concernant le sursis d'imposition. Contrairement au régime du report d'imposition, le bénéfice du différé d'imposition est étendu à la soulte. Cela résulte de la modalité d'imposition de la plus-value. En effet, contrairement à la solution retenue en matière de report d'imposition, la plus-value relative aux titres apportés n'est pas constatée ni déclarée, au jour de l'apport. En contrepartie, il est prévu qu'au jour de la cession des titres reçus en échange de l'apport, le contribuable détermine le montant de plus-value imposable en retenant comme prix d'acquisition non pas celui constaté au jour de l'apport mais bien le prix d'acquisition initial, soulte comprise. C'est donc bien au jour de la cession des titres reçus en échange de l'apport que la soulte éventuellement reçue par le contribuable sera imposée. En outre, ces opérations s'étaient vu octroyer le bénéfice d'un différé d'imposition par le législateur en raison de l'absence de liquidités qui en résultait. Dès lors, le versement d'une soulte à l'occasion de l'apport implique une réappropriation directe d'une partie de la valeur des titres apportés alors même que le différé d'imposition existe pour prendre en compte le fait que l'apport ne génère pas de liquidités. Aussi, bien qu'aucune affaire ne semble avoir donné lieu à un redressement sur ce fondement, il est probable que le versement d'une soulte soit en lui-même vecteur d'un risque fiscal en matière d'abus de droit dans le cadre de l'apport-cession bénéficiant du sursis d'imposition.

530. Finalement, l'exigence d'un réinvestissement est le témoin de l'absence de réappropriation du prix de cession par le contribuable apporteur.
531. Toutefois, la réappropriation directe n'est pas la seule opération susceptible de remettre en cause l'apport-cession. Il en va de même des hypothèses de réappropriations indirectes, possibles.

## *2. L'appréhension indirecte, possible*

532. Comme nous le détaillerons un peu plus loin, le Conseil d'Etat contrôle l'utilisation qui est faite du prix de cession par la société bénéficiaire de l'apport. En effet, il n'écarte l'exclusivisme fiscal que si un réinvestissement dans une activité économique est réalisé par la société bénéficiaire de l'apport. Un réinvestissement qui ne répondrait pas aux caractéristiques exigées, comme par exemple un investissement du prix de cession dans une activité purement patrimoniale, pourrait être assimilé à une réappropriation indirecte du prix de cession des titres apportés par le contribuable apporteur<sup>278</sup>.
533. Mais le Conseil d'Etat est allé plus loin. En effet, selon sa jurisprudence, l'abus de droit peut être caractérisé lorsqu'à défaut d'être effectivement réalisée, l'appropriation des fonds est possible. Ainsi, dans l'arrêt Moreau Girault<sup>279</sup>, le Conseil d'Etat statue de la manière suivante :

*« [...] eu égard au caractère conjoint de l'apport, de la cession, du réemploi et de la gestion du produit de cette cession, ce produit pouvait être appréhendé par les contribuables [...] ; qu'enfin, il n'a jamais été soutenu que ces investissements immobiliers réalisés par une SCI à caractère patrimonial s'inscrivaient dans le cadre d'une activité économique poursuivie*

---

<sup>278</sup> Pascal JULIEN SAINT-AMAND et Frank THIERY : « *Apport en sursis d'imposition* », Droit et Patrimoine 2011, n°205.

<sup>279</sup> Conseil d'Etat, 24 août 2011, n° 314579, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.s., M. Moreau et M<sup>me</sup> Girault, RJF 11/11, n°1186.

Voir notamment : Roland POIRIER : « *Opérations d'apport-cession : bilan d'étape sur un parcours accidenté* », Droit fiscal, n°42, 20 octobre 2011, comm. 566.

*par les porteurs de parts de la SCI ; qu'en déduisant de ces circonstances que M. et M<sup>me</sup> Moreau n'apportaient pas la preuve de ce que cette opération avait un autre motif que celui d'atténuer ou d'éviter le paiement de la plus-value qu'ils auraient normalement supportée s'ils n'avaient pas réalisé l'apport, la cour a exactement qualifié les faits de l'espèce ».*

Il en résulte que la simple possibilité d'appréhension combinée à l'absence de preuve de la réalisation d'un investissement dans une activité économique, a été retenue par le Conseil d'Etat comme caractérisant le but exclusivement fiscal de l'opération d'apport-cession réalisée en l'espèce.

**534.** Cette solution soulève une difficulté : elle revient en quelque sorte à nier l'existence d'une nouvelle personne morale interposée entre les fonds représentatifs du prix de cession et l'apporteur. Certes, la société est contrôlée par l'apporteur, ce dernier a, de ce fait, le pouvoir de déterminer la politique de la société, son orientation ... Toutefois, il ne dispose pas d'un pouvoir absolu sur elle et son existence emporte les conséquences fiscales avantageuses indiquées ici mais aussi des conséquences civiles et sociétaires.

**535.** Cette appréhension potentielle n'est possible que parce que le contribuable contrôle la société.

Ce lien de contrôle est donc essentiel en matière de détermination du caractère abusif d'une opération d'apport-cession et était présent dès le considérant de principe posé par les arrêts Bazire<sup>280</sup> et Bauchart<sup>281</sup> :

*« Le placement en report d'imposition d'une plus-value réalisée par un contribuable lors de l'apport de titres à une société qu'il contrôle et qui a été suivi de leur cession par cette société est constitutif d'un abus de droit s'il s'agit d'un montage [...] ».*

---

<sup>280</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°301934, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Bazire, RJF 12/10, n°1204.

<sup>281</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°313139, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., nin.c/ Bauchart, RJF 12/10, n°1205.

**536.** Cette condition est très clairement rappelée par le Rapporteur public Julien BOUCHER dans ses conclusions<sup>282</sup> sur l'affaire Moreau Girault<sup>283</sup> :

*« [...] même si [vos] décisions du 8 octobre 2010 ne s'étendent guère sur ce point, il est bien évident que le comportement de la société interposée ne saurait être pris en compte pour établir l'existence d'un abus de droit, en cas d'apport-cession, s'il n'est pas établi que la responsabilité peut, en réalité, en être imputée au contribuable ».*

**537.** L'exigence de contrôle de la société bénéficiaire de l'apport s'explique de la manière suivante. Si l'abus de droit est caractérisé, l'Administration fiscale exigera le paiement de l'impôt de plus-value affecté d'une majoration pouvant atteindre 80 %. Les conséquences pour le contribuable personne physique à l'origine de l'apport en société ne sont donc pas négligeables. Exiger ce contrôle permet de limiter l'application de la procédure de répression des abus de droits aux opérations d'apport-cession pour lesquelles l'Administration fiscale est sûre du niveau d'implication et de responsabilité du contribuable dans la façon dont l'opération est menée. S'il ne contrôle pas la société, cela revient à lui faire supporter les conséquences fiscales d'actes pour lesquels il ne disposait pas du pouvoir de décision.

C'est l'existence d'un tel contrôle qui mettrait le contribuable en position de disposer du produit de cession des titres apportés.

En mesure d'imposer une décision lui permettant de s'attribuer tout ou partie de ce prix de cession, il pourrait vouloir réaliser cette opération dans un but exclusivement fiscal.

**538.** Reste à déterminer les hypothèses dans lesquelles le contrôle de la société bénéficiaire de l'apport est caractérisé.

---

<sup>282</sup> Julien BOUCHER : « *En cas d'apport-cession, quels sont le montant et la nature des réinvestissements dans une activité économique à réaliser pour éviter une procédure d'abus de droit ?* », BDCF 11/11, n°129.

<sup>283</sup> Conseil d'Etat, 24 août 2011, n° 314579, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.s., M. Moreau et M<sup>me</sup> Girault, RJF 11/11, n°1186.

- 539.** Dans ce type d'opérations, la société holding est souvent créée par l'apporteur en vue de cet apport, il possède alors la totalité, ou presque, des titres de cette dernière de sorte que le contrôle ne pose guère de difficulté. A titre d'exemple, nous pouvons citer l'affaire Ciavatta<sup>284</sup> dans laquelle l'apporteuse détenait 99,96 % des titres de la société bénéficiaire de l'apport.
- 540.** Mais la jurisprudence retient une acception large de ce contrôle puisqu'il résulte de l'arrêt Moreau Girault<sup>285</sup> déjà évoqué qu'il n'est pas nécessaire que ce contrôle soit exclusif : il peut être conjoint à deux familles qui agissent de manière concertée. En l'espèce, les époux qualifiaient la SCI détenue pour moitié par chacune des deux familles de « *structure patrimoniale d'investissements commune à deux familles* ». Pour que ce type de société fonctionne, l'accord entre les associés est indispensable. Certes, cette nécessité de consensus peut être, au contraire, perçue comme une contrainte et non comme la preuve d'un contrôle conjoint. Mais le Rapporteur public Julien BOUCHER précise bien dans ses conclusions<sup>286</sup> que le contrôle conjoint est établi eu égard aux faits constatés à l'époque :
- « L'ensemble des circonstances de l'affaire démontre en tout cas que les deux couples agissaient, au moins à l'époque, de façon concertée au sein d'une société civile ».*
- Aussi, plus que la situation capitalistique des contribuables, c'est le comportement de ces derniers qui a conduit à retenir un contrôle conjoint.
- 541.** Si ce contrôle est avéré, l'opération relève de la procédure de répression des abus de droit. Mais plus encore, la condition tenant à l'appréhension du prix de cession est remplie à moins que la société bénéficiaire de l'apport n'ait investi le prix de cession des titres apportés dans une activité économique conforme à son objet social.

---

<sup>284</sup> Conseil d'Etat, 24 août 2011, n° 316928, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.s., Ciavatta, RJF 11/11, n°1186.

<sup>285</sup> Conseil d'Etat, 24 août 2011, n° 314579, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.s., M. Moreau et M<sup>me</sup> Girault, RJF 11/11, n°1186.

<sup>286</sup> Julien BOUCHER, « *En cas d'apport-cession, quels sont le montant et la nature des réinvestissements dans une activité économique à réaliser pour éviter une procédure d'abus de droit ?* », BDCF 11/11, n°129.

542. Le contrôle de la société bénéficiaire de l'apport créerait ainsi une présomption de motivation exclusivement fiscale à laquelle échapperait le contribuable en cas de réinvestissement du prix de cession dans une activité économique par la société bénéficiaire de l'apport<sup>287</sup>.

***B. La réalisation d'un investissement dans une activité économique par la société bénéficiaire de l'apport***

543. L'exigence d'un investissement dans une activité économique soulève plusieurs questions relatives à la nature de l'activité dans laquelle l'investissement doit être réalisé (1) mais également aux modalités de sa réalisation (2).

***1. La nature du réinvestissement***

544. Le Conseil d'Etat ne s'est pas contenté d'exiger un réinvestissement, il a indiqué que ce réinvestissement devait être réalisé dans une activité économique. La destination du prix de cession est donc essentielle. Nous tâcherons de déterminer les motivations de cette exigence (a) avant de tenter de définir l'activité économique valable dans ce contexte (b).

***a. Le fondement de l'exigence d'un réinvestissement dans une activité économique***

545. La loi en vigueur sous l'ancien régime du report d'imposition et du sursis d'imposition ne réglementait pas l'opération d'apport-cession elle-même. Des dispositifs étaient applicables en cas d'apport et de cession mais aucun texte ne prévoyait l'apport-cession dans sa globalité. Il en résulte qu'aucune condition spécifique de réinvestissement dans une activité économique n'était prévue. C'est toutefois la solution qui a été retenue par le Conseil d'Etat<sup>288</sup>.

---

<sup>287</sup> Voir notamment : Feuilles rapides fiscaux Francis Lefebvre : « *Abus de droit : l'articulation des critères de l'abus de droit en matière d'apport-cession de titres* », 28/12, 1<sup>er</sup> juin 2012, n°6.

<sup>288</sup> Voir notamment :

Olivier FOUQUET : « *Reports d'imposition et abus de droit* », Feuilles rapides fiscaux Francis Lefebvre 44/10, 29 octobre 2010, n°18.

546. Dans un premier temps, le Conseil d'Etat a indiqué, dans les arrêts Bazire<sup>289</sup> et Bauchart<sup>290</sup>, qu'un réinvestissement dans une activité économique est de nature à exclure un apport-cession de la procédure de répression des abus de droit. Plus précisément, il établit d'abord les conditions dans lesquelles l'apport-cession est constitutif d'un abus de droit :

*« [...] le placement en report d'imposition d'une plus-value réalisée par un contribuable, lors de l'apport de titres à une société qu'il contrôle, et qui a été suivi de leur cession par cette société, est constitutif d'un abus de droit s'il s'agit d'un montage ayant pour seule finalité de permettre au contribuable, en interposant une société, de disposer effectivement des liquidités obtenues lors de la cession de ces titres tout en restant détenteur des titres de la société reçus en échange lors de l'apport ».*

---

Daniel GUTMANN : « *Pour une jurisprudence cohérente en matière d'abus de droit* », Bulletin fiscal Francis Lefebvre, 5/11, 1er avril 2011.

Jean-Jacques LUBIN : « *Réinvestissement dans une activité économique : clé de voute des opérations d'apport-cession* », La Revue Fiscale Notariale, n°10, 1er octobre 2011, pages 17 et 18.

Eric MEIER et Régis TORLET : « *Report d'imposition de plus-values : dans quels cas l'abus de droit est-il caractérisé ?* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°47, 25 novembre 2010, act. 629.

Renaud MORTIER : « *L'apport-cession à la loupe* », Droit fiscal, n°42, 20 octobre 2011, 564 et « *L'apport-cession* », Droit fiscal, n°21, 24 mai 2012, 302.

Bruno PAYS : « *Donner, apporter, vendre : des stratégies patrimoniales alternatives ?* », Bulletin fiscal Francis Lefebvre, n°12, 1er décembre 2003, pages 877 à 882.

Roland POIRIER : « *Apports-cessions : absence d'abus de droit en cas de réinvestissement dans une activité économique* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°3, 20 janvier 2011, 1045 et « *Opérations d'apport-cession : bilan d'étape sur un parcours accidenté* », Droit fiscal, n°42, 20 octobre 2011, comm. 566.

Christophe RONTCHEVSKY et Jean TOUTTEE : « *Apports avant cession : une jurisprudence qui pose question* », Feuillet Rapides Fiscaux 14/11, 23 mars 2011, pages 41 et suivantes.

Emmanuel TAUZIN : « *Les montages d'apport-cession en droit fiscal : où commence l'abus de droit en cas de report d'imposition ?* », Les Petites Affiches, n°125, 24 juin 2011, pages 11 à 21.

Editions Francis Lefebvre : « *Abus de droit : l'articulation des critères de l'abus de droit en matière d'apport-cession de titres* », Feuillet rapide fiscal Francis Lefebvre 28/12, 1er juin 2012, n°6.

<sup>289</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°301934, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Bazire, RJF 12/10, n°1204.

<sup>290</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°313139, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., min.c/ Bauchart, RJF 12/10, n°1205.

Puis, il ajoute qu'il n'est en revanche pas constitutif d'un abus de droit :

*« [...] s'il ressort de l'ensemble de l'opération que cette société a, conformément à son objet, effectivement réinvesti le produit de ces cessions dans une activité économique ».*

- 547.** Ainsi, selon le Conseil d'Etat la réalisation d'un réinvestissement dans une activité économique met l'apport-cession à l'abri de la caractérisation de l'abus de droit. Nous pouvons rapprocher cette solution des arrêts SA Pléiade<sup>291</sup> et Sagal<sup>292</sup> selon lesquels le défaut de substance économique confinait au montage artificiel<sup>293</sup>. Dans ces affaires, la constitution des sociétés n'était pas en cause et leur fonctionnement était réel mais le Conseil d'Etat a constaté qu'elles étaient « *dépourvue[s] de toute substance* ». Ce dont il a été déduit que le recours à ces dernières était abusif.
- 548.** Pour autant, il ne dit pas expressément qu'il s'agit là de l'unique moyen d'éviter l'abus de droit. Il n'écarte donc pas expressément l'investissement « *patrimonial* » comme justification extra-fiscale valable de l'opération.
- 549.** Certains éléments auraient pu laisser penser qu'un investissement autre que dans une activité économique aurait été accueilli favorablement par le Conseil d'Etat.

---

<sup>291</sup> Conseil d'Etat, 18 février 2004, n° 247729, 8e et 3e ss-sect., SA Pléiade, RJF 5/04, n°510 ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement Pierre COLLIN : « *La prise de participation sans justification dans une société holding luxembourgeoise dépourvue de toute substance caractérise-t-elle un abus de droit ?* », BDCF 5/04, n°65.

<sup>292</sup> Conseil d'Etat, 18 mai 2005, n° 267087, 8e et 3e ss-sect., min. c/ Sté Sagal, RJF 8-9/05, n°910 ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement Pierre COLLIN : « *La prise de participation sans justification économique ou financière dans une société holding luxembourgeoise exonérée d'impôt et dépourvue de toute substance caractérise-t-elle un abus de droit (suite) ?* », BDCF 8-9/05, n°110.

<sup>293</sup> Voir notamment :

Pierre FERNOUX : « *Substance, effets multiples et montage purement artificiel : une approche commune de la fraude à la loi ?* », Droit fiscal, n°23, 5 juin 2008, 358 et « *Abus de droit : revisitons le passé à l'aune de la nouvelle définition* », Droit fiscal, n°49, 9 décembre 2010, 584.

Renaud MORTIER : « *L'apport-cession à la loupe* », Droit fiscal, n°42, 20 octobre 2011, 564.

Roland POIRIER : « *Apports-cessions : absence d'abus de droit en cas de réinvestissement dans une activité économique* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°3, 20 janvier 2011, 1045.

**550.** A partir de 2003<sup>294</sup>, le CCRAD s'est intéressé à l'utilisation des fonds issus de la cession des titres apportés en conditionnant la caractérisation de l'abus de droit à l'absence d'investissement de ces derniers dans une activité professionnelle. Dans son rapport pour l'année 2003<sup>295</sup>, le comité caractérise l'abus de droit comme suit :

*« Lorsque des fonds résultant d'une cession de parts ne sont pas immédiatement ou à bref délai réemployés dans le cadre d'un investissement professionnel ils sont alors appréhendés ou gérés dans le cadre d'une approche purement patrimoniale ».*

Il admet une exception en considérant que l'abus de droit n'est pas caractérisé lorsque l'absence de réinvestissement dans une activité professionnelle est due à des :

*...« considérations de caractère familial et professionnel indépendantes de la volonté [du contribuable] ».*

**551.** En outre, l'intérêt patrimonial de l'opération d'apport-cession avait été reconnu comme étant de nature à la valider au regard de l'abus de droit par plusieurs juges du fond. C'est par exemple le cas du Tribunal administratif de Versailles. Le 13 décembre 2005, ce dernier a considéré que le but exclusivement fiscal n'était pas caractérisé dès lors que les fonds issus de la cession des titres apportés avaient fait l'objet d'investissements professionnels ou patrimoniaux<sup>296</sup> :

*« [...] qu'il [le contribuable] produit des éléments démontrant la réalité de l'activité de la société RCL Finance laquelle, au moyen de l'apport de M. Rouyer, a réalisé des investissements professionnels et patrimoniaux ; que, dans ces conditions, M. Rouyer apporte la preuve qui lui incombe que l'apport des titres de la société Createc Rollers à la société civile RCL Finance suivi de leur échange et de leur cession par la société civile dans les*

---

<sup>294</sup> Affaires n° 2003-1, 5, 6 et 13 ; BOI 13 L-2-04 du 16 mars 2004.

<sup>295</sup> « Rapport du Comité consultatif pour la répression des abus de droit pour l'année 2003 », Droit fiscal, n°38, 16 septembre 2004, 34.

<sup>296</sup> Tribunal administratif de Versailles, 13 décembre 2005, n°04-4909, Rouyer : RJF 6/06 n°750.

*conditions susmentionnées n'avaient pas un but exclusivement fiscal ».*

Le 7 février 2008<sup>297</sup>, la Cour administrative d'appel de Nancy avait considéré que le critère de l'abus de droit était l'absence pour le contribuable d'un intérêt économique, familial ou patrimonial de l'opération.

- 552.** Toutefois, à l'inverse, la 8<sup>ème</sup> sous-section du Conseil d'Etat a rendu un arrêt de rejet dans l'affaire Simmenauer le 20 octobre 2008<sup>298</sup> qui laissait penser qu'elle aurait écarté l'investissement patrimonial comme protection contre l'abus de droit. En l'espèce, le contribuable faisait valoir que la création de la société avait permis de regrouper l'ensemble du patrimoine familial au sein d'une seule entité afin d'en simplifier la gestion. Les juges du fond avaient alors considéré que le choix de l'assujettissement de la société à l'impôt sur les sociétés n'était pas cohérent avec l'objectif patrimonial affiché par le contribuable et qu'aucun investissement économique n'était invoqué.
- 553.** Cependant, il n'en demeure pas moins que ce n'est pas exactement ce qui résultait des arrêts Bazire<sup>299</sup> et Bauchart<sup>300</sup>. Cette jurisprudence n'écartait donc pas expressément, à la date du 8 octobre 2010, l'investissement patrimonial. Elle disait simplement qu'en cas d'investissement dans une activité économique, l'abus de droit était écarté.

---

<sup>297</sup> Cour administrative d'appel de Nancy, 7 février 2008, n°06-327, 1<sup>er</sup> ch., Picoux : RJF 8-9/08 n°999.

<sup>298</sup> Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> ss-sect., 20 octobre 2008, n°301744, Simmenauer : RJF 1/2009, n°32-a et 58.

<sup>299</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°301934, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Bazire, RJF 12/10, n°1204.

<sup>300</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°313139, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., min.c/ Bauchart, RJF 12/10, n°1205.

554. C'est l'arrêt Conseil du 3 février 2011<sup>301</sup> qui pose explicitement cette solution.

En l'espèce, la Cour administrative d'appel de Lyon<sup>302</sup> avait indiqué que :

*« la circonstance que la solution choisie par eux permettait, en outre, d'obtenir le différé de l'imposition de la plus-value résultant du transfert des titres procède d'une gestion patrimoniale qui ne peut être regardée comme abusive ; qu'ainsi c'est à tort que le service des impôts s'est fondé sur l'article L. 64 du livre des procédures fiscales pour refuser aux requérants le bénéfice du report d'imposition de la plus-value prévue au I ter 5 de l'article 160 du code général des impôts et leur infliger la majoration de 80 % prévue en cas d'abus de droit par l'article 1729 (b) du même code ».*

Selon le juge du fond, l'apport-cession réalisé dans un objectif patrimonial ne serait donc pas abusif.

Mais ce n'est pas la solution retenue par le Conseil d'Etat. Pour ce dernier, l'avance en compte-courant constitue un investissement patrimonial impropre à écarter l'abus de droit dès lors que le contribuable n'établit pas l'existence de circonstances particulières permettant de le considérer comme économique.

*« si, dans les six mois qui ont suivi la cession des titres de la société VMD, la société Les Sept avait acquis des actions de la société Sarpres qui exploitait un supermarché, le coût de cet investissement représentait seulement 4 % des capitaux provenant*

---

<sup>301</sup> Conseil d'Etat, 3 février 2011, n°329839, min. c/ M. et Mme Conseil, RJF 4/11, n°471, Conclusions du Rapporteur public Laurent OLLEON : « En cas « d'apport-cession » quelles sont les caractéristiques d'un réinvestissement d'une part significative du produit de la cession ? », BDCF 4/11, n°50

Voir notamment :

Henri HOVASSE : « Apport-cession et abus de droit fiscal », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°18, 5 mai 2011, 1363 ».

Jean-Luc PIERRE : « Apport de titres par une personne physique à une société : remise en cause du différé d'imposition de la plus-value d'apport », Note sous Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss.-sect., 3 février 2011, n°329839, Conseil et Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss.-sect., 11 février 2011, n°314950, Picoux, Droit des sociétés, n°7, Juillet 2011, comm. 143.

<sup>302</sup> Cour administrative d'appel de Lyon, 5e ch., 18 mai 2009, n° 06LY00460, Conseil, Jurisprudence fiscale 2011 Francis Lefebvre, Légifrance.

*de la vente des actions de la société VMD ; que si la société Les Sept avait affecté en 2000 et 2001 la somme de 3 millions de francs à une avance en compte-courant au profit de la société Sarpres, soit environ 60 % du produit de la cession des actions de la société VMD, cet apport, en l'absence de circonstances particulières de nature à lui retirer son caractère patrimonial, ne constituait pas un investissement dans une activité économique ; qu'il n'est pas soutenu par les époux A que la société Les Sept ait procédé ou tenté de procéder ensuite à d'autres prises de participation dans une activité économique ».*

En l'espèce, Le Conseil d'Etat en déduisait que l'absence d'investissement dans une activité économique caractérisait l'abus de droit :

*« qu'ainsi, le ministre établit que la société Les Sept n'a pas effectivement réinvesti le produit de ces cessions dans une activité économique et que, dès lors, l'administration pouvait faire application des dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales [...] ».*

- 555.** Une solution similaire a été rendue quelques mois plus tard dans l'affaire Ciavatta<sup>303</sup> à l'occasion de laquelle le Conseil d'Etat a refusé de considérer l'investissement en compte-courant d'associé comme étant susceptible d'écarter l'abus de droit dès lors que le contribuable n'apportait pas la preuve de l'emploi des fonds dans une activité économique :

*« ces apports, en l'absence de preuve de ce qu'ils ont été employés au financement de travaux ou d'acquisition d'éléments d'actifs de cette société, ne peuvent pas être regardés comme des investissements dans une activité économique ».*

*A contrario*, si cette preuve avait été apportée, le caractère économique de la destination des fonds aurait contaminé le compte-courant.

---

<sup>303</sup> Conseil d'Etat, 24 août 2011, n° 316928, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.s., Ciavatta, RJF 11/11, n°1186.

- 556.** Il en résulte donc qu'un investissement purement patrimonial est insuffisant à écarter la menace de l'abus de droit. En revanche, s'il est possible pour le contribuable d'établir la preuve qu'un investissement *a priori* patrimonial s'inscrit en réalité dans le cadre d'une activité économique, alors l'apport-cession pourra échapper à l'abus de droit.
- 557.** C'était le cas dans l'affaire Bauchart<sup>304</sup> où deux investissements avaient été réalisés. Le premier, considéré seul, était de nature patrimoniale. Il s'agissait de l'acquisition d'une société propriétaire d'un hôtel-restaurant. Toutefois, combiné à l'acquisition de la société exploitante de l'hôtel-restaurant, l'investissement patrimonial s'intégrait dans une démarche économique et le caractère non abusif de l'opération prise dans sa globalité était sauf<sup>305</sup>.
- 558.** Aussi, seraient de nature à écarter la menace de l'abus de droit, les autres conditions étant par ailleurs remplies, les investissements dans des activités purement économiques ainsi que les investissements à priori patrimoniaux pour lesquels le contribuable est en mesure de démontrer qu'ils s'inscrivent dans le cadre d'une opération économique. En revanche, les investissements purement patrimoniaux rendraient l'opération d'apport-cession abusive.
- 559.** Reste à déterminer le fondement de cette condition qui implique un réinvestissement, d'une part, dans une activité économique, d'autre part.
- 560.** Comme le rappelle le Rapporteur public Laurent OLLEON dans ses conclusions<sup>306</sup> sur les affaires Bazire<sup>307</sup>, Bauchart<sup>308</sup> et Four<sup>309</sup>, le report d'imposition tend à

---

<sup>304</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°313139, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., min.c/ Bauchart, RJF 12/10, n°1205.

<sup>305</sup> Roland POIRIER : « *Opérations d'apport-cession : bilan d'étape sur un parcours accidenté* », Droit fiscal, n°42, 20 octobre 2011, comm. 566.

<sup>306</sup> Laurent OLLEON : « *1° L'apport en report d'imposition de titres à une société suivi de leur cession pour celle-ci est-il constitutif d'un abus de droit ? 2° L'apport en report d'imposition d'un fonds de commerce à une société suivi de la réduction du capital de celle-ci est-il constitutif d'un abus de droit ?* », BDCF 12/10, n°132.

<sup>307</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°301934, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Bazire, RJF 12/10, n°1204.

<sup>308</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°313139, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., min.c/ Bauchart, RJF 12/10, n°1205.

<sup>309</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°321361, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Min. c/ Four, RJF 12/10, n°1206.

prendre en compte le fait que le contribuable qui apporte ses titres à une société ne reçoit pas, en échange, de liquidités lui permettant d'acquitter l'impôt de plus-value, mais uniquement des titres. Il en résulte que sa capacité contributive avant et après l'apport demeure inchangée, l'empêchant ainsi d'acquitter l'impôt :

*« La finalité des mécanismes de report d'imposition est d'éviter que le contribuable qui réalise une plus-value à l'occasion d'un apport en société soit immédiatement taxé sur cette plus-value alors qu'elle ne s'est pas matérialisée, pour lui, par la perception de liquidités qui lui permettraient d'acquitter l'impôt. L'application littérale contraire aux objectifs des auteurs consiste donc à rechercher simultanément le bénéfice du report d'imposition et l'appréhension effective des liquidités ».*

- 561.** Dès lors, comme nous l'avons déjà indiqué, l'exigence d'un réinvestissement permet de s'assurer du respect de la raison d'être du dispositif c'est à dire l'absence de réappropriation du prix de cession des titres apportés.
- 562.** Toutefois, le Conseil d'Etat ne s'est pas limité à l'exigence d'un réinvestissement. Il a également indiqué la nature de l'investissement attendu de la société bénéficiaire de l'apport permettant d'écarter le but exclusivement fiscal de l'opération : un investissement dans une activité économique.
- 563.** Il résulte de l'exposé des motifs de l'article 94 de la loi de finances pour 2000<sup>310</sup> qui a remplacé le report d'imposition par le sursis d'imposition applicable à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2000, étant entendu que cette modification de la nature du différé d'imposition n'était pas motivée par un changement de philosophie mais par une volonté de simplification, que :
- « Afin de ne pas pénaliser les opérations de restructuration d'entreprises, l'imposition de la plus-value serait reportée au moment de la transmission ou du rachat des titres ».*

---

<sup>310</sup> Loi 99-1172 de finances pour 2000 du 30 décembre 2000.

- 564.** Pour autant, une grande partie de la doctrine<sup>311</sup> a critiqué le recours à l'obligation d'un investissement dans une activité de nature économique, jugeant qu'il s'agissait là d'une création prétorienne qui ne répondait pas aux véritables intentions du législateur.
- 565.** Pour cela ces auteurs s'appuient sur les arguments suivants.
- 566.** Tout d'abord, l'expression « *restructuration d'entreprises* » ne ferait pas référence à une volonté de limitation de l'opération aux entreprises exerçant une activité économique. Il s'agirait davantage d'une expression générique indiquant le souhait du législateur de favoriser et de faciliter la gestion sous une forme sociétaire.
- 567.** Ensuite, cette exigence d'investissement dans une activité à caractère économique se heurte à l'extension de ce différé d'imposition aux apports de titres de société à prépondérance immobilière par les articles 150-0 A et 150 UB, II du CGI, la prépondérance immobilière impliquant ici une nature patrimoniale. Il est vrai à cet égard qu'il semble quelque peu incohérent de contraindre<sup>312</sup> une personne qui apporte des titres de société à prépondérance immobilière, par nature patrimoniale, à une société dans le seul but de réorganiser son patrimoine par exemple, à réinvestir une partie du produit de la cession dans une activité économique alors même que l'article 150-UB met en place un différé d'imposition dans un cadre patrimonial.

L'unique objectif du différé d'imposition serait de décaler l'établissement de l'impôt au jour de la perception effective du prix de cession. Le seul vrai critère serait donc l'absence de réappropriation des fonds par le contribuable. Pour

---

<sup>311</sup> Voir notamment :

Luc JAILLAIS et Olivier DE SAINT CHAFFRAY, « *L'opération d'apport-cession : ite missa est* », Option Finance, n°1097, 25 octobre, 2010.

Thomas LAUMIERE et Olivier DE SAINT CHAFFRAY, « *L'investissement dans une activité économique ou le parcours du combattant du cédant ré-investisseur (1ère partie)* », Option Finance, 12 novembre 2012.

Renaud MORTIER « *L'apport-cession à la loupe* », Droit fiscal, n°42, 20 octobre 2011 ;

Renaud MORTIER « *L'apport-cession* », Droit fiscal, n°21, 24 mai 2012.

<sup>312</sup> Contrairement au report d'imposition antérieur au 1<sup>er</sup> janvier 2000, le sursis d'imposition est d'application automatique.

s'assurer de cette absence de réappropriation, l'exigence d'un réinvestissement serait conforme à la volonté du législateur dans la mesure où elle justifierait le recours à une société en lui assurant une substance et où elle établirait la preuve de l'absence de réappropriation du prix de cession.

En revanche, la nature – économique ou patrimoniale – ne serait pas, selon eux, significative.

**568.** Cependant, l'étude du rapport n°1861<sup>313</sup> fait au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi de finances pour 2000<sup>314</sup> tend au contraire à confirmer la nature économique de l'activité dans laquelle les fonds doivent être réinvestis retenue par le Conseil d'Etat.

**569.** En effet, il résulte de ce rapport que :

*« La neutralisation fiscale des plus-values comptabilisées en vue de fixer la parité d'échange à l'occasion des restructurations d'entreprises tend à faciliter ces opérations en raison même de leur intérêt pour l'économie ».*

*« [...]la nécessaire adaptation des structures des entreprises, que ce soit pour mieux répondre aux exigences du marché ou pour améliorer leur compétitivité, a conduit à exonérer provisoirement l'imposition des plus-values d'échange ».*

C'est donc une volonté économique qui a présidé à la mise en place des différés d'imposition étudiés ici. Dès lors, l'exigence d'un réinvestissement dans une activité économique n'est que le reflet de la volonté du législateur.

**570.** Toutefois, pour bien cerner la portée de cette exigence, il convient de délimiter les contours de cette activité « économique » dans le cadre de l'opération d'apport-cession.

---

<sup>313</sup> Rapport n°1861 fait au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi de finances pour 2000, Didier MIGAUD, 18 octobre 1999, Tome III.

<sup>314</sup> Loi n° 99-1172 du 30 décembre 1999 de finances pour 2000 qui substitué le sursis d'imposition au report d'imposition.

***b. La définition de l'investissement dans une activité  
« économique »***

571. Cette condition n'étant pas expressément prévue par le législateur, il n'a pu la définir<sup>315</sup>.
572. Plusieurs pistes peuvent toutefois nous éclairer sur cette question.
573. Tout d'abord, la notion d'activité économique est usuellement entendue comme la poursuite d'un but lucratif au travers d'une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale.
574. Ensuite, si aucune définition n'est donnée de cette activité en matière d'impôt directs, la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après TVA) a sa propre définition utile à la définition de son champ d'application *ratione personae*.

Il résulte de l'article 256 du CGI qu'entrent dans le champ d'application de la TVA les livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre onéreux par un assujetti agissant en tant que tel. L'article 256 A du CGI définit ce dernier comme une personne réalisant une activité économique de manière indépendante et renvoie à son cinquième alinéa pour la définition de cette activité économique :

*« Les activités économiques visées au premier alinéa se définissent comme toutes les activités de producteur, de commerçant ou de prestataire de services, y compris les activités*

---

<sup>315</sup> Voir notamment :

Conclusions du Rapporteur public Julien BOUCHER : « *En cas d'apport-cession, quels sont le montant et la nature des réinvestissements dans une activité économique à réaliser pour éviter une procédure d'abus de droit ?* », BDCF 11/11, n°129 sur les arrêts Conseil d'Etat, 24 août 2011, n° 316928, 10e et 9e s.s., Ciavatta, RJF 11/11, n°1186 et Conseil d'Etat, 24 août 2011, n° 314579, 10e et 9e s.s., M. Moreau et Mme Girault, RJF 11/11, n°1186 ;

Daniel GUTMANN et Eric PORNIN : « *Octobre 2010 – octobre 2011 : la fiscalité du patrimoine à l'heure des réglages* », Droit et Patrimoine 2012, Chronique de Droit fiscal n°210 et « *Octobre 2011 – octobre 2012 : la fiscalité du patrimoine en évolution constante* », Droit et Patrimoine 2013, Chronique de Droit fiscal n°222.

Pascal JULIEN SAINT-AMAND et Frank THIERY : « *Apport en sursis d'imposition* », Droit et Patrimoine 2011, n°205.

Jean-Louis MEDUS : « *Apport-cession, abus de droit et investissement économique* », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°37, 13 septembre 2012, 1544.

*extractives, agricoles et celles des professions libérales ou assimilées. Est notamment considérée comme activité économique une opération comportant l'exploitation d'un bien meuble corporel ou incorporel en vue d'en retirer des recettes ayant un caractère de permanence ».*

- 575.** Enfin, alors que le CCRAD exigeait qu'un investissement de nature professionnelle soit effectué à l'aide des fonds issus de la cession des titres apportés, le Conseil d'Etat exige lui un investissement dans une activité de nature économique. Aussi, bien que l'exercice de son activité professionnelle dans la société bénéficiaire de l'apport par le contribuable soit de nature à faciliter la validation du caractère économique du réinvestissement et donc de l'opération – comme dans les affaires Bazire<sup>316</sup> et Bauchart<sup>317</sup> – il n'en constitue pas une condition.
- 576.** Finalement, il est donc revenu au juge de fixer les limites de cette activité économique au cas par cas.
- 577.** C'est ainsi que dans les arrêts Bazire et Bauchart, cette activité économique a été reconnue concernant l'acquisition des parts d'une SARL exploitant un fonds de commerce de vins et spiritueux et le placement en compte-courant des liquidités nécessaires à la constitution de stocks de produits dans le premier cas et des titres de deux sociétés ayant pour objet la propriété et l'exploitation d'un hôtel-restaurant dans le second. Dans les deux affaires, des activités commerciales étaient donc en jeu, le caractère économique de l'activité ne comportait pas de difficulté.

---

<sup>316</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°301934, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Bazire, RJF 12/10, n°1204.

<sup>317</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°313139, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., min.c/ Bauchart, RJF 12/10, n°1205.

**578.** A l'inverse, dans l'affaire Ciavatta<sup>318</sup>, le Conseil d'Etat a confirmé que l'investissement en valeurs mobilières relevait d'une gestion patrimoniale :

*« Le solde des produits de cession, placé en valeurs mobilières, doit être regardé comme ayant un caractère patrimonial ».*

**579.** Certaines hypothèses sont plus problématiques. C'est le cas de l'investissement par apport en compte-courant d'associé, dans une activité de location immobilière ou encore de la question de savoir si l'investissement intervenant par la prise de participation doit nécessairement consister en une prise de participation majoritaire.

**580.** Concernant l'investissement en compte-courant d'associé, le Conseil d'Etat indique dans l'arrêt Conseil<sup>319</sup>, qu'il y avait abus de droit en constatant que le réinvestissement en capital réalisé dans les six mois ne représentait que 4 % du prix de cession alors que le réinvestissement en compte-courant, effectué 3 ans après et représentant 60 % du prix de cession, n'était pas constitutif d'un investissement économique :

*« en l'absence de circonstances particulières de nature à lui retirer son caractère patrimonial ».*

Ainsi, le Conseil d'Etat considère que la créance de compte-courant a en principe un caractère patrimonial mais, par exception uniquement, en présence de « *circonstances particulières* », un caractère économique.

**581.** Cette méfiance découle de la caractéristique du compte-courant d'associé qui permet à son titulaire d'en demander le remboursement à tout moment. Ainsi, l'investisseur serait un simple créancier de la société à l'origine d'un placement et non un associé supportant les risques de l'investisseur et animé par un réel *affectio*

---

<sup>318</sup> Conseil d'Etat, 24 août 2011, n° 316928, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.s., Ciavatta, RJF 11/11, n°1186.

<sup>319</sup> Conseil d'Etat, 3 février 2011, n° 329839, min. c/ M. et Mme Conseil, RJF 4/11, n°471.

*societatis*. Le Rapporteur public Julien BOUCHER nous l'indique à l'occasion de l'arrêt Ciavatta<sup>320</sup> :

*« la solution nous semble reposer sur l'idée selon laquelle l'avance en compte-courant, qui confère seulement à celui qui la consent le caractère d'un créancier de la société, et dont le remboursement, sauf clause contraire, peut être demandé à tout moment, présente de ce fait, en principe, le caractère d'un simple placement, et non d'un véritable investissement, alors même qu'elle serait consentie à une société exerçant une activité économique ».*

La question peut dès lors se poser de l'impact de la notion de risque dans la détermination de l'activité économique de nature à écarter l'abus de droit<sup>321</sup>. A minima, il résulte notamment de la décision SA Axa<sup>322</sup> que le risque lié à la réalisation d'une opération atteste de l'absence de caractère artificiel de cette dernière<sup>323</sup> et peut ainsi faciliter la caractérisation d'une activité économique<sup>324</sup>.

- 582.** Mais quelles sont ces « *circonstances particulières* » de nature à considérer que le compte-courant d'associé constitue un investissement dans une activité économique ? Le Rapporteur public Julien BOUCHER nous donne une piste : une clause conventionnelle. Cette dernière pourrait bloquer les fonds à l'intérieur de la société pendant une durée suffisante pour faire supporter à l'associé qui en est titulaire la chance de gain et le risque de perte propres à la nature même des sociétés.

---

<sup>320</sup> Conclusions du Rapporteur public Julien BOUCHER : « *En cas d'apport-cession, quels sont le montant et la nature des réinvestissements dans une activité économique à réaliser pour éviter une procédure d'abus de droit ?* », BDCF 11/11, n°129.

<sup>321</sup> Daniel GUTMANN et Luc JAILLAIS : « *Pour une jurisprudence cohérente en matière d'abus de droit* », Bulletin fiscal Francis Lefebvre, 5/11, 1<sup>er</sup> avril 2011.

<sup>322</sup> Conseil d'Etat, 8e et 3e ss-sect., 7 septembre 2009, n° 305586, min. c/ SA Axa, RJF 12/09, n°1138.

Solution similaire : Conseil d'Etat, 12 mars 2010, n° 306368, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> s.-s., Sté Charcuterie du Pacifique, RJF 6/10, n°620.

<sup>323</sup> Olivier FOUQUET : « *Fraude à la loi : l'explicitation du critère « subjectif »* », Droit fiscal, n°39, 24 septembre 2009, act. 287.

<sup>324</sup> Roland POIRIER : « *Apports-cessions : absence d'abus de droit en cas de réinvestissement dans une activité économique* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°3, 20 janvier 2011, 1045.

**583.** Le blocage de ces fonds serait-il suffisant ? Peut-on réellement y voir un investissement dans une activité économique ?

Dans l'arrêt Bazire<sup>325</sup>, le Conseil d'Etat a relevé le placement d'une partie des fonds issus de la cession dans un compte-courant destiné au financement des stocks de produits mais ne l'a pas considéré comme étant problématique vis-à-vis de l'abus de droit. Est-ce à dire que la destination des fonds a été jugée suffisante pour assurer le caractère économique de l'apport en compte-courant d'associé ?

C'est ce qu'indiquait le Rapporteur public Laurent OLLEON dans ses conclusions<sup>326</sup> sur cette affaire :

*« [...] après avoir échoué à acquérir les locaux nécessaires à l'ouverture d'un nouveau restaurant qui devait être exploité par M. Bazire, la société avait acquis, en 2000, 67,5 % du capital de la SARL Les Caves Trouvillaises, créée par M. Bazire, qui exploite un commerce de vins et spiritueux. Elle avait apporté en compte courant à cette société les liquidités nécessaires pour constituer le stock des produits. Par suite, le réinvestissement des liquidités dans une activité économique est caractérisé, si bien que les opérations ne peuvent être regardées comme ayant eu un but exclusivement fiscal ».*

**584.** Le Conseil d'Etat semble, pour sa part, répondre plus directement à cette interrogation dans l'arrêt Ciavatta<sup>327</sup>. Il indique à cette occasion que les apports en compte-courant réalisés au profit de deux SARL ayant une activité économique :

*« [...] en l'absence de preuve de ce qu'ils ont été employés au financement de travaux ou d'acquisition d'éléments d'actifs de cette société, ne peuvent pas être regardés comme des investissements dans une activité économique ».*

---

<sup>325</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°301934, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Bazire, RJF 12/10, n°1204.

<sup>326</sup> Conclusions du Rapporteur public Laurent OLLEON : « 1° L'apport en report d'imposition de titres à une société suivi de leur cession pour celle-ci est-il constitutif d'un abus de droit ? 2° L'apport en report d'imposition d'un fonds de commerce à une société suivi de la réduction du capital de celle-ci est-il constitutif d'un abus de droit ? », BDCF 12/10, n°132.

<sup>327</sup> Conseil d'Etat, 24 août 2011, n° 316928, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.s., Ciavatta, RJF 11/11, n°1186.

*A contrario*, si cette preuve avait été apportée, le caractère économique de la destination des fonds aurait contaminé le compte-courant.

- 585.** Ainsi, le fait que la société à laquelle l'apport en compte-courant est réalisé exerce une activité économique ne suffit pas à établir le caractère économique d'un tel réinvestissement. Il faut que le prix de cession soit lui-même « *utilisé* » et non seulement « *placé* » à des fins économiques.
- Il en résulte que l'utilisation des fonds issus de la cession des biens apportés dans une activité de nature économique, même après un placement en courant, semble indispensable. Le simple blocage des fonds sur un compte-courant d'associé ne paraît pas suffisant à lui seul pour écarter le risque d'abus de droit.
- 586.** Cette solution semble en adéquation avec la volonté du Conseil d'Etat de contraindre au réinvestissement dans une activité économique. Nous pouvons cependant craindre que cette nécessaire affectation des fonds à une activité économique ne présente une difficulté probatoire. Le compte-courant est en effet susceptible d'accueillir des fonds d'origines diverses. Or, du fait de la fongibilité de l'argent, l'associé sera bien en peine de démontrer que les fonds directement issus de la cession des biens apportés ont effectivement été utilisés dans un cadre économique conforme à l'objet social. Une solution pourrait consister, pour l'investisseur, à prévoir, dans l'acte formalisant l'apport en compte-courant, l'affectation des fonds.
- 587.** L'investissement dans des immeubles destinés à la location nécessite également quelques précisions. En effet, d'un point de vue civil, l'activité de location est considérée comme une activité civile. Pour autant, le droit fiscal est parfois amené à la juger commerciale.
- 588.** Comme nous l'avons fait pour la définition de l'activité économique, nous nous appuyerons sur la nature de l'activité de location dans d'autres branches du droit fiscal afin de tenter de déterminer si ces activités de location immobilière pourraient entrer dans le champ des activités économiques visées par le Conseil d'Etat en matière d'apport-cession.

- 589.** Il convient ici de distinguer deux hypothèses : la location meublée et la location nue.
- 590.** Concernant la location meublée, il est prévu, en matière d'impôts sur le revenu des personnes physiques, que cette activité est considérée comme commerciale dès lors qu'elle est exercée à titre habituel, les revenus générés par l'activité étant alors imposés dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux<sup>328</sup>. Or, les activités commerciales constituent des activités économiques de sorte que la location meublée pourrait constituer une source de réinvestissement de nature à écarter le caractère exclusivement fiscal de l'opération d'apport-cession.
- 591.** Mais, en matière de TVA, l'article 261 D, 4° du CGI prévoit une exonération expresse concernant les locations de logements meublés ou garnis à usage d'habitation. Le b de ce même article pose une exception pour les hypothèses où la location meublée s'accompagne de prestations para-hôtelières. Cette disposition prévoit que cette exonération ne s'applique pas dès lors que trois des prestations suivantes sont rendues dans des conditions similaires aux établissements hôteliers exploités à titre professionnel : le petit déjeuner, le nettoyage régulier des locaux, la fourniture de linge de maison et la réception, même non personnalisée, de la clientèle.
- 592.** Aussi, si l'on s'en tient à ces éléments, la location meublée pourrait, à certains égards, être considérée comme une activité non patrimoniale par le droit fiscal. Ce choix d'activité pourrait alors répondre à la qualification d'activité économique requise par le Conseil d'Etat en matière de réinvestissement constaté à l'occasion d'une opération d'apport-cession.
- 593.** C'est ce que semblait indiquer le Rapporteur public Julien BOUCHER dans ses conclusions<sup>329</sup> sur l'affaire Moreau Girault<sup>330</sup>. En effet, il ouvre la voie à la

---

<sup>328</sup> Conseil d'Etat, 22 mars 1929, n° 98130, Dupont 1929, page 520 ; BOI-BIC-CHAMP-40-20 n° 50.

<sup>329</sup> Julien BOUCHER : « *En cas d'apport-cession, quels sont le montant et la nature des réinvestissements dans une activité économique à réaliser pour éviter une procédure d'abus de droit ?* », BDCF 11/11, n°129.

<sup>330</sup> Conseil d'Etat, 24 août 2011, n°314579, 10° et 9° s.s., M. Moreau et M<sup>me</sup> Girault, RJF 11/11, n°1186.

reconnaissance de cette activité comme une activité économique au sens de l'apport-cession en indiquant que :

*« A aucun moment les requérants n'ont soutenu que ces immeubles auraient, par exemple, été destinés à la location meublée ou équipée, ou encore utilisés dans le cadre d'une activité commerciale de marchand de biens ».*

Il en déduit que l'abus de droit était constitué :

*« Nous vous invitons donc à juger que la cour administrative d'appel de Nancy n'a pas inexactly qualifié les faits de l'espèce en estimant être en présence d'un abus de droit et à rejeter en conséquence le pourvoi en cassation de M. Moreau et M<sup>me</sup> Girault ».*

Aussi, *a contrario*, l'investissement dans une activité de location meublée pourrait être considéré comme une activité économique conforme à la jurisprudence du Conseil d'Etat.

**594.** Toutefois, l'exigence du réinvestissement dans une activité économique résulte de l'objectif économique poursuivi par le législateur lorsque qu'il a mis en place le différé d'imposition comme l'indique le rapport « MIGAUD » n°1861<sup>331</sup> :

*« La neutralisation fiscale des plus-values comptabilisées en vue de fixer la parité d'échange à l'occasion des restructurations d'entreprises tend à faciliter ces opérations en raison même de leur intérêt pour l'économie ».*

Or, cette notion d' « intérêt pour l'économie », notion subjective, si elle recouvre l'idée de création de richesse ou encore d'emploi, pourrait, selon nous, écarter la location meublée, en elle-même, des activités économiques de nature à exclure l'abus de droit à moins qu'elle ne soit, par exemple, accompagnée de prestations para-hôtelières additionnelles qui l'inscriraient dans une démarche économique<sup>332</sup>.

---

<sup>331</sup> Rapport n°1861 fait au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi de finances pour 2000, Didier MIGAUD, 18 octobre 1999.

<sup>332</sup> Cf. article 261 D, 4°, b applicable en matière de TVA.

Voir notamment : Daniel GUTMANN et Eric PORNIN : « Octobre 2011 – octobre 2012 : la fiscalité du patrimoine en évolution constante », Droit et Patrimoine 2013, Chronique de Droit fiscal n°222.

595. L'avis 2012-51<sup>333</sup> rendu par le CAD lors de sa séance du 14 février 2013 semble en accord avec cette proposition.

En l'espèce, une contribuable avait apporté ses actions à une société à responsabilité limitée soumise à l'impôt sur les sociétés créée le 4 décembre 2008. A cette occasion, elle avait bénéficié du sursis d'imposition codifié à l'article 150-0 B du CGI.

Le 12 janvier 2009, la cession des actions apportées était finalisée.

Le 12 décembre 2011, la contribuable reçoit une proposition de rectification par laquelle l'Administration fiscale lui indique qu'elle considère que l'apport suivi de la cession n'avait eu d'autre motif que celui de lui permettre de bénéficier abusivement du régime du sursis d'imposition. Pour l'Administration fiscale l'opération était donc abusive.

Saisi de cette affaire, le Comité de l'abus de droit fiscal constate que le produit de cession des actions a été réinvesti dans l'acquisition d'un ensemble immobilier dans lequel une société exploitait un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, la société bénéficiaire de l'apport ayant loué en meublé les lots acquis grâce au prix de cession des actions à cette société.

A cette occasion le Comité rend l'avis suivant :

*« Le Comité relève que cette seule activité de loueur en meublé présente un caractère patrimonial et que, par suite, la condition de réinvestissement dans une activité économique du produit de cette cession n'est pas satisfaite.*

*Le Comité émet en conséquence l'avis que l'administration était fondée à mettre en œuvre la procédure prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales pour écarter l'application du régime du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du code général des impôts [...] ».*

---

<sup>333</sup> Avis 2012-51 rendu par le Comité de l'abus de droit fiscal à l'occasion de sa séance du 14 février 2013, [www.impot.gouv.fr](http://www.impot.gouv.fr), [http://www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive\\_6661/fichedescriptive\\_6661.pdf](http://www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive_6661/fichedescriptive_6661.pdf)

Aussi, deux éléments doivent être extraits de cet avis.

D'une part, la location meublée, activité purement patrimoniale, est effectivement impropre à constituer une « *activité économique* » permettant d'écarter l'abus de droit dans le cadre de l'opération d'apport-cession.

D'autre part, le Comité statue en précisant que « *cette seule activité* » ne constituait pas une activité économique. Ainsi, la location meublée couplée à une autre activité, pourrait constituer une activité économique valable au regard de l'abus de droit. Cette autre activité pourrait notamment consister en des prestations para-hôtelières comme nous l'avons indiqué précédemment.

#### 596. Quid de la location nue ?

En matière de taxe professionnelle, la location nue était considérée comme relevant de la gestion d'un patrimoine privé. De ce fait, elle était exclue du champ d'application de la taxe professionnelle. Cette solution était applicable lorsque les propriétaires des biens donnés en location étaient des sociétés peu important leur forme (société anonyme<sup>334</sup>, société à responsabilité<sup>335</sup>...) y compris lorsque ces dernières étaient imposées à l'impôt sur les sociétés (cas qui nous occupe dès lors qu'est étudiée l'activité dans laquelle la société bénéficiaire de l'apport peut réinvestir le prix de cession).

Dans ses conclusions<sup>336</sup> sur l'arrêt Min c/ SCI Caladoise rendu par le Conseil d'Etat le 3 octobre 2003<sup>337</sup>, le Commissaire du Gouvernement Laurent VALLEE le rappelait dans les termes suivants :

*« La location de locaux non meublés est une activité de pure gestion patrimoniale ».*

#### 597. Dans le cadre de l'application de la TVA, l'Administration fiscale a rappelé dans le BOFIP TVA<sup>338</sup> que la location nue d'habitation revêt en toute hypothèse un

---

<sup>334</sup> Conseil d'Etat, 19 juin 1934, Société anonyme Volta immobilier, Seine.

<sup>335</sup> Conseil d'Etat, 20 janvier 1933, min. c/ Société Entrenous, Seine.

<sup>336</sup> Laurent VALLEE, « *La sous-location d'un immeuble nu faisant l'objet d'un contrat de crédit-bail constitue-t-elle une activité professionnelle ?* », BDCF 12/03, n°154.

<sup>337</sup> Conseil d'Etat, 3 octobre 2003, n° 246855, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> s.-s., min. c/ SCI Caladoise, RJF 12/03, n°1382.

<sup>338</sup> BOI-TVA-CHAMP-30-10-50 n°30, 12-09-2012.

caractère civil. Le Conseil d'Etat a indiqué à plusieurs reprises que cette solution s'appliquait y compris dans les cas où le bailleur est une société commerciale, cet élément ne permettant pas la requalification de l'opération en opération commerciale<sup>339</sup>.

Le même caractère civil est reconnu à l'activité de location nue de locaux à usage industriel ou commercial<sup>340</sup>.

Pour ces locations, l'article 261 D 2° du CGI prévoit une exonération de la TVA à l'exception des places de stationnement ou si les locations constituent pour le bailleur un moyen de poursuivre l'exploitation d'un actif commercial ou d'accroître ses débouchés ou si le bailleur participe aux résultats de l'entreprise locataire<sup>341</sup>. Aussi, la location nue ne constitue pas intrinsèquement une activité économique passible de la TVA. Son traitement est réglé par une disposition expresse qui prévoit, en principe, l'exonération de cette activité.

- 598.** L'arrêt Fayard<sup>342</sup> rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation en matière d'impôt de solidarité sur la fortune le 12 décembre 1989 donne un autre indice quant à la qualification de la location nue d'immeubles. Selon la Cour :

*« le jugement relève que les immeubles en cause étaient donnés en location à l'état nu et que le produit de ces locations était déclaré et imposé comme des revenus fonciers ; qu'ayant, en l'état de ces constatations, considéré que l'activité invoquée constituait la gestion d'un patrimoine privé, même si le contribuable y consacrait tout son temps et employait du personnel, et non l'exercice à titre principal d'une profession industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, le tribunal a décidé à bon droit que les biens affectés à l'activité en cause ne constituaient pas des biens professionnels au sens de l'ancien article 885-N du CGI ».*

---

<sup>339</sup> Conseil d'Etat, 14 octobre 1977, n° 99686, SARL Zarka, RJF 11/77, n°591.

<sup>340</sup> Conseil d'Etat, 16 novembre 1983, n° 36970, RJF 1/84, n°29.

<sup>341</sup> C'est le cas notamment si le loyer varie en fonction des bénéfices réalisés par la société exploitante.

<sup>342</sup> Chambre commerciale de la Cour de cassation, 12 décembre 1989 n° 1538 P, Fayard.

Les juges indiquent ici que la location nue dont les produits sont imposés au titre des revenus fonciers constituait la gestion d'un patrimoine privé.

- 599.** Il résulte de l'ensemble de ces éléments que l'activité de location nue est, en principe, considérée comme une activité patrimoniale par le droit fiscal.
- 600.** Il est intéressant de citer l'arrêt Moreau Girault<sup>343</sup> à cet égard. En l'espèce le réinvestissement avait été réalisé au sein de sociétés civiles immobilières et d'un immeuble en vue de la location nue. Dans cette espèce, le Conseil d'Etat ne se contente pas de constater la nature purement patrimoniale de l'investissement opéré par la société bénéficiaire de l'apport, il indique que :

*« [...] il n'a jamais été soutenu que ces investissements immobiliers réalisés par une SCI à caractère patrimonial s'inscrivaient dans le cadre d'une activité économique poursuivie par les porteurs de parts de la SCI ; qu'en déduisant de ces circonstances que M. et Mme B n'apportaient pas la preuve de ce que cette opération avait un autre motif que celui d'atténuer ou d'éviter le paiement de la plus-value qu'ils auraient normalement supportée s'ils n'avaient pas réalisé l'apport, la cour a exactement qualifié les faits de l'espèce ».*

- 601.** Aussi, pour les comptes-courants d'associés comme pour les investissements immobiliers, il semble résulter de la jurisprudence du Conseil d'Etat et du récent avis du CAD qu'un investissement purement patrimonial est insuffisant à écarter la menace de l'abus de droit. En revanche, s'il est possible pour le contribuable d'établir la preuve qu'un investissement *a priori* patrimonial s'inscrit en réalité dans le cadre d'une activité économique, alors l'apport-cession pourra échapper à l'abus de droit.

---

<sup>343</sup> Conseil d'Etat, 24 août 2011, n° 314579, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.s., M. Moreau et M<sup>me</sup> Girault, RJF 11/11, n° 1186.

- 602.** Enfin, une question se pose : pour être économique, l'investissement doit-il prendre la forme d'une prise de participation majoritaire ?
- 603.** Il est admis que le réinvestissement dans une activité économique exigé par le Conseil d'Etat peut prendre la forme de prises de participations. Un tel réinvestissement avait notamment été réalisé dans l'affaire Bazire<sup>344</sup> dans laquelle la société bénéficiaire de l'apport avait acquis 67,5 % des parts d'une société à responsabilité limitée exploitant une activité de vins et spiritueux. En l'espèce le réinvestissement portait effectivement sur la majorité des parts de la société, mais est-ce une condition ?
- 604.** Dans un article paru en 2013<sup>345</sup>, Daniel GUTMANN et Eric PORNIN distinguent deux hypothèses : soit l'activité économique visée par le Conseil d'Etat est celle de la société bénéficiaire de l'apport, auquel cas seule une participation majoritaire lui conférerait un pouvoir décisionnel et donc un caractère économique – la prise de participations minoritaires multiples pouvant alors s'interpréter comme de simples placements – soit l'activité économique s'apprécie au regard des sociétés dans lesquelles la société bénéficiaire de l'apport investit auquel cas le poids capitalistique de la société bénéficiaire de l'apport dans la société cible est indifférent pour la qualification économique ou non de cette société cible.
- 605.** Selon le considérant de principe posé au sein des arrêts Bazire<sup>346</sup> et Bauchart<sup>347</sup> :
- « Le placement en report d'imposition d'une plus-value réalisée par un contribuable lors de l'apport de titres à une société qu'il contrôle et qui a été suivi de leur cession par cette société [...] n'a en revanche pas ce caractère [abusif] s'il ressort de l'ensemble de l'opération que cette société a, conformément à son objet, effectivement réinvesti le produit de ces cessions dans une activité économique ».*

---

<sup>344</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°301934, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Bazire, RJF 12/10, n°1204.

<sup>345</sup> Daniel GUTMANN, Eric PORNIN : « Octobre 2011 – octobre 2012 : La fiscalité du patrimoine en évolution constante », Droit et patrimoine, 2013, Chronique de Droit fiscal, n°222.

<sup>346</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°301934, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Bazire, RJF 12/10, n°1204.

<sup>347</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°313139, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., min.c/ Bauchart, RJF 12/10, n°1205.

Il en résulte que c'est à la société bénéficiaire de l'apport de réaliser ce réinvestissement dans une activité économique. Il semble donc bien que ce soit l'activité de la société cible qui doit être « *économique* ». Exiger la prise de participation majoritaire reviendrait à créer une nouvelle condition. La prise de participation, même minoritaire, comporte, par elle-même, le risque de l'investisseur. En outre, cela pourrait constituer un frein aux restructurations d'entreprises allant ainsi à l'encontre de l'objectif du report d'imposition.

- 606.** Cependant, procéder à un investissement dans la « *bonne* » activité n'est pas suffisant, encore faut-il que l'investissement soit réalisé selon certaines modalités.

## ***2. Les modalités de réalisation du réinvestissement dans une activité économique***

- 607.** Pour écarter le but exclusivement fiscal, le réinvestissement doit respecter des conditions chronologiques (a) et quantitatives (b).

### ***a. L'encadrement chronologique***

- 608.** L'opération d'apport-cession comporte trois étapes : l'apport, la cession, le réinvestissement. Aussi, deux délais pourraient influencer sur la validité de l'opération : le délai séparant l'apport de la cession des titres par la société bénéficiaire de l'apport (i) et le délai écoulé entre cette cession et le réinvestissement du produit qui en est issu (ii).

#### ***i. Le délai entre l'apport et la cession***

- 609.** Le délai écoulé entre l'apport des titres par le contribuable et leur cession par la société bénéficiaire de l'apport est-il une condition de validité de l'opération d'apport-cession ?

- 610.** Dans les affaires Bazire<sup>348</sup> et Bauchart<sup>349</sup> notamment, l'Administration fiscale avait considéré que la brièveté de ce délai était révélatrice de l'intention du contribuable de dissimuler la vente de l'actif apporté, seul objectif véritable de ce dernier. A titre d'exemples, ce délai était de quarante-trois jours dans l'affaire Bauchart et d'une dizaine de jours dans l'affaire Conseil<sup>350</sup>.
- 611.** Cependant, le Conseil d'Etat ne fait pas de cas de ce délai. Aussi, dans le cadre de l'apport-cession réalisé sur le fondement du report d'imposition en vigueur avant le 1<sup>er</sup> janvier 2000 ou du sursis d'imposition, le délai écoulé entre l'apport et la cession ne tient aucun rôle dans la caractérisation de l'abus de droit et, en conséquence, dans la validité de l'opération.
- 612.** Il en va autrement du délai séparant la cession des titres apportés et le réinvestissement du prix de cession.

#### *ii. Le délai entre la cession et le réinvestissement*

- 613.** Le CCRAD, a affirmé à plusieurs reprises que le réinvestissement des fonds issus de la cession des biens apportés par la société bénéficiaire de l'apport devait être réalisé

*« immédiatement ou à bref délai »<sup>351</sup>.*

- 614.** Ainsi, à titre d'exemple, dans l'avis 2003-1<sup>352</sup>, le CCRAD avait indiqué que :

*« ...lorsque des fonds résultant d'une cession de titres ne sont pas immédiatement ou à bref délai réemployés dans le cadre d'un investissement professionnel ils sont alors appréhendés ou gérés dans le cadre d'une approche purement patrimoniale, le Comité a estimé que l'apport de titres à la société anonyme B... n'avait eu*

---

<sup>348</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°301934, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Bazire, RJF 12/10, n°1204.

<sup>349</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°313139, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., min.c/ Bauchart, RJF 12/10, n°1205.

<sup>350</sup> Conseil d'Etat, 3 février 2011, n° 329839, min. c/ M. et Mme Conseil, RJF 4/11, n°471.

<sup>351</sup> Avis n° 2003-1, 5, 6 – BOI 13 L-2-04 du 16 mars 2004 – Avis 2003-35 et 38 – BOI 13 L-2-05 du 13 avril 2005 – et n°2004-61 – BOI 13 L-3-06 du 30 mars 2006.

<sup>352</sup> BOI 13 L-2-04 du 16 mars 2004.

*d'autre but que de permettre à M. et Mme B... de se placer abusivement dans le champ d'application de l'ancien article 160 I ter 4 du code général des impôts qui permettait, en l'absence de flux financier, le report d'imposition des plus-values d'apport et ainsi de différer, voire d'échapper à l'imposition de la plus-value due sur la cession des titres de la société anonyme S.... ».*

- 615.** Le délai de réalisation du réinvestissement semble donc être un élément important. Pour autant, ni le CCRAD, ni le CAD, ni le Conseil d'Etat n'ont défini expressément ce délai.
- 616.** Les affaires récemment jugées permettent de faire les constats suivants. Dans les affaires Bazire<sup>353</sup> et Bauchart<sup>354</sup> l'abus de droit a été écarté alors que les réinvestissements avaient été réalisés trois ans après la cession dans l'affaire Bazire et un et deux ans après la cession dans l'affaire Bauchart. La réalisation des réinvestissements dans les trois ans suivant l'opération d'apport-cession semble donc à même d'écarter l'abus de droit (les autres conditions étant par ailleurs réunies).
- 617.** C'est d'ailleurs ce délai qui a été mis en avant par le Rapporteur public Emmanuelle CORTOT-BOUCHER dans ses conclusions sur l'affaire Picoux<sup>355</sup>.

---

<sup>353</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°301934, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Bazire, RJF 12/10, n°1204.

<sup>354</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°313139, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., min.c/ Bauchart, RJF 12/10, n°1205.

<sup>355</sup> Conseil d'Etat, 11 février 2011, n° 314950, M. et Mme Picoux, RJF 5/11, n°628 ; Conclusions du Rapporteur public Emmanuelle CORTOT-BOUCHER : « *Le report d'imposition de la plus-value, en cas d'apport-cession, est-il constitutif d'un abus de droit si le réinvestissement du produit de la cession est tardif ?* », BDCF 5/11, n°64.

Voir notamment : Jean-Luc PIERRE : « *Apport de titres par une personne physique à une société : remise en cause du différé d'imposition de la plus-value d'apport* », Note sous Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss.-sect., 3 février 2011, n°329839, Conseil et Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss.-sect., 11 février 2011, n°314950, Picoux, Droit des sociétés, n°7, Juillet 2011, comm. 143.

En l'espèce, les réinvestissements réalisés s'élevaient à 3 % du prix de cession au bout de trois ans, 57 % au bout de six ans et 64 % au bout de douze ans. Jugeant ce délai excessif, le Rapporteur public indique que :

*« Il nous semble que l'importance des réinvestissements effectués doit s'apprécier sur une période approchant peu ou prou celle du délai de reprise dont dispose l'administration pour établir les redressements. En l'occurrence, il aurait donc fallu que les requérants vous éclairent sur l'état des réinvestissements effectués à la fin de l'année 2001 [3 ans depuis l'apport-cession]. Or ils n'attestent à cette date, en l'état actuel de l'instruction, que de trois opérations d'acquisition, pour un montant total qui est inférieur à 700 000 euros, c'est-à-dire qui représente environ 3 % du produit retiré de la cession des titres de la société IAH »,*

Etant entendu au cas particulier qu'un réinvestissement de 3 % est insuffisant à écarter la menace de l'abus de droit comme nous le verrons par la suite<sup>356</sup>.

- 618.** Cependant, comme le rappelle le Rapporteur public Emmanuelle CORTOT-BOUCHER<sup>357</sup>, la réalisation d'un investissement dans une activité économique peut être empêchée ou ralentie par des éléments extérieurs. C'est pourquoi le CCRAD d'abord et le Conseil d'Etat ensuite, ont admis la possibilité de prendre en compte des éléments objectifs ayant retardé la réalisation d'un réinvestissement. Ces éléments constituent dès lors une excuse au réinvestissement tardif.

---

<sup>356</sup> L'affaire a été renvoyée devant la Cour administrative d'appel de Nancy.

<sup>357</sup> Emmanuelle CORTOT-BOUCHER : « *Le report d'imposition de la plus-value, en cas d'apport-cession, est-il constitutif d'un abus de droit si le réinvestissement du produit de la cession est tardif ?* », BDCF 5/11, n°64.

- 619.** Cette même appréciation *in concreto* du délai de réalisation des investissements en fonctions de la nature de ces derniers, de leur complexité, d'une éventuelle reconversion du contribuable a été reprise par le Conseil d'Etat comme nous le révèle l'arrêt Bauchart<sup>358</sup>. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat constate que l'opération de réinvestissement :

*« [...] avait été précédée dès le mois d'avril 2000 de plusieurs tentatives d'acquisition de divers fonds de commerce relatifs à des cafés ou à des hôtels-restaurants ; qu'au demeurant ce réinvestissement dans une activité économique du produit de la cession des actions s'est effectué dans le délai nécessaire qu'impliquaient, eu égard à l'importance et à la nature de l'investissement réalisé, des prises de contacts et des démarches préalables d'autant plus requises en l'espèce que M. et Mme A, jusqu'alors spécialisés dans la gestion d'un supermarché, changeaient de secteur d'activité ; que, par suite [...] les actes de droit privé passés à l'occasion de leur apport suivi de la cession, [...] ont été inspirés par un motif autre que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que les intéressés, s'ils n'avaient pas passé ces actes, auraient normalement supportées eu égard à leur situation et à leurs activités réelles »*

Ainsi, un investissement tardif ne sera pas de nature à permettre la mise en œuvre de la procédure d'abus de droit lorsque les contribuables ont réalisé des démarches dans l'objectif de cet investissement.

Cette solution a été rappelée à plusieurs reprises tant par le CCRAD et le CAD<sup>359</sup> que par le juge de l'impôt<sup>360</sup>.

- 620.** Plus que le délai, ce qui compte ici ce sont les moyens mis en œuvre par la société bénéficiaire de l'apport pour réaliser cet investissement.

---

<sup>358</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°313139, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., min.c/ Bauchart, RJF 12/10, n°1205.

<sup>359</sup> Exemple : avis 2011-16, BOI 13 L-2-12, 4 mai 2012.

<sup>360</sup> Exemple : Cour administrative d'appel de Lyon, 15 mars 2012, n°11LY00965.

- 621.** Poussons cette hypothèse à l'extrême. La tolérance du Conseil d'Etat en matière d'investissement tardif peut-elle être étendue à l'absence totale ou partielle de réalisation de l'investissement ? Il s'agirait ici de reconnaître l'impact d'une certaine force majeure de nature à entraver les velléités d'investissement de la société bénéficiaire de l'apport.
- 622.** Le CCRAD nous apporte un premier élément de réponse. Ce dernier exigeait initialement un réinvestissement majoritaire et non un réinvestissement significatif comme l'indique le Conseil d'Etat depuis les arrêts du 8 octobre 2010. Or, dans un avis 2004-36<sup>361</sup>, le CCRAD a constaté que la société n'avait pas rempli cette condition de réinvestissement majoritaire, elle n'avait pas réinvesti :

*« la majeure partie des fonds résultant de la cession des titres [...] en investissement à caractère professionnel ».*

Le réinvestissement ne remplissait donc pas la condition posée par le Comité pour écarter l'abus de droit. Toutefois, le CAD ne tire pas de cet argument la conclusion de la réalisation d'un abus de droit puisqu'il affirme que :

*« [...] cette limitation dans le réinvestissement à caractère professionnel pouvait être justifiée par des considérations de caractère familial et personnel indépendantes de la volonté de M. Gabriel F...*

*En conséquence, le Comité a émis l'avis que l'administration n'était pas fondée à mettre en œuvre la procédure prévue par l'article L. 64 du livre des procédures fiscales ».*

- 623.** Dans cette affaire, l'excuse des éléments extérieurs au contribuable ne concernait pas une absence totale de réinvestissement mais simplement un réinvestissement minoritaire là où le CCRAD exigeait alors un réinvestissement majoritaire. La même solution pourrait-elle être admise pour justifier l'absence totale de réinvestissement ?

---

<sup>361</sup> BOI 13 L-3-06 du 30 mars 2006.

- 624.** Une réponse positive à cette question ne va pas de soi. En effet, le considérant de principe posé par le Conseil d'Etat dans les arrêts Bazire<sup>362</sup> et Bauchart<sup>363</sup> notamment indique bien qu'il n'y a pas abus de droit si le produit de la cession des titres apportés a été :

« *effectivement réinvesti [...] dans une activité économique* ».

La matérialisation de l'investissement semblait donc essentielle et il n'était pas évident qu'il soit possible d'y déroger dans sa totalité même pour de bonnes raisons.

- 625.** Le Conseil d'Etat a pourtant statué en ce sens dans un arrêt Clairet du 22 février 2013<sup>364</sup> par lequel il confirme la solution retenue par la Cour administrative d'appel de Lyon<sup>365</sup>. En l'espèce, des actions avaient été apportées en société le 4 août 1997 avant d'être cédées par la société bénéficiaire de l'apport le 29 août suivant. Le 20 octobre 1999, la contribuable reçoit une notification de redressement alors qu'aucun réinvestissement dans une activité économique n'avait été réalisé. Cela aurait dû conduire à la constatation d'un abus de droit.

Cependant, le Conseil d'Etat rejette l'abus de droit en se fondant sur les faits de l'espèce à savoir la mise en œuvre de démarches sérieuses en vue de réinvestir – la société avait donné mandat à un cabinet aux fins de rechercher une nouvelle cible après un premier échec – les difficultés liées à l'importance et à la nature de l'investissement projeté mais aussi les circonstances qui ont entraîné l'interruption du processus – les recherches n'ont été interrompues à la demande de la société qu'à la suite de l'engagement du contrôle par l'Administration.

En l'espèce, le contribuable avait tenté à plusieurs reprises d'organiser son redéploiement économique mais il n'y était pas encore parvenu au jour du redressement. Or, dans la mesure où le report existe pour favoriser les restructurations économiques, il convient de prendre en compte le temps nécessaire

---

<sup>362</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°301934, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Bazire, RJF 12/10, n°1204.

<sup>363</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°313139, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., min.c/ Bauchart, RJF 12/10, n°1205.

<sup>364</sup> Conseil d'Etat, 22 février 2013, n°335045, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.-s., Clairet, RJF 5/13, n°525 ; Conclusions du Rapporteur public Edouard CREPEY : « *Apport-cession : des tentatives sérieuses mais vaines de réinvestissement suffisent-elles à écarter l'abus de droit ?* », BDCF 05/13, n°61.

<sup>365</sup> Cour administrative d'appel de Lyon, 2<sup>e</sup> ch., 27 octobre 2009, n° 07LY02295, min. c/ Clairet, Légifrance.

à ces dernières ainsi que la difficulté qu'elles peuvent représenter. Le Rapporteur public Edouard CREPEY l'indiquait de la manière suivante dans ses conclusions<sup>366</sup> sur cette affaire :

« *Le législateur ayant entendu favoriser les restructurations économiques, il faut laisser le temps aux acteurs de les opérer et le choix de recourir aux services d'un cabinet de conseil peut lui-même, légitimement, être fait après un certain temps de réflexion* ».

- 626.** Notons enfin que dans son avis 2012-30 du 5 décembre 2012<sup>367</sup>, le CAD précise que l'appréciation *in concreto* du délai de réinvestissement implique que le contribuable apporte la preuve de l'engagement de démarches en vue du réinvestissement. Invoquer la crise financière n'est pas suffisant. En outre, si cette appréciation *in concreto* s'applique en faveur du contribuable lorsqu'il s'agit de constater l'existence d'éléments ayant empêché le réinvestissement – pour un exemple récent l'avis 2012-52<sup>368</sup> dans lequel le Comité retient les tentatives infructueuses de réinvestissement, l'état de santé du contribuable et la durée des négociations pour expliquer le réinvestissement tardif –, elle joue également au bénéfice de l'Administration fiscale lorsque les empêchements ont disparu sans que le réinvestissement n'ait pour autant été réalisé – élément retenu par l'avis 2012-46<sup>369</sup>.

---

<sup>366</sup> Conclusions du Rapporteur public Edouard CREPEY : « *Apport-cession : des tentatives sérieuses mais vaines de réinvestissement suffisent-elles à écarter l'abus de droit ?* », BDCF 05/13, n°61.

<sup>367</sup> « *Comité de l'abus de droit fiscal : rapport annuel 2012* », Droit fiscal, n°27, 4 juillet 2013, 357.

Voir notamment : Jean-Luc PIERRE : « *Apport-cession. Remise en cause du différé d'imposition de la plus-value d'apport* », Note sous les avis 2012-30, 2012-44 et 2012-45 du Comité de l'abus de droit fiscal, Droit des sociétés, n°3, Mars 2013, comm. 58.

<sup>368</sup> Avis 2012-52 rendu par le Comité de l'abus de droit fiscal à l'occasion de sa séance du 30 mai 2013, [www.impôt.gouv.fr](http://www.impôt.gouv.fr), [http://www.impôts.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive\\_6828/fichedescriptive\\_6828.pdf](http://www.impôts.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive_6828/fichedescriptive_6828.pdf)

<sup>369</sup> Avis 2012-46 rendu par le Comité de l'abus de droit fiscal à l'occasion de sa séance du 14 février 2013, [www.impôt.gouv.fr](http://www.impôt.gouv.fr), [http://www.impôts.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive\\_6661/fichedescriptive\\_6661.pdf](http://www.impôts.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive_6661/fichedescriptive_6661.pdf)

En l'espèce, aucun investissement dans une activité économique n'avait été réalisé dans le délai de reprise de l'Administration fiscale et, alors que les empêchements invoqués par le contribuable avaient disparu, aucun investissement n'avait été réalisé au jour de la décision du Comité.

**627.** Reste à déterminer le pourcentage du prix de cession devant être réinvesti.

***b. L'encadrement quantitatif du réinvestissement***

**628.** Concernant le montant à réinvestir, le Conseil d'Etat affirme pour la première fois dans l'arrêt Conseil<sup>370</sup> :

*« qu'en statuant ainsi [la Cour administrative d'appel avait considéré qu'il n'y avait pas abus de droit], alors qu'il ne résulte pas des éléments qu'elle a relevés que les sommes investies représentaient une part significative du produit de la cession des titres, la cour a inexactement qualifié les faits soumis à son contrôle ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, le ministre est fondé à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ».*

**629.** Ainsi, bien que cette notion n'ait pas été reprise par le Conseil d'Etat dans les arrêts suivants tels que les arrêts Moreau Girault<sup>371</sup> ou Ciavatta<sup>372</sup>, il découle de ce considérant que les fonds investis dans une activité économique doivent représenter une part significative du produit de la cession à défaut de quoi l'abus de droit sera caractérisé.

**630.** Le Conseil d'Etat s'avère ici plus souple que le CCRAD qui exigeait un réinvestissement de la majorité des fonds comme par exemple dans son avis 2004-36 précité<sup>373</sup> même si en l'espèce l'absence de réinvestissement majoritaire n'a pas confiné à l'abus de droit en raison de la constatation d'éléments extérieurs l'ayant empêché comme cela a été vu plus haut.

**631.** Reste que la notion de « *part significative* » n'étant pas définie par le Conseil d'Etat, il revient aux juges de déterminer les limites de cette notion.

---

<sup>370</sup> Conseil d'Etat, 3 février 2011, n° 329839, min. c/ M. et Mme Conseil, RJF 4/11, n°471.

<sup>371</sup> Conseil d'Etat, 24 août 2011, n° 314579, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.s., M. Moreau et M<sup>me</sup> Girault, RJF 11/11, n°1186.

<sup>372</sup> Conseil d'Etat, 24 août 2011, n° 316928, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.s., Ciavatta, RJF 11/11, n°1186.

<sup>373</sup> BOI 13 L-3-06 du 30 mars 2006.

**632.** Ainsi, bien que cette exigence n'ait pas été expressément indiquée par le Conseil d'Etat dans les affaires Bazire<sup>374</sup> et Bauchart<sup>375</sup>, le caractère significatif du réinvestissement réalisé ne faisait pas de doute puisqu'il représentait respectivement 67,5 % et plus de 100 % du produit de la cession.

**633.** A l'inverse, dans l'arrêt Ciavatta<sup>376</sup> le Conseil d'Etat indique :

*« que si Mme A soutient que la création de la SCI La Roseraie a permis la réalisation d'investissements à caractère économique, il résulte de l'instruction que 15 % seulement des produits de la cession ont été réinvestis dans des prises de participations dans deux SARL exploitant des bars-restaurants ; que si 40 % des produits de cession ont été affectés à des avances en compte-courant au profit de ces deux SARL, ces apports, en l'absence de preuve de ce qu'ils ont été employés au financement de travaux ou d'acquisition d'éléments d'actif de ces sociétés, ne peuvent pas être regardés comme des investissements dans une activité économique ; que le solde des produits de cession, placé en valeurs mobilières, doit être regardé comme ayant un caractère patrimonial ».*

En l'espèce, seuls 15 % des fonds avaient été réinvestis dans une activité considérée comme économique. Il en résulte un réinvestissement non significatif impropre à éviter la caractérisation de l'abus de droit.

**634.** Deux affaires récentes ont admis comme étant significatifs des réinvestissements inférieurs à 40 %.

**635.** C'est d'abord le cas de l'avis 2011-17<sup>377</sup> du CAD accepté par l'Administration fiscale. Dans cet avis le CAD a admis d'écarter l'abus de droit dans une affaire où

---

<sup>374</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°301934, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Bazire, RJF 12/10, n°1204.

<sup>375</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°313139, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., min.c/ Bauchart, RJF 12/10, n°1205.

<sup>376</sup> Conseil d'Etat, 24 août 2011, n° 316928, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.-s., Ciavatta, RJF 11/11, n°1186.

<sup>377</sup> « Comité de l'abus de droit fiscal : rapport annuel 2012 », Droit fiscal, n°27, 4 juillet 2013, 357. Cette affaire concerne le sursis d'imposition et non le report d'imposition antérieur au 1<sup>er</sup> janvier 2000.

le réinvestissement dans des activités économiques avait porté sur 39 % du prix de cession :

*« [...] les produits de cession des titres de la SA B ont fait l'objet de réinvestissements dans des activités économiques à hauteur d'un quantum de 39 %, non contesté par l'Administration, représentant, dans les circonstances de l'espèce, une part significative du produit de cession des titres ».*

Cette solution appelle deux remarques.

D'une part, le CAD abandonne son exigence d'un réinvestissement majoritaire au profit d'un réinvestissement significatif, uniformisant ainsi sa position avec celle du Conseil d'Etat.

D'autre part, cette solution nous indique qu'un réinvestissement de 39 % du prix de cession est considéré comme un réinvestissement significatif de nature à écarter l'abus de droit.

**636.** La Cour administrative d'appel de Lyon va même aller encore un peu plus loin dans une affaire Farel sur 28 juin 2012<sup>378</sup>.

*« [...] même à supposer, comme le soutient l'administration en s'appuyant sur les constatations opérées sur ce point par le comité consultatif pour la répression des abus de droit, que le produit de la cession n'a été effectivement réinvesti dans des actifs professionnels qu'à hauteur [...] de 31 % deux ans et un mois après la cession, il résulte de l'instruction que les investissements dont s'agit, consistant en des prises de participation dans plusieurs entreprises du secteur textile, [...] qui se sont, pour certaines d'entre elles, renforcées dans les années suivantes permettant ainsi la constitution d'un groupe industriel dans le secteur du textile et de l'habillement, représentent un réemploi significatif du produit de la cession dans une activité économique ».*

---

Voir notamment : Pierre FERNOUX : « Abus de droit : apport-cession et donation-cession, deux décisions fondamentales », Droit et Patrimoine 2012, n°217.

<sup>378</sup> Cour administrative d'appel de Lyon, 28 juin 2012, N°11LY01874, 5<sup>e</sup> ch., min. c/ Farel, RJF 1/13, n°76.

*; qu'au surplus, la société fait valoir, [que] la société holding a consenti un prêt participatif de 1 500 000 francs à la SA Gama, contractuellement bloqué trois ans, pour consolider son investissement dans cette société, prêt qui, s'il était pris en compte, porterait le réinvestissement total, sur une période de deux ans, à 58 % du montant de la cession ; que, dans ces conditions, M. et Mme A doivent être regardés comme établissant que la société Sofarfi a effectivement réinvesti une part significative du produit de la cession dans une activité économique ».*

Le juge a considéré ici, contrairement à l'opinion émise par le Rapporteur public Dominique JOURDAN dans ses conclusions<sup>379</sup> sur cette affaire, qu'un réinvestissement de 31 % pouvait être considéré comme significatif.

Le juge fait bien référence à un prêt consenti par la société portant le réinvestissement à 58 % du produit de cession, s'il était pris en compte. Cependant, il ne le considère pas indispensable à la caractérisation de l'investissement significatif, comme en témoignent les expressions employées par le juge : « *au surplus* », « *s'il était pris en compte* ».

Toutefois, le juge semble lier ce pourcentage d'investissement avec la forme prise par ce dernier – à savoir des prises de participation multiples – et avec le constat suivant lequel certaines de ces participations ont été renforcées dans les années suivant l'investissement. Il reviendra donc au Conseil d'Etat de déterminer si cette solution était une solution d'espèce ou si au contraire elle indique la tendance à suivre pour la détermination du quantum de réinvestissement permettant d'écarter l'abus de droit.

- 637.** L'ensemble de ces éléments permet de déterminer si l'opération avait un but exclusivement fiscal. Mais, conformément à la définition de l'abus de droit, le but exclusivement fiscal est insuffisant à caractériser l'abus de droit, encore faut-il que l'opération ait été réalisée contrairement aux intentions du législateur.

---

<sup>379</sup> Conclusions du Rapporteur public Dominique JOURDAN : « *Que faut-il entendre par réinvestissement significatif en cas d'apport-cession ?* », BDCF 1/13, n°9.

## ***Paragraphe 2 : La contrariété aux objectifs du législateur***

**638.** L'Administration fiscale doit établir que l'opération d'apport-cession est contraire à l'objectif du législateur.

**639.** En effet, ainsi que l'indiquait Louis JOSSERAND<sup>380</sup> :

*« De même qu'il existe un esprit des lois, et plus généralement un esprit du droit entendu objectivement et dans son ensemble, ainsi doit-on admettre l'existence d'un esprit des droits, inhérent à toute prérogative subjective, isolément envisagée, et, pas plus que la loi ne saurait être appliquée à rebours de son esprit, pas plus qu'un fleuve ne saurait modifier le cours naturel des eaux, nos droits ne peuvent se réaliser à l'encontre et au mépris de leur mission sociale, à tort et à travers : on conçoit que la fin puisse justifier les moyens, du moins lorsque ceux-ci sont légitimes en eux-mêmes, mais il serait intolérable que les moyens, même intrinsèquement irréprochables, puissent justifier toute fin, fût-elle odieuse et inconcevable ».*

**640.** Appliqué à l'opération d'apport-cession, dans les arrêts rendus le 8 octobre 2010, le Conseil d'Etat nous indique la marche à suivre : en l'absence d'un but exclusivement fiscal, il n'est pas nécessaire de rechercher si ce dernier est contraire aux objectifs du législateur :

*« ... sans qu'il y ait lieu d'examiner si le requérant avait recherché le bénéfice d'une application littérale des dispositions précitées des articles 92 B et 160 du code général des impôts à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, l'administration n'était pas fondée à remettre en cause, selon la procédure de répression des abus de droit, le régime du report d'imposition de la plus-value ».*

---

<sup>380</sup> Louis JOSSERAND : « *De l'abus des droits* », Rousseau, 1905 ; « *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de « l'abus des droits »* », Dalloz, 1927, réédité, Dalloz, 2006.

**641.** En revanche, dès lors que le but exclusivement fiscal est avéré, il convient de vérifier si ce dernier est contraire aux objectifs du législateur. Le Conseil d'Etat le précise dans l'arrêt Four du 8 octobre 2010<sup>381</sup> qui concerne une hypothèse un peu différente puisqu'en l'espèce il s'agissait de l'apport d'un fonds de commerce, et non de titres, avant réduction.

Le Conseil d'Etat rappelle ici que le but exclusivement fiscal et la contrariété aux objectifs du législateur sont deux critères cumulatifs. Le but exclusivement fiscal ne saurait, à lui seul, caractériser l'abus de droit.

**642.** Reste à déterminer un élément : quelle était l'intention du législateur ?

Comme nous l'avons indiqué, lorsqu'il a instauré les différés d'imposition, le législateur était motivé par la volonté de prendre en compte l'absence de liquidités dégagées par l'opération d'apport-cession mais également le souhait de favoriser les restructurations des entreprises en raison de leur intérêt pour l'économie. Pour rappel, le rapport MIGAUD n°1861<sup>382</sup> l'expose dans les termes suivants :

*« La neutralisation fiscale des plus-values comptabilisées en vue de fixer la parité d'échange à l'occasion des restructurations d'entreprises tend à faciliter ces opérations en raison même de leur intérêt pour l'économie ».*

*« [...]la nécessaire adaptation des structures des entreprises, que ce soit pour mieux répondre aux exigences du marché ou pour améliorer leur compétitivité, a conduit à exonérer provisoirement l'imposition des plus-values d'échange ».*

**643.** Dès lors, l'exigence du réinvestissement dans une activité économique ainsi que l'interdiction de se réapproprier le prix de cession prennent tout leur sens.

**644.** En conclusion, jusqu'à la réforme issue de la troisième loi de finances rectificative pour 2012, le législateur n'avait pas mis en place de conditions encadrant la validité de l'apport-cession considéré comme une opération unique et indivisible

---

<sup>381</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°321361, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., min. c/ Four, RJF 12/10, n°1206.

<sup>382</sup> Rapport n°1861 fait au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi de finances pour 2000, Didier MIGAUD, 18 octobre 1999.

qu'il soit réalisé sur le fondement des reports d'imposition codifiés aux anciens articles 92 B, II et 160 I ter 4 du CGI ou du sursis d'imposition de l'article 150-0 B du CGI.

- 645.** Des dispositions légales prévoyaient bien les conséquences fiscales de l'apport<sup>383</sup>, puis de la cession<sup>384</sup> mais aucune n'envisageait ces opérations comme motivées par une seule volonté et constitutives d'une opération unique.
- 646.** A défaut d'un texte spécialement dédié à l'apport-cession, l'Administration fiscale disposait de deux leviers de contestation de ces opérations :
- Le respect des textes généraux relatifs à l'apport puis à la cession. A ce titre elle vérifiait le régime fiscal de la société bénéficiaire de l'apport, son Etat de résidence lorsqu'il s'agissait d'une société étrangère ou encore le respect de l'encadrement de la soulte.
  - Mais surtout la procédure de répression des abus de droit dont la mise en œuvre vient d'être exposée. Le recours à l'article L. 64 du LPF a permis à l'Administration fiscale et au juge administratif d'encadrer la réalisation de ces opérations. Toutefois, parce qu'il est revenu au juge de déterminer un certain nombre de conditions de validité de l'opération, la marge de manœuvre des contribuables en la matière s'est dessinée au fil du temps de sorte que ce dernier s'est retrouvé dans une situation d'insécurité juridique.
- 647.** La troisième loi de finances rectificative pour 2012 renouvelle cette question grâce à l'instauration de l'article 150-0 B ter du CGI, ce dernier étant entré en vigueur dès le 14 novembre 2012<sup>385</sup>.
- 648.** Désormais, le législateur envisage l'opération globale d'apport-cession dès lors que l'apport est réalisé à une société contrôlée par l'apporteur.

---

<sup>383</sup> Anciens articles 92 B, II et 160 I ter 4 du CGI et article 150-0 B du CGI.

<sup>384</sup> Article 150-0 A du CGI.

<sup>385</sup> Date de présentation du projet de troisième loi de finances rectificative pour 2012 en Conseil des Ministres et date d'entrée en vigueur du nouvel article 150-0 B ter du CGI.

## **Chapitre 2 : L'apport-cession bénéficiant du nouveau report d'imposition de l'article 150-0 B ter du CGI**

**649.** Avec l'instauration du nouvel article 150-0 B ter du CGI, le législateur détermine lui-même les conditions de validité de l'opération (Section 1) ainsi que la sanction applicable à défaut du respect de ces dernières (Section 2).

### **Section 1 : Les conditions de validité de l'apport-cession**

**650.** Ainsi que nous venons de l'exposer, outre les conditions générales liées à la réalisation de l'apport puis de la cession, l'apport-cession s'est longtemps vu appliquer un encadrement jurisprudentiel fondé sur l'abus de droit.

**651.** Depuis l'adoption de l'article 18 de la troisième loi de finances rectificative pour 2012<sup>386</sup>, cette opération dispose d'un encadrement légal spécifique codifié à l'article 150-0 B ter du CGI.

**652.** Nous verrons ici que les conditions posées par le législateur s'inspirent largement de la jurisprudence élaborée par le Conseil d'Etat à l'occasion de son contrôle du caractère abusif de l'apport-cession réalisé antérieurement au 14 novembre 2012. Ces conditions concernent :

- Le contrôle de la société bénéficiaire de l'apport (Paragraphe 1),
- Le réinvestissement du prix de cession (Paragraphe 2).

---

<sup>386</sup> Loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012 de finances rectificative pour 2012.

***Paragraphe 1 : Une société contrôlée par l'apporteur***

**653.** Comme le Conseil d'Etat dans le cadre de l'abus de droit, le législateur pose une condition tenant au contrôle de la société bénéficiaire de l'apport. En effet, comme cela a été évoqué précédemment, le point 2° du III de l'article 150-0 B ter du CGI dispose :

*« III. - Le report d'imposition est subordonné aux conditions suivantes :*

*[...]*

*2° La société bénéficiaire de l'apport est contrôlée par le contribuable »*

Le nouvel encadrement des opérations d'apport-cession ne vaut que lorsque l'apporteur contrôle la société bénéficiaire de l'apport, ce contrôle s'appréciant après que les titres aient été apportés. Ce qui compte c'est donc bien la possibilité qui est laissée au contribuable de contrôler l'usage ultérieur des biens dont il est fait apport.

**654.** Toutefois, le législateur ne s'est pas contenté de poser l'exigence de contrôle, il a défini les situations caractéristiques de ce contrôle, dans le cadre de l'apport-cession.

Tout d'abord, l'apporteur est réputé contrôler la société lorsqu'il détient, directement ou indirectement, seul ou par l'intermédiaire de son conjoint, de leurs ascendants, de leurs descendants ou de leurs frères et sœurs, la majorité des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de la société. Cette définition est la plus « évidente ». Ayant la majorité des droits de vote, le contribuable peut décider seul.

Le contrôle est également avéré si l'apporteur bénéficie d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires lui octroyant le droit de disposer seul de la majorité des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de cette société. Il s'agit donc ici d'un contrôle conventionnel.

Afin de ne laisser passer aucune situation de contrôle, ce dernier est également réputé constitué dès lors que l'apporteur exerce, en fait, le pouvoir de décision.

En outre, l'article pose une présomption de contrôle pesant sur l'apporteur sous certaines conditions. Ainsi, si ce dernier dispose, directement ou non, 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, il est réputé remplir la condition de contrôle. Cette définition permet de tenir compte d'un éventuel éclatement du capital entre les associés tout en constatant le fait que bien que n'ayant pas la majorité des droits de vote, l'associé dispose d'une majorité relative qu'il est le seul à posséder et qui le met en bonne position pour exercer le contrôle.

Enfin, un contrôle conjoint est caractérisé dès lors que le contribuable et une ou plusieurs autres personnes agissent de concert de sorte qu'ils déterminent dans les faits les décisions prises en assemblée générale. Cette hypothèse de contrôle fait écho à celle retenue par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Moreau Girault<sup>387</sup>.

**655.** Cette définition rappelle celle posée par l'article L. 233-3 du Code de commerce, applicable en matière de détermination des conditions de contrôle d'une société par une autre. Selon cet article :

*« I. - Une société est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 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.*

---

<sup>387</sup> Conseil d'Etat, 24 août 2011, n° 314579, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.-s., M. Moreau et M<sup>me</sup> Girault, RJF 11/11, n°1186, paragraphe 540 de cette thèse.

*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 ».*

- 656.** Il apparaît que ces deux définitions, bien que s'inscrivant dans des contextes différents puisque l'une vise la détention par une personne physique et l'autre par une société, sont très proches. Toutefois, une différence qui facilite la caractérisation d'une situation de contrôle dans le cadre de l'apport-cession codifié à l'article 150-0 B ter du CGI doit être soulignée : là où la présomption s'applique en cas de détention de 40 % des titres selon la définition de l'article L. 233-3 du Code de commerce, l'article 150-0 B ter du CGI considère que la détention de 33,33 % des titres d'une société suffit.
- 657.** En tout état de cause, le contrôle implique l'application de l'article 150-0 B ter du CGI et, ainsi, des nouvelles obligations tenant au emploi du prix de cession des titres apportés.

### ***Paragraphe 2 : Un réinvestissement expressément encadré***

- 658.** Comme le juge de l'impôt l'avait fait avant lui, le législateur a encadré la réalisation de l'apport-cession en s'appuyant sur les délais susceptibles d'affecter l'opération (A), la nature du réinvestissement à réaliser (B) et le montant à réinvestir (C).

### ***A. L'encadrement chronologique***

- 659.** Le temps est ici une donnée fondamentale puisqu'il va conditionner l'exigence ou non d'un réinvestissement (1), ainsi que le délai dans lequel le réinvestissement devra être opéré dans l'hypothèse où il serait exigé (2).

#### ***1. Le délai séparant l'apport et la cession : un réinvestissement éventuel***

- 660.** Si le délai entre l'apport des titres et leur cession par la société bénéficiaire de l'apport était indifférent pour la caractérisation de l'abus de droit, la solution est différente pour l'apport-cession réalisé depuis le 14 novembre 2012 conformément à l'article 150-0 B ter du CGI. L'alinéa 3 du I de cet article prévoit en effet qu'il est mis fin au report d'imposition à l'occasion :

*« 2° De la cession à titre onéreux, du rachat, du remboursement ou de l'annulation des titres apportés, si cet événement intervient dans un délai, décompté de date à date, de trois ans à compter de l'apport des titres. Toutefois, il n'est pas mis fin au report d'imposition lorsque la société bénéficiaire de l'apport cède les titres dans un délai de trois ans à compter de la date de l'apport et prend l'engagement d'investir le produit de leur cession ».*

Aussi, sous le nouveau régime, le délai écoulé entre l'apport et la cession devient un élément particulièrement important pour le contribuable car il lui révèle le comportement à adopter pour assurer la viabilité de son opération.

- 661.** Si la cession intervient plus de trois ans après l'apport, le report d'imposition est sauf même si la société bénéficiaire de l'apport n'utilise pas le prix de cession pour réaliser un investissement éligible. Avant la réforme, l'écoulement de ce délai mettait déjà l'apport-cession à l'abri de tout redressement, ce dernier correspondant au délai de reprise de l'Administration fiscale.

En outre, nous pouvons même douter ici de l'application de la qualification d'apport-cession. Cette opération repose en partie sur la rapidité de cession des titres apportés : plus le délai entre l'apport et la cession grandit, moins l'opération peut être considérée comme une et indivisible.

662. En revanche, si la cession intervient dans les trois ans de l'apport, un réinvestissement devra être effectué pour que l'opération d'apport-cession continue à jouir du report d'imposition. Cela revient à dire qu'une cession intervenant dans le délai de trois ans serait présumée abusive et que le contribuable ne pourrait prouver sa bonne foi et le bien fondé de son opération qu'au travers de l'établissement de la preuve d'un réinvestissement dans une activité éligible. Était-il bien nécessaire que ce délai soit aussi long pour s'assurer de l'absence de comportement répréhensible ?

## *2. Le délai séparant la cession et le réinvestissement*

663. Comme nous l'avons développé précédemment, le délai séparant la cession de l'investissement était étudié par le juge pour déterminer si le réinvestissement du prix de cession opéré par la société bénéficiaire de l'apport était de nature à écarter l'abus de droit. Toutefois, ce délai n'était pas expressément fixé et le CCRAD puis le CAD ainsi que le juge de l'impôt faisaient une appréciation au cas par cas fondée sur les conditions concrètes dans lesquelles le réinvestissement, ou la tentative de réinvestissement, avait été réalisé.
664. L'article 150-0 B ter du CGI reprend l'exigence du respect d'un délai pour réaliser le réinvestissement mais adopte une solution, semble-t-il, plus contraignante pour le contribuable. En effet, le législateur ne s'est pas contenté d'indiquer que le réinvestissement devait être réalisé dans un « *délai raisonnable* » ou encore un « *délai approprié* » – ces formulations auraient laissé une part d'interprétation au juge du fond – il indique précisément que le réinvestissement, dès lors que la cession des titres apportés intervient dans les trois ans de l'apport, doit être réalisé dans les deux ans suivant la cession.

*« il n'est pas mis fin au report d'imposition lorsque la société bénéficiaire de l'apport cède les titres dans un délai de trois ans à compter de la date de l'apport et prend l'engagement d'investir le produit de leur cession, dans un délai de deux ans à compter de la date de la cession et à hauteur d'au moins 50 % du montant de ce produit ».*

Cette disposition est un peu moins avantageuse que la position retenue par le Conseil d'Etat et le CAD à deux égards.

Tout d'abord, parce que comme nous l'avons vu, les juges considéraient comme étant raisonnable un réinvestissement intervenu dans les trois ans de la cession.

Ensuite, une interrogation doit être soulignée : l'appréciation *in concreto* doit-elle être définitivement écartée ? Cette solution pragmatique constituait une solution de secours pour le contribuable de bonne foi en permettant la prise en compte d'éléments objectifs indépendants de sa volonté mais de nature à influencer la réalisation des investissements.

La prise en compte de ce délai « *raisonnable* », eu égard au choix du réinvestissement ou encore aux conditions de sa réalisation, était permise parce qu'aucun délai n'était expressément prévu en la matière. Dans la mesure où le législateur a désormais précisément fixé le temps laissé au contribuable pour investir le prix de cession, les contribuables ne pourront plus invoquer des éléments extérieurs pour justifier un réinvestissement tardif. Aussi, à défaut du respect de ces deux années, il sera fait échec à l'opération d'apport-cession.

- 665.** Outre le délai imparti à la société pour réaliser le réinvestissement, l'article 150-0 B ter du CGI fixe la nature de ce dernier.

### ***B. La nature du réinvestissement***

- 666.** Comme nous l'avons étudié précédemment, la jurisprudence rendue en application de l'article L. 64 du LPF prévoyait la nécessité de réaliser un réinvestissement dans une activité économique.
- 667.** Cette condition d'investissement se retrouve dans le nouveau dispositif codifié à l'article 150-0 B ter du CGI. Selon ce dernier, le report d'imposition est maintenu, même si la cession intervient moins de trois ans après l'apport, si la société bénéficiaire de l'apport :

« [...] prend l'engagement d'investir le produit de leur cession, [...] dans le financement d'une activité commerciale, industrielle,

*artisanale, libérale, agricole ou financière, à l'exception de la gestion d'un patrimoine mobilier ou immobilier, dans l'acquisition d'une fraction du capital d'une société exerçant une telle activité, sous la même exception, et qui a pour effet de lui en conférer le contrôle au sens du 2° du III du présent article, ou dans la souscription en numéraire au capital initial ou à l'augmentation de capital d'une ou plusieurs sociétés répondant aux conditions prévues au b du 3° du II de l'article 150-0 D bis ».*

**668.** De même que concernant l'investissement dans une activité économique exigé par le juge de l'impôt dans sa jurisprudence relative à l'abus de droit, le législateur a encadré les hypothèses dans lesquelles l'investissement doit être réalisé. Toutefois, la formulation retenue soulève quelques interrogations et commentaires.

Tout d'abord, le législateur ne reprend pas l'expression « *activité économique* » qui avait été employée par le Conseil d'Etat. Il précise les activités dans lesquelles le réinvestissement peut être opéré (commerciale, financière, libérale...).

Comme le Conseil d'Etat l'avait fait avant lui, il ne retient pas le critère de l'exercice d'une profession, initialement retenu par le CCRAD. C'est donc l'activité dans laquelle le prix de cession est réinvesti qui importe, plus que l'engagement professionnel de l'apporteur.

Ensuite, le législateur précise que la « *gestion d'un patrimoine mobilier ou immobilier* » ne constitue pas un investissement valide au regard de l'article 150-0 B ter du CGI. Un tel investissement sera assimilé à une absence de respect de la condition de réinvestissement.

Le législateur emploie ici le terme « *gestion* ». Aussi, si l'investissement dans un patrimoine mobilier ou immobilier s'inscrit en réalité dans le cadre d'une « *activité* », il nous semble que l'investissement pourrait être valide au regard de l'article 150-0 B ter du CGI.

Dès lors, la solution retenue dans l'arrêt *Bauchart*<sup>388</sup>, dans lequel les locaux d'un hôtel avaient été acquis simultanément à la société exploitante, devrait s'appliquer également sous le nouveau régime institué par la troisième loi de finances rectificative pour 2012.

- 669.** Outre le type d'activité pouvant constituer un réinvestissement valable au sens de l'article 150-0 B ter du CGI, le législateur précise la façon dont ce réinvestissement pourra être réalisé. En effet, il résulte du 2° du point I de cet article que l'investissement à la charge de la société bénéficiaire de l'apport peut prendre la forme du financement d'une activité éligible, de l'acquisition d'une fraction du capital d'une société exerçant une telle activité ou de la souscription en numéraire au capital initial ou à l'augmentation de capital d'une ou plusieurs sociétés.

Toutefois, l'article ne définit pas la notion de financement d'une activité éligible. Cette possibilité de réinvestissement couvre-t-elle le financement par l'intermédiaire d'un compte-courant ? Si la réponse est positive, la solution de l'arrêt *Ciavatta*<sup>389</sup> selon laquelle, pour rappel, le Conseil d'Etat avait indiqué qu'un compte-courant ne constitue pas un réinvestissement dans une activité économique en l'absence de preuve de l'emploi du prix de cession dans le financement de travaux ou l'acquisition d'éléments d'actifs, pourrait trouver une application similaire dans le cadre de l'apport-cession réalisé sur la base de l'article 150-0 B ter du CGI.

En outre, nous constatons que lorsque le réinvestissement s'opère par l'acquisition d'une fraction du capital d'une société exerçant une activité éligible, ce dernier doit conférer le contrôle de ladite société à la société bénéficiaire de l'apport. En revanche, lorsque le réinvestissement prend la forme d'une souscription au capital d'une ou plusieurs sociétés, aucune condition de contrôle n'est exigée.

Notons que dans le projet de troisième loi de finances rectificative pour 2012 à l'origine du nouvel article 150-0 B ter du CGI, le Gouvernement avait limité les

---

<sup>388</sup> Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°313139, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., min.c/ *Bauchart*, RJF 12/10, n°1205

<sup>389</sup> Conseil d'Etat, 24 août 2011, n° 316928, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.s., *Ciavatta*, RJF 11/11, n°1186.

possibilités de réinvestissement aux hypothèses de souscription au capital social de la société cible. Toutefois, cette disposition a été amendée avant l'adoption de la loi.

Le même projet prévoyait la souscription au capital d'une société uniquement. Cette disposition a elle aussi été amendée et cette souscription peut désormais concerner le capital de plusieurs sociétés, permettant ainsi à l'investisseur de diversifier son patrimoine et de répartir les risques.

- 670.** Enfin, l'article 150-0 B ter du CGI fixe la quote-part du prix de cession qui doit être réinvestie.

### *C. L'encadrement quantitatif*

- 671.** L'article 150-0 B ter du CGI pose lui aussi une condition tenant au montant du réinvestissement :

*« la société bénéficiaire de l'apport [...] prend l'engagement d'investir le produit de leur cession [...] à hauteur d'au moins 50 % du montant de ce produit ».*

Comme la jurisprudence applicable en matière d'abus de droit, le pourcentage de réinvestissement défini ici est assis sur le produit de cession et non sur la plus-value nette de prélèvements sociaux comme c'est le cas concernant le report sous condition de emploi de l'article 150-0 D bis du CGI.

- 672.** Si l'on s'en tient aux dernières affaires concernant la part de réinvestissement du prix de cession permettant d'écarter l'abus de droit en cas d'apport-cession réalisé sur la base de l'ancien report d'imposition ou du sursis d'imposition, le réinvestissement pouvait être inférieur à 40 %. En exigeant un réinvestissement de 50 %, le législateur est plus contraignant. Toutefois, cet encadrement clairement établi a le mérite de définir précisément ce qui est attendu de la société bénéficiaire de l'apport.
- 673.** Contrairement à l'encadrement jurisprudentiel qui, dans la mesure où il s'agit de juger un cas d'espèce dont le juge a été saisi, comporte nécessairement une dose d'insécurité fiscale, l'intervention du législateur a le mérite, en principe,

d'indiquer précisément au contribuable le comportement à adopter pour que son opération ne puisse pas être sanctionnée par l'Administration fiscale.

## **Section 2 : La sanction**

- 674.** Si la sanction du non-respect des conditions de validité de l'opération ne repose plus depuis le 14 novembre 2012 sur l'abus de droit mais sur les prescriptions de l'article 150-0 B ter du CGI (Paragraphe 1), la jurisprudence rendue en matière d'abus de droit pourrait survivre à certains égards (Paragraphe 2).

### *Paragraphe 1 : Une sanction distincte de l'abus de droit*

- 675.** Les critères qui avaient été retenus par le juge de l'impôt comme de nature à caractériser un abus de droit ont été largement repris par le législateur pour encadrer l'opération d'apport-cession, cette dernière étant désormais considérée comme une seule et unique opération globale.
- 676.** Les conditions permettant de valider l'opération d'apport-cession étaient jusque-là prévues, définies et contrôlées par le CAD et le juge de l'impôt dans le cadre de la procédure de répression de l'abus de droit fiscal.
- 677.** Désormais, l'article 150-0 B ter du CGI prend le relais. L'Administration qui entend contester une opération d'apport-cession réalisée à compter du 14 novembre 2012 par apport de titres à une société contrôlée par l'apporteur n'a plus à avoir recours à la procédure de répression des abus de droit. La jurisprudence établie dans le cadre de cette procédure n'aura donc, en principe, plus cours sous le nouveau régime d'apport-cession.
- 678.** Or, la procédure de répression des abus de droit n'étant plus le fondement de l'encadrement de l'opération d'apport-cession, la sanction spécifique qui lui est attachée ne sera plus applicable.
- 679.** Aussi, en cas de non-respect des conditions posées par l'article 150-0 B ter du CGI, c'est la sanction prévue par le même article qui s'appliquera à savoir la fin du

report d'imposition et le paiement de l'intérêt de retard prévu à l'article 1727 du CGI soit 4,80 % par an depuis l'apport en société en cas de non-respect de la condition de réinvestissement. Le contribuable échappe donc à la pénalité maximale de 80 % de l'impôt élué prévue par l'article 1729 du CGI.

- 680.** Pour autant, la jurisprudence rendue en matière d'abus de droit pourrait conserver un intérêt postérieurement au 14 novembre 2012, date de l'entrée en vigueur du nouvel article 150-0 B ter du CGI.

***Paragraphe 2 : L'influence de la jurisprudence élaborée en matière d'abus de droit***

- 681.** Tout d'abord, l'abus de droit et la jurisprudence développée en la matière continueront à s'appliquer aux apports-cessions réalisés antérieurement au 14 novembre 2012.  
Ces derniers risqueront donc toujours de supporter la sanction attachée à l'abus de droit fiscal, si leur opération est jugée abusive.
- 682.** Mais ce n'est pas tout. Certains points n'ont pas été explicités par le nouveau texte législatif – par exemple la question du réinvestissement par apport à un compte-courant d'associé.
- 683.** Dans ces hypothèses, l'Administration fiscale et le juge de l'impôt pourraient être amenés à rechercher la solution à adopter dans la jurisprudence élaborée en matière d'abus de droit de sorte que l'appréciation du non-respect de la condition de réinvestissement susceptible d'entraîner la fin du report et le paiement d'un intérêt de retard pourrait être influencée par cette jurisprudence.
- 684.** En conclusion, nous pouvons indiquer que si le nouvel encadrement légal instauré par l'article 150-0 B ter du CGI concernant les apports réalisés à une société contrôlée par l'apporteur avant cession, ne reprend pas exactement la jurisprudence établie en matière d'apport-cession dans le cadre de l'abus de droit à laquelle il se substitue, le législateur s'en est sans nul doute fortement inspiré.

- 685.** De plus, bien que les conditions désormais applicables soient parfois plus sévères<sup>390</sup> que la solution jurisprudentielle appliquée en matière d'abus de droit, elles n'entravent pas la réalisation de l'apport-cession. Plus encore, elles le sécurisent en validant l'existence même de l'opération et en lui donnant un cadre légal précis.
- 686.** Mais l'apport-cession-délocalisation, s'il contient bien un apport-cession et doit à ce titre obéir aux règles qui viennent d'être posées, repose également sur un transfert du domicile fiscal hors de France, seconde source de « *risque fiscal* » pour le contribuable candidat à cette opération.

---

<sup>390</sup> Notamment au regard du montant et du délai de réinvestissement.

## TITRE 2 : APPORT-CESSION ET DÉLOCALISATION DU DOMICILE FISCAL

- 687.** Face à un droit fiscal particulièrement instable, complexe et en proie à de fréquents alourdissements, les contribuables sont de plus en plus tentés de céder à un certain opportunisme fiscal consistant à aller voir si l’herbe ne serait pas plus verte de l’autre côté de la frontière. Ainsi, si les conventions fiscales internationales ont pour raison d’être l’élimination des doubles impositions et la lutte contre la fraude et l’évasion fiscales, elles deviennent souvent des instruments permettant aux contribuables, en jouant sur le paramètre qu’est le lieu de leur domicile fiscal, d’opter pour la fiscalité qui leur est la plus favorable.
- 688.** Précisément, comme nous l’avons développé à l’occasion de l’étude des modalités de réalisation et des effets de l’apport-cession-délocalisation, dans cette opération c’est grâce au transfert du domicile fiscal hors de France que les contribuables peuvent espérer exonérer ou limiter l’impact fiscal de la cession de leurs titres.
- 689.** Confrontés à cette problématique, les législateurs nationaux tentent de contenir la fuite de cette base imposable et donc des ressources fiscales étatiques. Pour cela, ils disposent de deux moyens : la négociation de règles conventionnelles supranationales ou la mise en place d’un dispositif national.
- 690.** Qu’elle soit unilatérale ou négociée, l’arme défensive utilisée par le législateur national contre ce « *treaty shopping* » est de nature à remettre en cause les optimisations basées sur le différé d’imposition qui font l’objet de cette étude.
- 691.** Sur le terrain de la négociation, les Etats peuvent intégrer aux conventions fiscales des clauses anti-abus. Ce faisant, une norme supérieure à la législation nationale est créée comme le prévoit l’article 55 de la Constitution française<sup>391</sup>. De plus, le recours à la négociation internationale permet de limiter les possibilités de

---

<sup>391</sup> Article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie* ».

contentieux entre l'Administration fiscale française et l'Administration fiscale de l'Etat ou de l'Union d'Etats cocontractant.

- 692.** Toutefois, l'option pour la négociation présente les inconvénients du délai et de la diplomatie. Négocier prend du temps et nécessite de nombreux échanges. Il s'agit de trouver des compromis à même de contenter deux Etats dont les intérêts, parce qu'ils sont les mêmes, à savoir la sauvegarde de leurs ressources et de leur souveraineté fiscales, s'opposent immanquablement. De plus, cette solution implique de répéter cette opération avec chacun des Etats étrangers.
- 693.** Choisir d'agir sur un plan national et de manière unilatérale permet au législateur d'éviter ces écueils.
- 694.** Pour cela, le législateur dispose d'un moyen « classique » : la lutte contre la fraude fiscale. Si le contribuable entend se placer sous la compétence fiscale d'un autre Etat, il doit véritablement y transférer son domicile (Chapitre 1).
- 695.** Toutefois, cette solution présente un inconvénient du point de vue de l'Administration fiscale : ce recours ne permet de sanctionner que les situations mensongères, celles dans lesquelles le contribuable aurait menti sur son lieu de domiciliation. Dès lors que le transfert de domicile fiscal est avéré et incontestable, ce fondement est inopérant.
- 696.** C'est pourquoi le législateur français a décidé de remettre en place un dispositif d'exit tax sept ans après avoir abrogé l'ancienne version. Du point de vue de l'Administration fiscale, l'exit tax a le mérite de s'appliquer à l'ensemble des transferts de domicile fiscal hors de France (Chapitre 2).

## **Chapitre 1 : L'apport-cession-délocalisation et le risque de fraude fiscale**

697. L'opération d'apport-cession-délocalisation telle qu'elle est étudiée ici ne produit ses avantages que sous réserve que le contribuable délocalise réellement son domicile fiscal (Section 2) sans quoi la sanction de la fraude fiscale sera encourue (Section 1).

### **Section 1 : Un non-respect fortement sanctionné**

698. Le contribuable français qui souhaite réaliser un apport-cession-délocalisation afin de minorer son impôt sur les plus-values de cession voire de s'en exonérer totalement doit délocaliser effectivement son domicile fiscal. Il ne s'agit pas pour lui de se déclarer résident d'un autre Etat afin de bénéficier de sa fiscalité avantageuse et de continuer par ailleurs à mener l'ensemble de sa vie sociale, professionnelle et familiale en France. Dans une telle situation, l'Administration fiscale française pourra, si elle parvient à en apporter la preuve, faire valoir que la résidence étrangère déclarée par le contribuable résultait d'une délocalisation fictive constitutive d'une fraude fiscale (Paragraphe 1) sanctionnée sur le plan fiscal mais aussi sur le plan pénal (Paragraphe 2).

#### ***Paragraphe 1 : Les éléments constitutifs de la fraude fiscale***

699. Selon l'article 1741 du CGI ...

*« [...], quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification, soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt, soit qu'il ait organisé son insolvabilité ou mis obstacle par d'autres manœuvres au recouvrement de l'impôt, soit en agissant de toute autre manière frauduleuse, est*

*passible, indépendamment des sanctions fiscales applicables, d'une amende de 500 000 € et d'un emprisonnement de cinq ans ».*

- 700.** Il résulte de cette disposition que le délit de fraude fiscale sera caractérisé lorsque deux éléments sont réunis : un élément matériel – le fait pour un contribuable de se soustraire totalement ou partiellement à l'impôt – (A) et un élément intentionnel – l'intention délibérée de frauder – (B)<sup>392</sup>.

#### *A. L'élément matériel*

- 701.** Concernant l'élément matériel, l'article 1741 du CGI est large puisqu'il fait référence à l'omission de déclarations, la dissimulation de sommes sujettes à l'impôt, l'organisation de son insolvabilité, les obstacles mis au recouvrement de l'impôt ou toutes autres manœuvres frauduleuses.

- 702.** Or, dans le cas exposé ici le contribuable qui se prétendra résident étranger ne fera pas de déclaration en France ou dissimulera des sommes sujettes à l'impôt.

C'est ainsi que la chambre criminelle de la Cour de cassation a par exemple considéré en 1990 que l'abstention systématique d'un contribuable disposant de revenus importants de souscrire, en dépit de mises en demeure, une déclaration de revenus au motif qu'il en était dispensé par la convention franco-suisse impliquait une volonté délibérée de se soustraire à l'établissement et au paiement de l'impôt<sup>393</sup>.

---

<sup>392</sup> D. adm. 13 N-4211 n° 1, 14 juin 1996.

<sup>393</sup> Chambre criminelle de la Cour de cassation, 3 décembre 1990, n° 89-85415, Grillet, RJF 5/91 n° 696.

Nous pouvons également citer, à titre d'exemple, une affaire jugée le 10 juin 1991<sup>394</sup> par la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui avait reconnu le délit de fraude fiscale dans l'hypothèse d'un contribuable qui, se prétendant résident monégasque, avait dissimulé une partie de ses revenus à l'Administration fiscale française alors même qu'il :

*« avait en France le centre de ses intérêts économiques, que s'il conservait des liquidités en Suisse c'est sur le territoire national qu'il réalisait la plupart de ses investissements au besoin avec des capitaux importés, qu'il était propriétaire d'un appartement à Poissy et d'un manoir dans le département de l'Eure, et qu'il détenait des participations dans deux sociétés françaises dirigées par lui-même et son épouse ».*

- 703.** Certes, l'article 1741 du CGI prévoit qu'il n'y aura délit de fraude fiscale, ...  
... « [...] en cas de dissimulation, que si celle-ci excède le dixième de la somme imposable ou le chiffre de 153 euros ».

Toutefois cette exception ne trouvera pas son écho dans le cas qui nous occupe dès lors que pour bénéficier de l'optimisation de l'apport-cession-délocalisation, le contribuable prétendra avoir délocalisé sa résidence fiscale afin de dissimuler l'intégralité de son patrimoine ou, dans tous les cas, des sommes bien plus importantes que 153 euros.

- 704.** Enfin, il est intéressant de noter que le Code général des impôts punit la fraude fiscale mais aussi la tentative de fraude fiscale :

*« [...], quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification [...] »<sup>395</sup>.*

Dans cette hypothèse, l'Administration devra tout de même établir qu'il y a eu un commencement d'exécution<sup>396</sup>.

---

<sup>394</sup> Chambre criminelle de la Cour de cassation, 10 juin 1991, n° 90-83747, BOI-CF-INF-40-10-10-10 n°230, 12-09-2012.

<sup>395</sup> Art 1741 du CGI.

**705.** Dans tous les cas, l'élément matériel doit se doubler d'un élément intentionnel.

### ***B. L'élément intentionnel***

**706.** L'élément matériel doit avoir été réalisé de manière intentionnelle.

Cette preuve de la volonté de frauder est suffisante. Il est de jurisprudence constante que l'existence de manœuvres frauduleuses est indifférente<sup>397</sup>.

Ainsi, il s'agit ici uniquement de démontrer que le contribuable avait connaissance du caractère illicite de l'acte qu'il accomplissait.

**707.** Il résulte de l'article L. 227 du LPF que c'est à l'Administration fiscale puis au Ministère public d'apporter la preuve de la réalisation d'une fraude fiscale :

*« Au cas de poursuites pénales tendant à l'application des articles 1741 et 1743 du code général des impôts, le ministère public et l'administration doivent apporter la preuve du caractère intentionnel soit de la soustraction, soit de la tentative de se soustraire à l'établissement et au paiement des impôts mentionnés par ces articles ».*

**708.** Cette question est d'autant plus importante que la sanction est lourde.

### ***Paragraphe 2 : Une sanction dissuasive***

**709.** Si elle établit la preuve de la fraude, l'Administration transmettra l'affaire à la Commission des infractions fiscales et ce n'est qu'après l'obtention d'un avis conforme de cette dernière qu'elle pourra déposer plainte<sup>398</sup>. Le dossier sera alors étudié par le Tribunal correctionnel dans le ressort duquel l'un quelconque des impôts en cause aurait dû être établi ou acquitté<sup>399</sup>.

---

<sup>396</sup> BOI-CF-INF-40-10-10-10 n°30, 12-09-2012, Notamment Chambre criminelle de la Cour de cassation, 2 avril 1979, n° 78-92534.

<sup>397</sup> BOI-CF-INF-40-10-10-10 n°70, 12-09-2012

<sup>398</sup> Article L. 228 du LPF.

<sup>399</sup> Article L. 231 du LPF.

- 710.** Si le contribuable est jugé coupable, deux types de sanctions seront applicables : des sanctions fiscales (A) et pénales (B).

### *A. Les sanctions fiscales*

- 711.** Tout d'abord, le contribuable devra acquitter l'impôt qui aurait dû être versé au fisc français pendant les trois années qui ont précédé l'année du contrôle au plus<sup>400</sup> majoré d'un intérêt de retard de 0,40 % par mois de retard<sup>401</sup>.
- 712.** Par ailleurs, l'article 1728 du CGI prévoit que le contribuable qui n'a pas rempli ses obligations déclaratives se verra appliquer une majoration de 10 % en l'absence de mise en demeure de déclarer et de 40 % des droits éludés en cas de non réponse à une telle mise en demeure.
- 713.** En outre, toujours au titre des sanctions de nature fiscale, l'article 1729 du CGI prévoit les majorations applicables en cas d'omission dans les déclarations à savoir 40 % en cas de manquement délibéré<sup>402</sup> et 80 % en cas de manœuvres frauduleuses<sup>403</sup> ou en cas d'abus de droit sauf à ce qu'il soit établi que le

---

<sup>400</sup> Article L. 169 du LPF.

<sup>401</sup> Article 1727 du CGI.

<sup>402</sup> Définition du « manquement délibéré » : BOI-CF-INF-10-20-20 n°40, 12-09-2012 : « *Le caractère délibéré du manquement résulte de l'ensemble des éléments de fait de nature à établir que les erreurs, inexactitudes ou omissions commises par le contribuable n'ont pu l'être de bonne foi. Il s'apprécie donc en fonction des circonstances propres à chaque affaire.*

*Dès lors qu'il procède de l'accomplissement conscient d'une infraction, le manquement délibéré est suffisamment établi chaque fois que le service est en mesure de démontrer que l'intéressé a nécessairement eu connaissance des faits ou des situations qui motivent les rehaussements.*

*Le caractère délibéré du manquement peut également être considéré comme établi, chaque fois que le rehaussement porte sur une question de principe ayant déjà fait l'objet, à l'encontre du contribuable, d'une décision administrative non contestée par l'intéressé ou ayant acquis l'autorité de la chose jugée ».*

<sup>403</sup> Définition des « manœuvres frauduleuses » : BOI-CF-INF-10-20-20 n°60, 12-09-2012 : « *Du point de vue fiscal, les manœuvres frauduleuses peuvent être analysées comme consistant dans la mise en œuvre de procédés ayant pour effet soit de faire disparaître ou de réduire la matière imposable, soit d'obtenir de l'État des remboursements injustifiés, lorsque ces procédés ne peuvent être considérés comme des erreurs excusables ou des omissions involontaires, mais sont, au contraire, le résultat d'actes conscients et volontaires destinés à donner l'apparence de la sincérité à des déclarations en réalité inexactes de leurs auteurs et impliquant l'intention d'éluder tout ou partie de l'impôt.*

*La notion de manœuvres frauduleuses recouvre donc deux séries d'éléments :*

- un manquement délibéré : des éléments intentionnels qui sont à la base de toute infraction fiscale commise de façon délibérée et qui consistent dans l'accomplissement conscient de cette infraction ;

contribuable n'a pas eu l'initiative principale des actes constitutifs de l'abus de droit ou n'en a pas été le principal bénéficiaire auquel cas la majoration est ramenée à 40 %.

- 714.** Enfin, la fraude fiscale étant un délit pénal, le contribuable se verra appliquer une sanction pénale.

### *B. Les sanctions pénales*

- 715.** Comme l'indique l'article 1741 du CGI, le contribuable coupable de fraude fiscale est passible, indépendamment des sanctions fiscales, d'une amende de 500 000 euros et d'un emprisonnement de cinq ans.

- 716.** L'amende prévue ici a été considérablement majorée par l'article 15 de la loi 2012-354 du 14 mars 2012. En effet, avant cette réforme l'amende encourue n'était que de 37 500 euros. Cela témoigne de la volonté du pouvoir politique de lutter contre ce type d'opération.

Ainsi que l'indiquait l'exposé des motifs de l'article 7 du projet de première loi de finances rectificative pour 2012<sup>404</sup> à l'origine de cette majoration de la sanction pénale – non revalorisée depuis 1977 –, elle était destinée à :

*« [...] accroître le caractère répressif et dissuasif du dispositif pénal de lutte contre la fraude fiscale ».*

Il s'agit de la peine principale.

Toutefois, ce n'est qu'un maximum et le juge procèdera à la personnalisation de la peine.

---

*- auquel s'ajoute la mise en œuvre de procédés destinés à masquer l'existence de l'infraction ou à la présenter sous la forme d'une opération parfaitement régulière en créant une situation de nature à égarer le service ou à restreindre le pouvoir de contrôle et de vérification de l'administration ».*

<sup>404</sup> Projet de loi de finances rectificative pour 2012 n°4332 présenté au nom de François FILLON, Premier Ministre, par Valérie PÉCRESSE, Ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'État et Porte-parole du Gouvernement, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 8 février 2012.

**717.** Cette disposition doit être combinée avec l'article L. 132-10 du Code pénal selon lequel :

*« Lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour un délit, commet, dans le délai de cinq ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, soit le même délit, soit un délit qui lui est assimilé au regard des règles de la récidive, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé ».*

Il en résulte que si un contribuable commet un délit de fraude fiscale en état de récidive légale, alors les peines principales encourues seront portées à une amende de 1 000 000 euros et 10 ans d'emprisonnement.

Il s'agit là de l'application d'un principe de droit pénal général. Notons que jusqu'à l'intervention de la loi n°2009-526 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures du 12 mai 2009, une sanction particulière était prévu dans cette hypothèse, à savoir 100 000 euros d'amende et 10 ans d'emprisonnement.

**718.** De plus, le législateur a prévu des peines accessoires c'est-à-dire des peines d'application automatique que le juge n'a pas besoin de prononcer. Il s'agit de l'interdiction de participer aux travaux de certaines commissions codifiée à l'article 1753 du CGI<sup>405</sup> qui vise, notamment, la Commission communale des impôts directs ou encore la Commission départementale et nationale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires, ainsi que la déchéance d'avantages résultant d'un agrément fiscal prévue à l'article 1649 nonies A du même code<sup>406</sup>.

**719.** Enfin, des peines complémentaires pourront être prononcées par le juge.

L'article 1741 du CGI prévoit la possibilité d'ordonner la publication du jugement dans le journal officiel de la République française :

*« La juridiction peut, en outre, ordonner l'affichage de la décision prononcée et la diffusion de celle-ci ».*

---

<sup>405</sup> BOI-CF-INF-40-10-10-50 n°170, 12-09-2012.

<sup>406</sup> BOI-CF-INF-40-10-10-50 n°180, 12-09-2012.

Il y a encore quelques années cette peine était obligatoire. En effet, jusqu'au 11 décembre 2010, l'article 1741 du CGI comprenait, en son alinéa 4, la disposition suivante :

*« Le tribunal ordonnera dans tous les cas la publication intégrale ou par extraits des jugements dans le Journal officiel de la République française ainsi que dans les journaux désignés par lui et leur affichage intégral ou par extraits pendant trois mois sur les panneaux réservés à l'affichage des publications officielles de la commune où les contribuables ont leur domicile ainsi que sur la porte extérieure de l'immeuble du ou des établissements professionnels de ces contribuables. Les frais de la publication et de l'affichage dont il s'agit sont intégralement à la charge du condamné ».*

Toutefois, cette disposition a été soumise au Conseil constitutionnel dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité et ce dernier a décidé, le 10 décembre 2010<sup>407</sup>, que cette disposition n'était pas conforme à la Constitution :

*« le juge qui prononce une condamnation pour le délit de fraude fiscale est tenu d'ordonner la publication du jugement de condamnation au Journal officiel ; qu'il doit également ordonner l'affichage du jugement ; qu'il ne peut faire varier la durée de cet affichage fixée à trois mois par la disposition contestée ; qu'il ne peut davantage modifier les modalités de cet affichage prévu, d'une part, sur les panneaux réservés à l'affichage des publications officielles de la commune où les contribuables ont leur domicile et, d'autre part, sur la porte extérieure de l'immeuble du ou des établissements professionnels de ces contribuables ; que, s'il peut décider que la publication et l'affichage seront faits de façon intégrale ou par extraits, cette faculté ne saurait, à elle seule, permettre que soit assuré le respect des exigences qui découlent du principe d'individualisation des peines ; que, dès lors, le quatrième alinéa*

---

<sup>407</sup> Conseil Constitutionnel, 10 décembre 2010, n°2010-72/75/82 QPC, RJF 2/11, n°211.

de l'article 1741 du CGI doit être déclaré contraire à la Constitution ».

D'autres peines complémentaires peuvent être prononcées par le juge comme par exemple la privation des « *droits civiques, civils et de famille* »<sup>408</sup> comme l'indique l'alinéa 3 de l'article 1741 du CGI ou encore l'exclusion des marchés publics.

- 720.** Ainsi, bien que l'opération d'apport-cession repose sur la délocalisation de la résidence fiscale, et donc le départ à l'étranger, le droit interne représente certaines contraintes importantes qu'il ne faut pas négliger sous peine de voir l'Administration fiscale mettre en échec l'optimisation ainsi obtenue.

## **Section 2 : Comment éviter la caractérisation de la fraude fiscale ?**

- 721.** Pour éviter la caractérisation de la fraude fiscale le contribuable devra couper ses liens patrimoniaux (Paragraphe 1) mais aussi administratifs et fiscaux (Paragraphe 2) avec la France. De cette manière, il démontrera que son changement de résidence est effectif et qu'il ne s'agit donc pas d'un déménagement feint dans un objectif fiscal.

### ***Paragraphe 1 : Une rupture patrimoniale avec la France***

- 722.** L'idéal pour limiter les risques de remise en cause du domicile à l'étranger est de pouvoir s'arrêter au premier critère conventionnel étudié plus haut à savoir le foyer permanent d'habitation.
- 723.** Pour se faire, la meilleure solution serait que le contribuable ne dispose plus d'aucune habitation en France. Ceci implique de vendre ses propriétés en France ou de les louer à des tiers, de déménager de manière manifeste et notoire l'ensemble de son mobilier et de ses effets personnels à destination de sa nouvelle résidence principale qui doit quant à elle correspondre au train de vie et au patrimoine du contribuable.

---

<sup>408</sup> Par exemple, le droit de vote ou encore le droit d'exercer la charge de tuteur ou de curateur.

- 724.** Le contribuable doit par ailleurs souscrire l'ensemble des assurances nécessaires pour la couverture de ses biens immobiliers et mobiliers dans son nouveau pays de résidence et y faire immatriculer ses véhicules.
- 725.** Toutefois, il n'est pas toujours aisé de renoncer à son patrimoine immobilier en France notamment quand il s'agit de biens de famille ou que le contribuable a en France un enfant qui y fait ses études par exemple. Dans ces hypothèses, il devra pouvoir démontrer que le centre de ses intérêts vitaux se trouve dans son Etat d'accueil.
- 726.** Pour cela, il faut lui conseiller d'ouvrir des comptes bancaires dans son nouveau pays d'accueil avec les moyens de paiement associés, de prévenir les banques françaises de son nouveau statut de non-résident, de fermer ses plans d'épargne en action qui sont réservés aux résidents français, de transférer la majeure partie de ses actifs financiers dans l'Etat d'accueil.
- 727.** Cette rupture patrimoniale devra s'accompagner d'une rupture administrative et fiscale.

### *Paragraphe 2 : Une rupture administrative et fiscale*

- 728.** Le contribuable doit informer la mairie de son ancienne résidence principale de son changement d'adresse afin d'obtenir un certificat de changement de résidence avec mention de l'état civil.
- 729.** Il doit aussi faire une demande de transfert du courrier auprès de son ancien bureau de poste vers le nouveau pays de résidence.
- 730.** En outre, le contribuable doit demander la radiation de la caisse primaire d'assurance maladie du lieu du domicile en France et contracter une nouvelle couverture sociale à l'étranger. En général, les contribuables français qui déménagent à l'étranger s'inscrivent à la caisse des français de l'étranger.
- 731.** En cas de perception de retraite, il faut prévenir les organismes payeur du nouveau domicile et leur demander d'effectuer les paiements à l'étranger.

- 732.** Par ailleurs, pour les couples mariés, il est opportun de prendre rendez-vous avec un notaire ou, à défaut, avec un professionnel localement compétent afin de s'assurer de la compatibilité de leur régime matrimonial avec les règles locales et des conséquences du changement de domiciliation fiscale.
- 733.** De surcroît, il est recommandé, bien que ce ne soit pas obligatoire, de se faire connaître auprès du consulat français et de s'y faire immatriculer.
- 734.** De la même manière, le contribuable doit se recréer une vie sociale, associative ou encore culturelle dans son pays d'accueil ce qui implique par exemple d'inscrire ses enfants à l'école dans cet Etat ou encore de s'abonner à un club de sport local.
- 735.** En outre, certaines démarches particulières peuvent être nécessaires pour obtenir officiellement la qualité de résident dans l'Etat d'accueil. A titre d'exemple, en Belgique, ce qui déclenche la qualification de résident belge est l'inscription à la commune.
- 736.** Enfin, d'un point de vue fiscal, le contribuable qui s'expatrie doit accomplir un certain nombre de formalités visant à informer les services fiscaux et à acquitter l'impôt restant dû en France au jour du déménagement.

Jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2005, il existait une procédure spéciale nommée procédure du quitus. Elle consistait à solder tous ses comptes avant de partir. Le contribuable devait alors faire une déclaration d'impôt sur le revenu provisoire du 1<sup>er</sup> janvier au jour du départ et payer l'impôt ainsi calculé par chèque de banque. Il obtenait alors son quitus fiscal et pouvait partir. Toutefois, considérée comme contraire à la liberté communautaire de circulation des personnes, cette procédure a été supprimée.

Désormais, la personne qui se délocalise doit simplement informer l'Administration fiscale française de la date du départ par lettre recommandée en indiquant la nouvelle adresse à l'étranger et la date exacte du changement de domiciliation fiscale et sera soumise au même formalisme qu'un résident. Elle devra donc déposer sa déclaration d'impôt sur le revenu en mai de l'année n+1 par

rapport à l'année de son départ à son centre habituel et le dossier sera transféré au centre des non-résidents à Noisy Le Grand.

- 737.** Pour les personnes qui restent propriétaires de biens immobiliers en France, il faut prévenir le centre des impôts fonciers du lieu de situation des biens de la nouvelle adresse à l'étranger et leur demander d'envoyer les taxes foncières à cette adresse.
- 738.** Un dernier conseil doit être donné aux personnes qui s'expatrient : envoyer les courriers informant les différentes administrations, organismes ou encore sociétés en recommandé avec accusé réception afin de leur donner date certaine et en garder une photocopie. De la même manière, il est opportun pour le contribuable de conserver l'ensemble des contrats d'assurance, relevés de comptes et factures – électricité ou encore abonnements de loisir – de nature à démontrer qu'il a bien déménagé et qu'il réside effectivement à sa nouvelle adresse.
- 739.** C'est l'ensemble de ces éléments qui démontrera la réalité du déménagement et la sincérité du contribuable lui évitant ainsi des déboires fiscaux et pénaux.

## Chapitre 2 : L'apport-cession-délocalisation et l'exit tax

- 740.** Puisque c'est par le transfert du domicile fiscal que le contribuable détenteur de titres en forte plus-value modifie la juridiction fiscale compétente, le plus simple pour éviter l'évasion fiscale était de faire perdre son intérêt à la délocalisation. C'est ce qu'a tenté de mettre en place le législateur au travers de l'exit tax.
- 741.** Toutefois, bien que cette mesure soit purement nationale, le législateur français n'est pas exempté de ses obligations et notamment de l'obligation qui lui est faite de respecter le droit national et supranational. C'est d'ailleurs, la non-conformité de l'ancien exit tax au droit de l'Union européenne qui avait conduit le législateur à le supprimer (Section 1). Nous tâcherons donc de déterminer si la nouvelle version de l'exit tax encourt une sanction similaire et dans quelle mesure elle impactera l'opération d'apport-cession-délocalisation (Section 2).

### Section 1 : 1998 : une première tentative d'exit tax

- 742.** Mécanisme d'imposition des plus-values latentes et des plus-values en report d'imposition en cas de départ à l'étranger, (Paragraphe 1), l'exit tax ratéra son examen devant la Cour de justice des Communautés européennes – ci-après CJCE – avant d'être supprimé par la France à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005 (Paragraphe 2).

#### *Paragraphe 1 : Son fonctionnement*

- 743.** Généré par le transfert du domicile hors de France (A), le paiement de l'impôt dû à raison de l'ancien exit tax pouvait toutefois être reporté (B).

#### *A. Le départ à l'étranger comme fait générateur de l'impôt*

- 744.** Créé par l'article 24 de la loi du 30 décembre 1998<sup>409</sup> mais appliqué dès le 9 septembre 1998<sup>410</sup>, l'ancien dispositif d'exit tax prévoyait que le transfert du

---

<sup>409</sup> Article 24 de la loi n°98-1266 du 30 décembre 1998.

domicile fiscal hors de France entraînait l'imposition des plus-values en report d'imposition<sup>411</sup> ainsi que des plus-values latentes<sup>412</sup> relatives à des participations directes ou indirectes supérieures à 25 % des droits dans les bénéfices sociaux de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés<sup>413</sup>.

- 745.** En matière de plus-values latentes, l'exit tax ne s'appliquait qu'aux contribuables qui avaient été fiscalement domiciliés en France pendant au moins six ans au cours des dix dernières années.
- 746.** La plus-value était alors calculée en faisant la différence entre la valeur des titres au jour du transfert du domicile et leur prix ou valeur d'acquisition par le contribuable. Notons qu'en matière de titres cotés, la valeur des droits sociaux correspondait au dernier cours connu à la date du départ hors de France ou à la moyenne des trente cours précédents. En revanche, pour les titres non cotés, il revenait au contribuable d'évaluer la valeur de ses titres à cette date.
- 747.** Si au moment du transfert du domicile fiscal, le contribuable détenait plusieurs participations supérieures au seuil de déclenchement de l'exit tax, les moins-values éventuellement constatées sur ces autres participations pouvaient être imputées. La plus-value pouvait également être diminuée des moins-values de même nature réalisées entre le 1<sup>er</sup> janvier et le départ de France ou au cours des dix années précédentes non encore imputées.
- 748.** Concernant les plus-values dont l'imposition a été reportée, la plus-value devenait, après imputation des moins-values constatées entre le 1<sup>er</sup> janvier et le jour du départ ou antérieurement mais non encore imputées, imposable sans qu'il y ait lieu d'appliquer la condition de durée de domiciliation prévue en matière de plus-values latentes.

---

<sup>410</sup> Date de présentation du projet d'exit tax en Conseil des Ministres.

<sup>411</sup> Article 167, 1 bis ancien du CGI concernant notamment les plus-values reportées sur le fondement de l'ancien article 160, I ter du CGI ou encore de l'ancien article 92 B, II du CGI.

<sup>412</sup> Article 167 bis du CGI.

<sup>413</sup> A un moment quelconque au cours des 5 années précédant le départ de France.

- 749.** De plus, l'article 91 undecies de l'annexe II au CGI mettait des obligations déclaratives à la charge du contribuable quittant la France. Ce dernier devait indiquer l'ensemble de ses plus-values sur une déclaration provisoire spéciale n°2041 GL, annexée à la déclaration provisoire de revenus n°2042 et la déposer au centre des impôts du lieu de sa dernière résidence en France. Les impôts sur les revenus et les plus-values mentionnés sur la déclaration provisoire étaient alors établis et mis en recouvrement dans les plus brefs délais.
- 750.** Ainsi, l'exit tax posait un principe d'imposition immédiate des plus-values latentes et reportées à l'occasion d'un transfert de domicile fiscal hors de France. Toutefois, le paiement de cet impôt pouvait être différé.

### ***B. L'option pour le sursis au paiement de l'impôt***

- 751.** Le législateur national avait prévu un mécanisme destiné à repousser le paiement de l'exit tax (2) dès lors que certaines conditions étaient remplies (1).

#### ***1. Une option conditionnée***

- 752.** Le contribuable avait la faculté de demander que le paiement de l'impôt afférent aux plus-values en report d'imposition et aux plus-values latentes soit différé jusqu'au moment de la transmission, du rachat, du remboursement ou de l'annulation des titres concernés, la notion de transmission comprenant la vente, l'apport, l'échange, la donation entre vifs ou encore la transmission par décès.
- 753.** L'obtention de ce sursis de paiement était conditionnée. Pour pouvoir en bénéficier, le contribuable devait remplir quatre conditions :
- Demander le bénéfice du sursis de paiement,
  - Déclarer les plus-values soumises à l'exit tax. En cas de défaut ou retard de déclaration, le contribuable perdait son droit d'option pour le sursis de paiement. Le contribuable devait réitérer cette déclaration tous les ans et y joindre un état de suivi indiquant le montant de l'impôt pour lequel le sursis n'était pas expiré. A défaut de respect de cette obligation déclarative, le sursis de paiement tombait.

- Désigner un représentant fiscal établi en France,
- Constituer des garanties auprès du comptable du Trésor : une proposition de garantie devait lui être envoyée au plus tard huit jours avant le transfert du domicile fiscal : versement en espèces, caution, nantissements de fonds de commerce ... Le comptable évaluait ces garanties et pouvait les refuser. Dans ce cas, le contribuable pouvait saisir le juge du référé administratif<sup>414</sup>.

**754.** Si toutes ces conditions étaient réunies, le paiement de l'exit tax était différé.

## *2. Un paiement différé*

**755.** En dehors des hypothèses de dégrèvement ou de sanction du non-respect des obligations déclaratives, lorsque ces conditions étaient remplies, l'exigibilité de l'impôt calculé selon ce dispositif était différée jusqu'au moment où les titres étaient transmis à titre onéreux ou gratuit, rachetés, remboursés ou annulés dans la limite de la quote-part des titres concernés par l'opération.

**756.** Concernant l'impôt en sursis de paiement relatif aux plus-values latentes, il fallait distinguer deux hypothèses :

- soit la valeur des titres estimée au jour du départ était inférieure à la valeur des titres à la fin du sursis de paiement. Dans cette hypothèse, la plus-value latente constatée à l'occasion du transfert de domicile fiscal, et donc de l'établissement de l'exit tax, était inférieure à la plus-value véritablement réalisée. L'évènement qui entraînait la fin du sursis de paiement entraînait également le paiement de l'impôt.
- soit la valeur des titres estimée à la date du départ était supérieure à la valeur des titres à fin du sursis de paiement. La plus-value latente estimée à la date du départ était donc supérieure à la plus-value réelle. Ainsi, l'impôt qui avait bénéficié d'un sursis de paiement n'était finalement exigible que dans la limite de la plus-value réelle.

---

<sup>414</sup> Inst. 15 novembre 1999, 5 B-20-99 n° 34 à 36 ; D. adm. 5 B-6322 n° 34 à 36, 1<sup>er</sup> août 2001.

**757.** Or, cet évènement intervenait, par hypothèse, alors que le contribuable était devenu résident étranger.

Donc, afin d'éviter les doubles impositions, l'impôt éventuellement acquitté hors de France, pour peu il s'agisse d'un impôt comparable à l'impôt français c'est-à-dire un impôt personnel assis sur les plus-values de cession de valeurs mobilières ou de droits sociaux calculées à partir de la valeur d'acquisition des titres, était imputable sur l'impôt dû en France.

**758.** Certaines hypothèses de dégrèvements d'office étaient prévues.

C'était le cas, à hauteur des titres encore en la possession du contribuable, de l'impôt afférent aux plus-values en report qui avait bénéficié du sursis de paiement si le contribuable re-transférait son domicile en France. Dans ce cas, le dégrèvement entraînait le rétablissement du report d'imposition. A défaut de sursis de paiement, c'est-à-dire si l'impôt avait été acquitté, cette cause de dégrèvement était inapplicable.

Concernant les plus-values latentes, l'impôt était dégrevé en cas de retour en France dans les 5 ans du départ ou à l'expiration du délai de 5 ans.

**759.** En pratique, cet impôt a eu une durée de vie très limitée. Critiqué, condamné, supprimé avant d'être remis en cause a posteriori, il ne sera finalement appliqué qu'à certains transferts de domicile hors de France réalisés entre le 9 septembre 1998 et le 31 décembre 2004.

### *Paragraphe 2 : Sa critique et sa suppression*

**760.** Si c'est sur le fondement d'une contrariété avec le droit de l'Union européenne que la CJCE a sanctionné l'ancien dispositif français d'exit tax (A), d'autres motifs ont été soulevés par les contribuables au soutien de sa contestation (B).

### *A. La contrariété avec le droit de l'Union Européenne*

**761.** C'est à la suite de la condamnation de l'exit tax pour non-conformité avec la liberté d'établissement prévue à l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – TFUE – (1), que le législateur français a pris la décision de l'abroger (2).

#### *1. Une entrave injustifiée à la liberté d'établissement*

**762.** Il résulte de l'article 49 paragraphe 1 du TFUE, que les Etats ne peuvent, en principe, porter atteinte à la liberté d'établissement des ressortissants des Etats membres :

*« Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre ».*

**763.** Deux éléments doivent être précisés.

Tout d'abord, le paragraphe 2 du même article 49 définit la liberté d'établissement comme étant le droit d'accéder aux activités non salariées et de les exercer ainsi que la possibilité de constituer et de gérer des entreprises dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants. La Cour de justice<sup>415</sup> a précisé à plusieurs reprises que la notion d'établissement implique :

*« L'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans cet Etat pour une durée indéterminée ».*

*« Elle suppose par conséquent une implantation réelle de la société concernée dans l'Etat membre d'accueil et l'exercice d'une activité économique effective dans celui-ci ».*

---

<sup>415</sup> Notamment : CJCE, 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes, C-196/04, point 54, RJF 12/06, n°1644.

En outre, il est de jurisprudence constante que l'interdiction des restrictions enjoint aux Etats membres de traiter de la même manière, en leur appliquant le droit national, leurs propres ressortissants et ceux des autres membres de l'Union européenne.

Mais ce n'est pas tout, toute mesure qui entrave l'établissement des ressortissants dans un autre Etat membre est également contraire à la liberté d'établissement<sup>416</sup>.

- 764.** Ces deux éléments ont fondé la critique de l'exit tax.
- 765.** Le dispositif de l'exit tax s'appliquait aux plus-values en report d'imposition mais également aux plus-values latentes. C'est précisément sur une plus-value de ce type que portait le litige sur lequel s'est prononcé la Cour de justice des Communautés européennes – CJCE – devenue Cour de justice de l'Union européenne – CJUE – le 11 mars 2004<sup>417</sup>.
- 766.** En l'espèce, le contribuable français avait quitté la France le 12 septembre 1998 pour s'installer en Belgique. Il détenait au jour de son départ ou avait détenu au cours des cinq dernières années avant son départ de France des titres donnant droit à plus de 25 % des bénéfices sociaux d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés dont le siège social était en France. La valeur vénale de ces titres étant alors supérieure à leur prix d'acquisition, le contribuable avait été soumis à l'impôt sur les plus-values sur le fondement de l'article 167 bis du CGI.
- 767.** S'opposant à cette imposition, le contribuable forme un recours pour excès de pouvoir contre le décret n° 99-590 du 6 juillet 1999 portant application de l'article 24 de la loi de finances pour 1999<sup>418</sup> en tant qu'il a trait à l'application des dispositions de l'article 167 bis du CGI. Il considère en effet que le dispositif qui en est issu est contraire à la liberté d'aller et venir<sup>419</sup> ainsi qu'à la liberté d'établissement<sup>420</sup>.

---

<sup>416</sup> Notamment : CJCE, 16 juillet 1998, ICI, C-264/96, RJF 11/98, n°1382.

<sup>417</sup> CJCE, 11 mars 2004, C-9/02, De Lasteyrie du Saillant, RJF 5/04, n°588.

<sup>418</sup> Loi n° 98-1266 du 30 décembre 1998.

<sup>419</sup> Article 2 du quatrième protocole additionnel publié par décret n° 74-360 du 3 mai 1974 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et article 12-2 du Pacte

**768.** C'est dans un arrêt De Lasteyrie du Saillant du 14 décembre 2001<sup>421</sup> que le Conseil d'Etat rend sa décision.

**769.** Concernant la liberté d'aller et venir, le Conseil d'Etat a affirmé qu'aucune atteinte n'y était portée par l'exit tax :

*... « Les dispositions de l'article 167 bis du CGI n'ont ni pour objet ni pour effet de soumettre à de quelconques restrictions ou conditions l'exercice effectif de la liberté d'aller et venir ».*

Cela tient à la conception qu'a le juge français de cette liberté. Avec la taxation des plus-values latentes lors de la délocalisation du domicile fiscal, ce n'est pas tant la libre circulation de la personne qui est en jeu que la libre circulation de son patrimoine. C'est sans doute ce qu'a voulu préciser le Conseil d'Etat lorsqu'il a relevé l'absence d'atteinte à « *l'exercice effectif* » de la liberté d'aller et venir. Aussi, dès lors que le fait générateur est le transfert du domicile fiscal et non le déplacement physique du contribuable d'un Etat à un autre, la liberté d'aller et venir n'est pas applicable.

**770.** En revanche, sa position est moins évidente concernant l'atteinte possible à la liberté d'établissement résultant de l'exit tax. A cet égard le Conseil d'Etat exprime ses doutes et pose une question préjudicielle à la CJCE :

*« la question, soulevée par le requérant, de savoir si le principe de la liberté d'établissement posé par l'article 52 du traité CE (devenu, après modification, article 43 CE) s'oppose à ce qu'un Etat membre institue, à des fins de prévention d'un risque*

---

international de New York relatif aux droits civils et politiques, publié par décret n° 81-76 du 29 janvier 1981, Décision n° 79-107 D.C. du 12 juillet 1979, Décision n° 94-352 D.C. du 18 janvier 1995.

<sup>420</sup> Article 43 du Traité instituant la Communauté européenne devenu l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>421</sup> Conseil d'Etat, Ass., 14 décembre 2001, req. N°211341, De Lasteyrie du Saillant ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement Guillaume GOULARD : « *Liberté d'établissement - Le mécanisme d'imposition immédiate des plus-values sur participations substantielles en cas de transfert de domicile à l'étranger est-il compatible avec la liberté d'établissement ?* », Droit fiscal, n°12, 20 Mars 2002, comm. 255.

Voir notamment : Eric MEIER et Bernard BOUTEMY : « *Taxation des plus-values lors du transfert du domicile fiscal hors de France : l'exit tax poussée vers la sortie ?* », Les Petites affiches, 4 mars 2002, n°45, pages 13 et suivantes.

d'évasion fiscale, un mécanisme d'imposition des plus-values en cas de transfert du domicile fiscal, tel que celui décrit ci-dessus, présente une difficulté sérieuse ».

771. C'est finalement dans l'arrêt De Lasteyrie du Saillant du 11 mars 2004<sup>422</sup> que la CJCE répondra à cette question. Comme à son habitude, son raisonnement se décompose en deux étapes : la constatation d'une entrave à la liberté d'établissement (a) et l'étude de son caractère proportionné ou non (b).

#### **a. Une entrave à la liberté d'établissement**

772. La CJCE indique que :

« [...] l'interdiction pour les États membres d'établir des restrictions à la liberté d'établissement s'applique également aux dispositions fiscales. En effet, selon une jurisprudence constante, si, en l'état actuel du droit communautaire, la matière des impôts directs ne relève pas en tant que telle du domaine de la compétence de la Communauté, il n'en reste pas moins que les États membres doivent exercer leurs compétences retenues dans le respect du droit [...].

En l'occurrence, même si l'article 167 bis du CGI n'interdit pas à un contribuable français d'exercer son droit d'établissement, cette disposition est néanmoins de nature à restreindre l'exercice

---

<sup>422</sup> CJCE, 11 mars 2004, C-9/02, De Lasteyrie du Saillant, RJF 5/04, n°588, Conclusions de l'Avocat général Jean MISCHO : « *Le dispositif de l'exit tax est-il compatible avec le principe communautaire de la liberté d'établissement ?* », BDCF 5/04, n°69.

Voir notamment :

Bruno GOUTHIÈRE : « *L'exit tax déclarée contraire au droit communautaire* », Feuilles rapides fiscaux Francis Lefebvre 21/04, n°11.

Jean GROUX : « *L'exit tax de l'article 167 bis du CGI, mise à mal par la Cour de justice de Luxembourg, a-t-elle encore un avenir ?* », Bulletin fiscal Francis Lefebvre 5/04.

Laurent OLLEON : « *Exit l'exit tax* », Revue de jurisprudence fiscale 5/04, pages 347 et suivantes.

Eve d'ONORIO DI-MEO : « *L'exit tax à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes* », Fiscalité européenne et Droit international des affaires, n°136, 2004, et « *L'article 167 bis du CGI condamné par le droit communautaire* », Bulletin Joly des Sociétés, 1<sup>er</sup> mai 2004, n°5, pages 692 et suivantes.

de ce droit en ayant, à tout le moins, un effet dissuasif à l'égard des contribuables qui souhaitent s'installer dans un autre État membre ».

- 773.** Ainsi, bien que le dispositif national n'empêche pas matériellement les contribuables français détenteurs de plus-values latentes de s'expatrier, il crée une différence de situation entre le contribuable demeurant en France – dont les plus-values ne sont pas immédiatement imposées – et le contribuable qui s'expatrie – dont les plus-values sont imposées à l'occasion du départ.
- 774.** Comme cela a été exposé précédemment, l'article 167 bis du CGI prévoyait un dispositif permettant au contribuable de demander un sursis de paiement.

Selon la CJCE, la constitution d'une garantie, dans la mesure où elle conditionne l'obtention du sursis de paiement, constitue en elle-même une restriction à la liberté d'établissement :

*« [...] bien qu'il soit possible de bénéficier d'un sursis de paiement, celui-ci n'est pas automatique et il est soumis à des conditions strictes [...], au nombre desquelles figure notamment la constitution de garanties. Ces garanties comportent par elles-mêmes un effet restrictif, dans la mesure où elles privent le contribuable de la jouissance du patrimoine donné en garantie ».*

Le remplacement du paiement de l'impôt par la mobilisation d'une partie du patrimoine en garantie de la dette fiscale du contribuable vis-à-vis de l'Administration fiscale française aboutit finalement à une restriction similaire.

- 775.** Ainsi, l'exit tax apportait une restriction à la liberté d'établissement telle que consacrée par la jurisprudence communautaire. Toutefois, cette constatation ne suffit pas à déclarer une disposition contraire aux libertés de circulation garanties par le droit de l'Union européenne.
- En effet, une mesure susceptible d'entraver les libertés de circulation – et notamment la liberté d'établissement – peut être admise sous réserve qu'elle

poursuive un objectif légitime compatible avec le traité et qu'elle soit justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général.

***b. L'absence de justification à cette entrave***

- 776.** Preuve de l'importance de la question de l'appréhension des exit tax par la CJCE pour l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne – cette décision pouvant impacter d'autres droits nationaux – plusieurs Etats vont intervenir au soutien de la France.
- 777.** En effet, les Gouvernements danois, allemand et néerlandais ont fait valoir que l'article 167 bis du CGI était justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général et proportionné au but poursuivi.
- 778.** En premier lieu, le Gouvernement danois invoque la protection contre l'érosion fiscale de la base d'imposition. La Cour rappelle ici une jurisprudence constante selon laquelle la réduction des recettes fiscales ne saurait être considérée comme une raison impérieuse d'intérêt général pouvant être invoquée pour justifier une mesure en principe contraire à une liberté fondamentale.

Il ne s'agit là que d'une raison économique ce dont il résulte que :

*« [...] le simple manque à gagner subi par un État membre du fait du transfert du domicile fiscal d'un contribuable dans un autre État membre, dans lequel la réglementation fiscale est différente et, le cas échéant, plus avantageuse pour ce contribuable, ne saurait en soi justifier une restriction du droit d'établissement »<sup>423</sup>.*

- 779.** Ensuite, le Gouvernement allemand fait valoir, que l'article 167 bis du CGI est fondé sur la répartition du pouvoir fiscal entre l'« État de départ » et l'« État de destination ». La Cour écarte cet argument en indiquant que le litige ne porte pas sur la répartition du pouvoir d'imposition entre États membres, mais sur la

---

<sup>423</sup> Points 59 et 60.

question de la conformité du dispositif aux exigences de la liberté d'établissement<sup>424</sup>.

**780.** Le Gouvernement néerlandais relève lui que ce dispositif est nécessaire pour garantir la cohérence du régime fiscal national. La CJCE refuse cet argument en considérant que le régime fiscal prévu à l'article 167 bis du CGI ne vise qu'à prévenir les transferts temporaires de domicile hors de France motivés exclusivement par des raisons fiscales. Il en résulte qu'il ne semble pas avoir pour objectif d'assurer, de manière générale, l'imposition des plus-values, en cas de transfert du domicile d'un contribuable hors de France<sup>425</sup>.

**781.** Enfin, le Gouvernement français, appuyé par l'Etat allemand, prétendait que le dispositif visait à éviter l'évasion fiscale. En effet, si le simple fait de transférer son domicile fiscal à l'étranger ne peut en lui-même constituer une fraude fiscale, il faut tout de même admettre que l'exercice de la liberté d'établissement doit répondre à un objectif économique à savoir participer à l'économie de l'Etat dans lequel le contribuable transfère son domicile fiscal. Or, quitter un Etat pour bénéficier des modalités d'imposition des plus-values dans l'Etat d'accueil puis revenir une fois ce but atteint est loin de correspondre à cette philosophie.

**782.** Cependant, si la lutte contre ce type de départs temporaires était l'intention du législateur français quand il a mis en place l'article 167 bis du CGI, la Cour constate que la rédaction du dispositif ne permet pas de cibler ces opérations et crée une présomption générale de fraude déclenchée par le transfert du domicile fiscal hors de France contraire à la liberté d'établissement dans la mesure où elle n'était pas proportionnée.

L'ancien article 167 bis du CGI excédait donc ce qui était nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi.

La Cour indique qu'un mécanisme plus directement ciblé sur l'opération du transfert temporaire du domicile fiscal hors de France dans un but exclusivement

---

<sup>424</sup> Point 68.

<sup>425</sup> Points 61 à 67.

fiscal serait davantage proportionné à l'objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales :

*« L'objectif envisagé, à savoir empêcher qu'un redevable ne transfère temporairement son domicile fiscal avant de céder des titres mobiliers dans le seul but d'éluider le paiement de l'impôt sur les plus-values dû en France, peut être atteint par des mesures moins contraignantes ou moins restrictives de la liberté d'établissement, ayant trait spécifiquement au risque d'un tel transfert temporaire »<sup>426</sup>.*

Ainsi, la CJCE n'était pas totalement fermée au mécanisme de l'exit tax. Elle s'efforçait simplement de concilier une liberté fondamentale, la liberté d'établissement, avec un objectif d'intérêt général, la lutte contre l'évasion fiscale, en rappelant le principe suivant lequel l'entrave à la liberté d'établissement doit être proportionnée.

**783.** Prenant acte de cette réponse à sa question préjudicielle, le Conseil d'Etat a statué en faveur de l'annulation du décret d'application de l'exit tax dans son arrêt du 10 novembre 2004<sup>427</sup> :

*« [le contribuable] est fondé à soutenir que les dispositions de l'article 167 bis du CGI, issues de l'article 24 de la loi de finances pour 1999 du 30 décembre 1998, sont inapplicables à ceux des contribuables qu'elles visent qui, exerçant la liberté d'établissement, transfèrent dans un autre Etat membre de la*

<sup>426</sup> Points 50 à 57.

<sup>427</sup> Conseil d'Etat, 10 novembre 2004, n°211341, De Lasteyrie du Saillant, RJF 2/05, n°135 ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement Stéphane VERCLYTTE : « *Quelles conséquences faut-il tirer de la censure par la CJCE du dispositif « d'exit tax » ?* », BDCF 2/05, n°17.

Voir notamment :

Philippe JUILHARD : « *L'exit tax : vers une mort lente ?* », Option finance, 29 novembre 2004, n°810, pages 24 et 25.

Thierry LAMBERT : « *L'exit tax : suite et fin* », Les Petites Affiches, 1<sup>er</sup> août 2005, n°151, pages 14 et suivantes.

Jean-Luc PIERRE : « *Transfert du domicile fiscal d'une personne physique hors de France* », Note sous Conseil d'Etat, neuvième et dixième sous-section, 10 novembre 2004, De Lasteyrie du Saillant, requête numéro 211341, Droit des sociétés, n°1, Janvier 2005, comm. 20

*Communauté européenne leur domicile fiscal, et est donc fondé, par ce moyen, à demander l'annulation pour excès de pouvoir des dispositions du décret n° 99-590 du 6 juillet 1999 en tant qu'elles ont trait à l'application à ces contribuables des dispositions dudit article 167 bis du CGI ».*

**784.** Cette jurisprudence a été confirmée dans une décision « N » du 7 septembre 2006<sup>428</sup>. La CJCE a considéré ici que le dispositif néerlandais, très proche de l'exit tax français, était constitutif d'une entrave à la liberté d'établissement disproportionnée tant au regard des conditions de constitution de la garantie que de l'absence de prise en compte des moins-values éventuellement réalisées après le départ de France.

Toutefois, à la suite de l'arrêt De Lasteyrie du Saillant, cette réglementation néerlandaise a été modifiée sur ces deux points de sorte que désormais, l'exit tax néerlandais n'encourrait plus les mêmes critiques de la part de la Cour.

**785.** Le législateur français aurait pu réagir de la même manière et adapter son exit tax aux critiques formulées par la CJCE en ciblant, notamment, la lutte contre les montages artificiels à but exclusivement fiscal visant à s'expatrier temporairement. Mais ce n'est pas la solution retenue par la France : l'exit tax a simplement été supprimé.

## ***2. Le choix de la suppression***

**786.** Contrairement au législateur néerlandais qui a pris le parti d'adapter son dispositif d'exit tax afin de s'assurer de sa conformité avec le droit communautaire, le législateur français a simplement abrogé les dispositions des articles 167, 1 bis et 167 bis du CGI avec effet à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005<sup>429</sup>.

---

<sup>428</sup> CJCE, 7 septembre 2006, affaire C-470/04, « N », RJF 11/06, n°1481.

<sup>429</sup> Article 19 de la loi de finances pour 2005, n°2004-1484 du 30 décembre 2004.

Guillaume GOULARD : « *Que reste-t-il de l'exit tax ?* », Droit fiscal, n°28, 14 juillet 2005, 26.

- 787.** Ainsi, l'article 61 de la loi du 30 décembre 2005<sup>430</sup> a prévu le dégrèvement d'office de l'impôt qui avait été établi sur les plus-values latentes ainsi que le rétablissement des reports d'imposition pour les contribuables qui avaient transféré leur domicile fiscal dans un Etat membre de l'Union européenne, ou dans un autre Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention fiscale qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscales avant le 1<sup>er</sup> janvier 2005<sup>431</sup>.
- 788.** Toutefois, plusieurs conditions devaient être remplies : le contribuable devait demander le dégrèvement et les titres afférents aux plus-values en report d'imposition devaient être encore dans son patrimoine au 1<sup>er</sup> janvier 2006. Dès lors, les garanties étaient levées, les frais de constitution de ces dernières pouvaient être remboursés et le report d'imposition était rétabli.
- 789.** L'idée était de remettre le contribuable protégé par la liberté d'établissement dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le législateur n'avait pas créé l'exit tax.
- 790.** Notons que pour les contribuables qui n'avaient pas transféré leur domicile dans un Etat de l'Union européenne ou dans un Etat de l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative destinée à lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, le dispositif était supprimé pour l'avenir mais aucune disposition ne venait corriger les cas dans lesquels le dispositif avait déjà été appliqué de sorte que ces contribuables ont recherché d'autres fondements susceptibles de faire échec à l'exit tax.

### ***B. Une critique posthume multiforme***

- 791.** Si la sanction de l'exit tax sur le fondement de la liberté d'établissement a été étendue aux cas de plus-values dont l'imposition était reportée (1), ce fondement ne pouvait pas, en tant que tel, être invoqué par les contribuables ayant transféré

---

<sup>430</sup> Article 61 de la loi n°2005-1720 du 30 décembre 2005.

<sup>431</sup> L'ancienne version de l'exit tax s'est appliquée jusqu'au 31 décembre 2004.

leur domicile fiscal dans un Etat tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen ayant conclu une convention d'assistance administrative visant à lutter contre la fraude et l'évasion fiscales. Ils ont donc dû appuyer leurs contestations sur d'autres fondements (2).

***1. Les délocalisations au sein de l'Union européenne : une extension de la jurisprudence De Lasteyrie du Saillant aux plus-values en report d'imposition***

**792.** Dans l'affaire De Lasteyrie du Saillant qui vient d'être développée, était en jeu une plus-value latente. Or, comme nous l'avons indiqué, l'exit tax s'appliquait également aux plus-values en report d'imposition. La question se posait donc de savoir si la solution De Lasteyrie du Saillant pouvait être transposée aux hypothèses d'application de l'exit tax à des plus-values dont l'imposition avait été reportée.

**793.** En effet, contrairement à l'exit tax applicable aux plus-values latentes qui conduisait à l'imposition d'un gain virtuel, l'exit tax applicable aux plus-values en report d'imposition se limitait à anticiper le fait générateur de l'impôt, en général constitué par la cession des titres reçus en échange de l'apport à l'origine du report.

Il s'agissait donc de déterminer si cette anticipation ne devait pas, elle aussi, être regardée comme contraire à la liberté d'établissement<sup>432</sup>.

---

<sup>432</sup> Voir notamment : Eric GINTER : « *La fin des plus-values en report ?* », Option Finance, n°1064, 15 février 2010, page 37.

**794.** Le Conseil d'Etat a considéré le 28 mai 2004<sup>433</sup> qu'il existait un doute sérieux quant au bien-fondé de l'imposition d'une plus-value en report d'imposition sur le fondement de l'exit tax et à sa compatibilité avec la liberté d'établissement :

*« [...] apparaît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux sur le bien-fondé de l'imposition le moyen tiré de ce que l'application des dispositions précitées des articles 92 B II et 167 du code général des impôts à un contribuable qui, comme en l'espèce, ayant demandé le report d'imposition des plus-values réalisées à l'occasion d'un échange de titres, a transféré son domicile fiscal hors de France postérieurement à cet échange et avant de procéder à la cession des titres reçus lors de cet échange, aboutirait à faire supporter à ce contribuable, dans certains cas, une charge fiscale plus lourde que celle à laquelle il aurait été soumis s'il avait conservé son domicile fiscal en France, et serait dans cette mesure contraire au principe de liberté d'établissement posé par l'article 52 du traité CE (devenu, après modification, article 43 CE<sup>434</sup>) ».*

**795.** Cette solution a été confirmée dans une affaire M. et Mme Mathieu du 1<sup>er</sup> février 2012<sup>435</sup>.

En l'espèce, les époux Mathieu avaient réalisé des plus-values pour un montant d'un peu plus de 57 millions d'euros à l'occasion d'opérations d'échange de titres en 1998. Ces plus-values avaient été placées en report d'imposition à leur demande. Le 24 octobre 1998, ils avaient transféré leur domicile fiscal en Belgique et s'étaient vu appliquer l'exit tax à cette occasion.

---

<sup>433</sup> Conseil d'Etat, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> sous-sections, 28 mai 2004, n° 261289, Lassus, RJF 8-9, n°948 ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement François SENERS : « *Un référé suspension peut-il être présenté après le rejet par l'administration de la réclamation préalable du contribuable ?* » BDCF 8-9/04, n°111.

<sup>434</sup> Désormais article 49 TFUE.

<sup>435</sup> Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> sous-sections, 1<sup>er</sup> février 2012, n° 330006, M. et Mme Mathieu, RJF 4/12, n°363.

Voir notamment : Revue de Droit fiscal : « *Taxation immédiate, lors du transfert de domicile hors de France, des plus-values en report d'imposition (CGI, art. 167, 1 bis) : 1° Incompatibilité avec la liberté d'établissement – 2° Dégrèvement ne faisant pas obstacle, sous réserve de la prescription, au rétablissement de l'impôt au titre de l'année au cours de laquelle prend fin le report d'imposition* », n°20, 17 mai 2012, comm. 297.

Comme dans l'affaire De Lasteyrie du Saillant, le juge a statué en deux étapes.

Dans un premier temps, il constate que dans la mesure où en l'absence de transfert du domicile fiscal, le fait générateur de l'imposition des plus-values en report ne serait intervenu qu'à la date de l'événement mettant fin à ce report, le contribuable qui transférerait son domicile fiscal hors de France était soumis à un traitement désavantageux par rapport au contribuable qui maintenait son domicile en France. Aussi, l'exit tax consacrait bien une restriction à la liberté d'établissement.

Dans un second temps, le Conseil d'Etat rappelle qu'une entrave à la liberté d'établissement peut être admise si elle poursuit un objectif légitime compatible avec le Traité, qu'elle est justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général et que son application permet de garantir l'objectif poursuivi sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour y parvenir. Or, comme dans l'arrêt De Lasteyrie du Saillant, le Conseil d'Etat indique que si le contribuable pouvait bien bénéficier d'un sursis de paiement, celui-ci n'était pas automatique et était soumis à des conditions strictes, parmi lesquelles la constitution de garanties propres à caractériser une atteinte disproportionnée à la liberté d'établissement.

Aussi, comme en matière de plus-value latentes, l'exit tax applicable aux plus-values en report d'imposition a été jugé non conforme au droit de l'Union européenne.

- 796.** Les contribuables protégés par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou l'Accord sur l'Espace économique européen concernant les Etat avec lesquels la France avait signé une convention d'assistance administrative n'avaient donc rien à craindre de l'exit tax. Qu'en était-il des autres contribuables ?

***2. Les délocalisations dans un Etat tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative tendant à lutter contre la fraude et l'évasion fiscales : un dispositif jugé conforme au droit positif***

- 797.** Pour les résidents français partis s'installer dans des Etats de l'Union européenne ou dans des Etats de l'Espace économique européen ayant conclu une convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative permettant la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, l'arrêt De Lasteyrie du Saillant a sonné la fin de l'exit tax et, sous réserve que certaines conditions soient remplies, un dispositif<sup>436</sup> a été mis en place afin de les remettre dans la situation qui aurait été la leur si ce dispositif ne leur avait jamais été appliqué.
- 798.** Pour les résidents nationaux partis s'installer dans d'autres Etats, la situation est un peu différente. Certes, l'exit tax a été supprimé pour l'avenir à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2005. Toutefois, cette suppression s'appuie sur la non-conformité de l'exit tax à la liberté d'établissement édictée par l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, fondement dont ils ne peuvent pas bénéficier. Aussi, les exit tax appliqués entre le 9 septembre 1998 et le 31 décembre 2004 demeuraient.
- 799.** Pour tenter d'obtenir la remise en cause de l'exit tax qui leur avait été appliqué, ces contribuables ont tenté de le contester sur d'autres fondements à savoir les conventions fiscales internationales d'élimination des doubles impositions (a), la liberté de circulation des capitaux (b), l'Accord de Luxembourg du 21 juin 1999 (c) le Traité franco-suisse du 23 février 1882 (d) et l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (e).

---

<sup>436</sup> Article 61 de la loi du 30 décembre 2005 précité.

### *a. Les conventions fiscales internationales*

- 800.** L'affaire Daumen du 21 novembre 2012<sup>437</sup> nous éclaire sur ce point. En l'espèce, les époux ont transféré leur domicile fiscal en Suisse le 20 septembre 1998. Ils ont notamment déclaré une plus-value sur des titres pour un montant de 29 741 334 francs. A la suite de l'examen de leur situation fiscale personnelle, l'Administration fiscale française leur a notifié un rehaussement du montant de la plus-value constatée pour un montant de 111 536 453 francs au titre de l'année 1998. Les époux ont alors demandé la réduction des cotisations d'impôt sur le revenu et de contributions sociales auxquelles ils avaient été assujettis. Toutefois, leur demande a été rejetée par le Tribunal administratif de Paris le 3 juillet 2008 ainsi que par la Cour administrative d'appel de Paris le 31 décembre 2010<sup>438</sup>. Les contribuables ont porté l'affaire devant le Conseil d'Etat.
- 801.** Ils invoquaient plusieurs moyens au soutien de leur demande et notamment une contrariété de l'exit tax à la convention fiscale franco-suisse tendant à l'élimination des doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu et d'impôt sur la fortune du 9 septembre 1966.
- 802.** Selon eux, la Cour administrative d'appel de Paris avait commis une erreur de droit en décidant qu'ils n'étaient :
- « [...] pas fondés à soutenir que l'article 15 de la convention fiscale franco-suisse faisait obstacle à l'imposition des plus-values constatées lors de leur départ de France » ;* alors même qu'ils étaient résidents suisse depuis plusieurs années au jour de la cession des titres.
- 803.** Cependant, leur pourvoi a été rejeté par le Conseil d'Etat qui a considéré que l'article 15 de la convention franco-suisse ne faisait pas obstacle à l'imposition

---

<sup>437</sup> Conseil d'Etat, 21 novembre 2012, n°347223, Daumen, RJF 2/13, n°164 ; Conclusions du Rapporteur public Vincent DAUMAS : « *L'ancienne exit tax (avant le 1-1-2005) était-elle conventionnellement applicable en cas de transfert du domicile fiscal en Suisse ?* » BDCF 2/13, n°20.

<sup>438</sup> Cour administrative d'appel de Paris, 31 décembre 2010, n° 08PA04109, 9<sup>e</sup> ch., Daumen, Légifrance.

résultant du dispositif d'exit tax français<sup>439</sup>. Plus précisément, le Conseil d'Etat a jugé que :

*« [...] les stipulations de l'article 15 de la convention précitée [...] ne sauraient faire obstacle à ce qu'une personne ayant son domicile fiscal en France soit imposée sur les plus-values constatées lorsqu'elle transfère son domicile fiscal hors de France ; [...] par suite, M. et Mme A qui, en application du 4 de l'article 4 de cette même convention, conservaient la qualité de résidents en France jusqu'à l'expiration du jour où s'est accompli le transfert de leur domicile en Suisse, ne sont pas fondés à soutenir que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que l'article 15 de la convention fiscale franco-suisse ne faisait pas obstacle à l'imposition de la plus-value en litige ».*

**804.** Pour statuer ainsi, le Conseil d'Etat se fonde sur l'article 15 précité mais également sur l'article 4 paragraphe 4 de la convention franco-suisse selon lequel :

*« Lorsqu'une personne physique a transféré définitivement son domicile d'un Etat contractant dans l'autre, elle cesse d'être assujettie dans le premier Etat aux impôts pour lesquels le domicile fait règle dès l'expiration du jour où s'est accompli le transfert de domicile. L'assujettissement aux impôts pour lesquels le domicile fait règle commence dans l'autre Etat à compter de la même date ».*

Cet article délimite précisément le moment à compter duquel une personne n'est plus résidente d'un Etat et lui lie les conditions d'assujettissement aux impôts nationaux. Or, l'exit tax a été établi alors que le contribuable était résident français, élément que les requérants ne contestaient pas. Le Conseil d'Etat en a déduit une absence de contrariété du dispositif français d'exit tax dans son ancienne version à la convention fiscale franco-suisse.

---

<sup>439</sup> Le juge administratif a statué en ce sens à plusieurs reprises et notamment dans le jugement du Tribunal administratif de Montreuil du 10 mars 2011, n°0907034, M. Christian P, RJF 12/11, n°1300, ou encore dans l'arrêt de la deuxième chambre de la Cour administrative d'appel de Paris, 1<sup>er</sup> février 2012, n° 10PA01518, Coutre.

Cette solution a été confirmée par le Conseil d'Etat dans trois décisions du 29 avril 2013 Rodriguez<sup>440</sup>, Coutre<sup>441</sup> et Picart<sup>442</sup>. Dans ces trois affaires, la contestation s'appuyait également sur la convention franco-suisse.

- 805.** Cette solution implique-t-elle une compatibilité de l'exit tax avec l'ensemble des conventions fiscales ?

Le Conseil d'Etat fonde cette décision explicitement sur le paragraphe 4 de l'article 4 de la convention franco-suisse. Or, cet article n'est pas issu de la convention modèle OCDE, il s'agit d'une particularité issue des négociations entre la France et la Suisse.

La convention modèle OCDE donne une définition de la résidence mais ne précise pas ainsi le moment du transfert de domicile et ses conséquences au regard de l'assujettissement aux impôts nationaux et de la répartition du droit d'imposition.

- 806.** La solution aurait sans doute été moins aisée si la convention fiscale franco-suisse avait repris la convention modèle OCDE sur ce point. Dans cette hypothèse, il nous semble que l'exit tax aurait pu être interprété comme contraire à la répartition du droit d'imposer négociée entre les Etats, norme conventionnelle primant sur le droit national au regard de l'article 55 de la Constitution française<sup>443</sup>.

### ***b. La liberté de circulation des capitaux***

- 807.** La liberté de circulation des capitaux est garantie par le paragraphe 1 de l'article 63 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dans les termes suivants :

*« Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites ».*

---

<sup>440</sup> Conseil d'Etat, 29 avril 2013, n° 357574, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Rodriguez, RJF 7/13, n°729.

<sup>441</sup> Conseil d'Etat, 29 avril 2013, n°357575, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Coutre, RJF 7/13, n°729.

<sup>442</sup> Conseil d'Etat, 29 avril 2013, n°357576, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Picart, RJF 7/13, n°729.

<sup>443</sup> Article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

**808.** Si le Traité prévoit effectivement l'interdiction des restrictions aux mouvements de capitaux, il ne les définit pas. Il est donc revenu à la Cour de justice de fixer cette définition. Pour cela, elle s'est appuyée sur la nomenclature annexée à la Directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 à laquelle elle reconnaît une valeur indicative<sup>444</sup>. Sur cette base, la Cour a défini les mouvements de capitaux comme des investissements directs, cette notion faisant référence aux :

*« [...] investissements de toute nature auxquels procèdent les personnes physiques ou morales et qui servent à créer ou à maintenir des relations durables et directes entre le bailleur de fonds et l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue de l'exercice d'une activité économique »<sup>445</sup>.*

**809.** Une particularité de la liberté de circulation des capitaux doit être indiquée ici. Cette liberté est une des grandes libertés de circulation posées par le droit de l'Union européenne. Aussi, au même titre que la liberté d'établissement, elle ne devrait pouvoir être invoquée qu'entre les Etats membres. Toutefois, son champ d'application est plus étendu. En effet, cette liberté s'applique également à l'égard des Etats tiers comme le précise l'article 63 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

*« [...] entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers [...] ».*

**810.** C'est pourquoi d'anciens résidents français partis s'installer en Suisse ont pu invoquer une contrariété à cette liberté au soutien de leur demande de décharge de l'exit tax. C'est ce qu'ont fait les contribuables dans l'affaire Daumen précitée<sup>446</sup>.

---

<sup>444</sup> CJCE, 12 décembre 2006, C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, point 180, RJF 3/07, n°375.

<sup>445</sup> CJCE, 12 décembre. 2006, C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, point 181, RJF 3/07, n°375.

<sup>446</sup> Conseil d'Etat, 21 novembre 2012, n°347223, Daumen, RJF 2/13, n°164 ; Conclusions du Rapporteur public Vincent DAUMAS : *« L'ancienne exit tax (avant le 1-1-2005) était-elle conventionnellement applicable en cas de transfert du domicile fiscal en Suisse ? »* BDCF 2/13, n°20.

Voir notamment :

Editions Lexbase : *« Ancienne « exit tax » : conformité à la libre circulation des capitaux, au principe de sécurité juridique »*, n°507, 29 novembre 2012, n° LXB : N4610BTW.

- 811.** Comme le rappelle le Rapporteur public Vincent DAUMAS<sup>447</sup> dans ses conclusions sur l'arrêt, les époux Daumen invoquaient trois arguments au soutien de leur demande.
- 812.** Tout d'abord, ils faisaient valoir que la contrariété d'une législation avec l'une des libertés de circulation aboutissait à une contrariété avec l'ensemble des libertés de circulation. Il en résultait que l'exit tax ayant été jugé contraire à la liberté d'établissement, il était également contraire à la liberté de circulation des capitaux. En conséquence, bien que partis s'installer dans un Etat tiers à l'Union européenne, les époux Daumen pensaient pouvoir opposer les libertés de circulation à l'Administration fiscale française.
- Toutefois, cet argument semble contraire à la logique même de l'institution de plusieurs libertés de circulation. Le législateur et la jurisprudence de l'Union européenne ont pris la peine de créer et d'encadrer des libertés qui tendent à protéger des intérêts distincts. En outre, la liberté d'établissement et la liberté de circulation des capitaux ont des champs d'application différents, la première étant applicable entre Etats membres, tandis que la liberté de circulation de capitaux s'applique également aux Etats tiers. Cet argument ne semble donc pas fondé.
- 813.** Ensuite, ils considéraient qu'en imposant les plus-values à l'occasion du départ de France, l'Etat français privait le contribuable d'une partie de ses potentialités d'investissement, le paiement de l'impôt ayant entraîné une baisse de ses liquidités disponibles.

---

Revue de Droit fiscal : « *L'exit tax (CGI, art. 167 bis ancien) ne méconnaissait pas le droit au respect des biens garanti par l'article 1er du protocole additionnel n° 1 à la Convention EDH* », n°6, 7 février 2013, comm. 145

<sup>447</sup> Conclusions du Rapporteur public Vincent DAUMAS : « *L'ancienne exit tax (avant le 1-1-2005) était-elle conventionnellement applicable en cas de transfert du domicile fiscal en Suisse ?* » BDCF 2/13, n°20.

Accorder du crédit à cet argument aurait signifié renier le concept même de l'impôt caractérisé par l'accomplissement d'un prélèvement qui, par définition, empiète sur la capital disponible des contribuables. La définition de l'impôt donnée par Gaston JEZE rappelle cette caractéristique de base. Selon ce dernier, l'impôt est :

*« Une prestation pécuniaire requise des particuliers par voie d'autorité, à titre définitif, et sans contrepartie, en vue de la couverture des charges publiques »<sup>448</sup>.*

- 814.** Enfin, les requérants faisaient valoir que les contribuables seraient davantage enclins à investir dans leur Etat de résidence. Par conséquent, en décourageant, par l'imposition, l'établissement dans un autre Etat, l'exit tax aurait entravé de manière indirecte la liberté de circulation des capitaux.

Mais là encore, des champs d'applications différents ont été prévus pour ces deux libertés. Tirer de la propension des contribuables à investir dans leur Etat de résidence, une entrave à la liberté de circulation des capitaux reviendrait à tirer de toute contrariété à la liberté d'établissement, une entrave à la liberté de circulation des capitaux. Il en résulterait, selon cette logique, une application indirecte de la liberté d'établissement aux rapports avec les Etats tiers.

En outre, une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne considère que lorsqu'un effet restrictif sur la liberté de circulation des capitaux résulte de manière inéluctable d'une entrave à une autre liberté – et notamment à la liberté d'établissement – c'est au regard de cette liberté et non de la liberté de circulation des capitaux que la législation contestée doit être étudiée<sup>449</sup>. Ce même principe est applicable lorsque la seule liberté invocable par les contribuables est la liberté de circulation des capitaux<sup>450</sup>, c'est-à-dire, notamment, dans le cas où le droit de l'Union européenne n'est en principe pas applicable, cas des époux Daumen.

Or, en l'espèce, l'entrave éventuelle à la liberté de circulation des capitaux résultait en réalité d'une entrave à la liberté d'établissement inapplicable à des

---

<sup>448</sup> Gaston JEZE, « *Cours de finances publiques* », LGDJ, 1936.

<sup>449</sup> Exemple : CJCE, 10 mai 2007, C-492/04, Lasertec.

<sup>450</sup> Exemple : CJCE, 10 mai 2007, C-492/04, Lasertec.

ressortissants français partis s'installer dans un Etat non membre de l'Union européenne.

En conséquence, l'exit tax ne pouvait pas être sanctionné au regard de la liberté de circulation des capitaux.

*c. L'Accord de Luxembourg du 21 juin 1999*

**815.** La Communauté européenne et les Etat membres d'une part et la Confédération suisse d'autre part, ont signé l'Accord de Luxembourg le 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes, ce dernier étant entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002.

**816.** La première page de cet Accord révèle les éléments qui ont motivés les parties contractantes à le conclure. Elles indiquent être :

*« convaincu[e]s que la liberté des personnes de circuler sur les territoires des parties contractantes constitue un élément important pour le développement harmonieux de leurs relations, [et] décidé[e]s à réaliser la libre circulation des personnes entre eux en s'appuyant sur les dispositions en application dans la Communauté européenne ».*

**817.** Les parties s'engagent donc à préserver la liberté de circulation des personnes en prenant appui sur le droit de l'Union européenne.

**818.** Outre cette « *déclaration d'intention* », plusieurs dispositions de l'Accord pouvaient être interprétées comme favorables à la remise en cause de l'exit tax pour des particuliers partis vivre en Suisse entre le 9 septembre 1998 et le 31 décembre 2004 par transposition de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative à l'exit tax.

**819.** Tout d'abord, l'article 1<sup>er</sup> de cet Accord indique que ce dernier a notamment pour objectif :

*« D'accorder un droit d'entrée, de séjour, d'accès à une activité économique salariée, d'établissement en tant qu'indépendant et le droit de demeurer sur le territoire des parties contractantes ».*

**820.** Ensuite, l'article 4 garantit le droit de séjour et d'accès à une activité économique :

*« Le droit de séjour et d'accès à une activité économique est garanti sous réserve des dispositions de l'article 10 et conformément aux dispositions de l'annexe I ».*

**821.** L'article 6 prévoit quant à lui un droit de séjour en dehors du cadre de l'exercice d'une activité économique :

*« Le droit de séjour sur le territoire d'une partie contractante est garanti aux personnes n'exerçant pas d'activité économique selon les dispositions de l'annexe I relatives aux non actifs ».*

**822.** Enfin, l'article 16 paragraphe 1 dispose :

*« (1) Pour atteindre les objectifs visés par le présent accord, les parties contractantes prendront toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalant à ceux contenus dans les actes juridiques de la Communauté européenne auxquels il est fait référence trouvent application dans leurs relations ».*

**823.** Isolément, ces dispositions auraient pu laisser penser à la possibilité pour les anciens résidents français soumis à l'exit tax à l'occasion de leur départ en Suisse de faire valoir l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatif à la liberté d'établissement ainsi que la jurisprudence De Lasteyrie du Saillant.

**824.** Toutefois, d'autres éléments étaient de nature à tempérer ces prétentions.

En effet, le paragraphe 2 de l'article 16 précise que s'il doit être tenu compte de la jurisprudence pertinente de la CJUE dès lors qu'une notion de droit de l'Union européenne est en jeu, cela ne vaut de manière automatique que dans la limite des décisions antérieures à la signature de l'accord, c'est-à-dire au 21 juin 1999. Or, la jurisprudence De Lasteyrie du Saillant à l'origine de l'abrogation de l'ancienne version de l'exit tax date du 11 mars 2004. Il convient donc ici de se référer au second paragraphe de l'article 16 qui prévoit que la jurisprudence de la CJUE postérieure à la signature de l'Accord sera communiquée à la Suisse et que si l'une

des parties contractantes le souhaite, elle pourra saisir un Comité mixte qui déterminera les implications de cette jurisprudence dans les relations entre elles. L'application de la jurisprudence postérieure à la signature de l'Accord n'est donc pas automatique.

En outre, le paragraphe 3 de l'article 21 prévoit la possibilité de mettre en place des dispositions visant la lutte contre l'évasion fiscale, objectif poursuivi par l'exit tax :

*« Aucune disposition du présent accord ne fait obstacle à l'adoption ou l'application par les parties contractantes d'une mesure destinée à assurer l'imposition, le paiement et le recouvrement effectif des impôts ou à éviter l'évasion fiscale conformément aux dispositions de la législation fiscale nationale d'une partie contractante ou aux accords visant à éviter la double imposition liant la Suisse, d'une part, et un ou plusieurs Etats membres de la Communauté européenne, d'autre part, ou d'autres arrangements fiscaux. »*

C'est précisément, en se basant sur l'article 21 que le Tribunal administratif de Montreuil a considéré le 10 mars 2011<sup>451</sup> que l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne pouvait pas être invoqué par des contribuables transférant leur domicile fiscal en Suisse dans la mesure où il autorise la mise en place d'une mesure en droit interne visant à permettre l'imposition et à éviter l'évasion fiscale.

---

<sup>451</sup> Tribunal administratif de Montreuil, 10 mars 2011, n° 0907034, RJF 12/11, n°1300.

Voir notamment : Revue de Droit fiscal : « *Sélection de jugements des tribunaux administratifs* », n°38, 22 septembre 2011, 511.

**825.** La Cour administrative d'appel de Paris statue dans le même sens le 1<sup>er</sup> février 2012<sup>452</sup>. Elle indique à cette occasion que l'Accord n'instaure pas la transposition du Droit de l'Union européenne aux situations de départs de résidents français en Suisse. Plus précisément ses articles 1<sup>er</sup>, 4, 6 et 16 :

*« [...] ne renvoie au Traité instituant la Communauté européenne dans aucune de ses stipulations ou annexes, n'a ni pour objet, ni pour effet d'étendre aux ressortissants de l'Union européenne s'installant en Suisse le principe garanti par l'article 43 dudit Traité ».*

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a rendu son arrêt le 29 avril 2013<sup>453</sup>. En l'espèce, la requérante invoquait l'article 4 de l'accord relatif au droit de séjour et d'accès à une activité économique sans toutefois indiquer si elle comptait exercer une activité de cet ordre. Le Conseil a donc considéré que :

*« qu'eu égard à l'argumentation qui lui a été soumise et alors que la requérante ne précisait pas si elle entendait exercer une activité économique en application de l'article 4 de l'accord et de son annexe I, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en écartant le moyen tiré de ce que l'article 167 bis du CGI, soumettant un contribuable résident de France transférant son domicile fiscal en Suisse à l'imposition des plus-values latentes constatées lors de ce transfert, méconnaîtrait les articles 1, 4, 6 et 16 de cet accord en ce que, comme le soutient la requérante, ces stipulations garantiraient le principe de la liberté d'établissement ».*

---

<sup>452</sup> Cour administrative d'appel de Paris, 1<sup>er</sup> février 2012, n° 10PA01518, Coutre.

Voir notamment : Jean-Luc PIERRE : « *Transfert du domicile d'une personne physique hors de France* », Note sous Cour administrative d'appel de Paris, 2<sup>e</sup> ch., 1<sup>er</sup> février 2012, n°10PA01518, Coutre, Droit des sociétés, n°8, Août 2012, comm. 155.

<sup>453</sup> Conseil d'Etat, 29 avril 2013, n° 357575, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Coutre, RJF 7/13, n°729.

Voir notamment :

Emilie BOKDAM-TOGNETTI : « *Portée et limites des exit tax : quelques enseignements jurisprudentiels* », Revue de jurisprudence fiscale 2013, 7/13, 1er juillet 2013, pages 611 et suivantes.

Aussi, constatant l'absence de caractérisation de l'activité économique qui sous-tend l'application de l'article 4 de l'accord, le Conseil d'Etat écarte l'argument. Il ne statue donc pas véritablement sur l'éventuelle contrariété de l'ancien exit tax à cet article<sup>454</sup>.

Toutefois, comme nous l'avons noté précédemment, l'article 21 paragraphe 3 de l'Accord prévoit expressément la possibilité de mettre en œuvre des dispositifs nationaux motivés par la volonté de lutter contre l'évasion fiscale, de sorte qu'il nous semble que l'ancien exit tax aurait pu être jugé conforme à l'Accord y compris si l'activité économique avait été démontrée par la requérante.

- 826.** Par ailleurs, dans un arrêt Picart<sup>455</sup> du même jour, le Conseil d'Etat a statué sur la compatibilité de l'ancien exit tax à l'article 6 de l'Accord concernant le droit de séjour en dehors de l'exercice d'une activité économique. Il a ainsi considéré que les articles 1<sup>er</sup> et 6 de l'Accord ne peuvent être invoqués à l'encontre de l'exit tax : ces derniers :

*« [...] ne contiennent aucune stipulation faisant obstacle à l'application de l'article 167 bis du CGI à un contribuable qui, n'exerçant pas d'activité économique, transfère son domicile fiscal en Suisse ».*

- 827.** Enfin, concernant les modalités d'application de l'arrêt De Lasteyrie du Saillant dans le cadre de l'article 16, la Cour administrative d'appel de Versailles précise, dans un arrêt Chailleux<sup>456</sup> du 3 avril 2012, que cette jurisprudence a été rendue

---

<sup>454</sup> Solution similaire retenue dans l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat, 29 avril 2013, n°357576, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Picart, RJF 7/13, n°729.

<sup>455</sup> Conseil d'Etat, 29 avril 2013, n°357576, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Picart, RJF 7/13, n°729.

Voir notamment :

Emilie BOKDAM-TOGNETTI : « *Portée et limites des exit tax : quelques enseignements jurisprudentiels* », Revue de jurisprudence fiscale 2013, 7/13, 1er juillet 2013, pages 611 et suivantes.

Franck LE MENEC : « *Exit tax (régime ancien) et transfert du domicile fiscal en Suisse* », Droit fiscal, n°27, 4 juillet 2013, comm. 361.

<sup>456</sup> Cour administrative d'appel de Versailles, 3 avril 2012, n°10VE04147, 3<sup>e</sup> ch., Chailleux, RJF 12/12, n°1125.

postérieurement à la signature de l'Accord et que le Comité mixte n'ayant pas été saisi pour déterminer les conséquences de cette jurisprudence, elle ne pouvait donner lieu à une contestation de l'exit tax dans ce cadre :

*« si, en vertu des stipulations du 2. de l'article 16 de cet accord, cette décision a été communiquée à la Suisse, il ne résulte pas de l'instruction que la Suisse ou la France ont demandé au Comité mixte de déterminer les implications de cette jurisprudence en vue d'assurer le bon fonctionnement de l'accord ; qu'en l'absence de saisine dudit Comité et, par voie de conséquence, de détermination par lui des implications de la jurisprudence précitée de la Cour de justice, " l'accord de Luxembourg " ne faisait pas obstacle, dans les circonstances de l'espèce, à la faculté, pour la France, de mettre en œuvre la " taxe à la sortie " instituée à l'article 167 bis du code général des impôts, dès lors qu'il ne résulte pas de l'instruction que cette taxe est contraire à un arrêt de la Cour de justice rendu antérieurement au 21 juin 1999 ».*

Enfin, à cet égard, des arrêts Coutre<sup>457</sup> et Picart<sup>458</sup> du 29 avril 2013 rappellent les limites de la transposition du droit de l'Union européenne, aux départs en Suisse dans le cadre de cet accord :

*« le paragraphe 1 de l'article 16 de cet accord n'a pas pour effet de rendre applicables toutes les dispositions du droit de l'Union mais est limité aux droits et obligations qui découlent des actes du droit dérivé de l'Union mentionnés à l'annexe de ce même accord ; que le paragraphe 2 de l'article 16 ne permet d'invoquer la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de signature de l'accord que lorsque son application « implique des notions du droit communautaire » ».*

---

<sup>457</sup> Conseil d'Etat, 29 avril 2013, n° 357575, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Coutre, RJF 7/13, n°729.

<sup>458</sup> Conseil d'Etat, 29 avril 2013, n°357576, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Picart, RJF 7/13, n°729.

- 828.** Il résulte de tout cela que l'Accord ne Luxembourg ne permettait pas la transposition du droit et de la jurisprudence de l'Union européenne relatifs à l'exit tax au cas d'un contribuable français délocalisant son domicile fiscal en Suisse, ce dont il résulte que cet Accord ne s'opposait pas au droit de l'Administration française d'appliquer son exit tax.

***d. Le Traité franco-suisse du 23 février 1882 sur  
l'établissement des français en Suisse et des suisses en  
France***

- 829.** Par ce traité, entré en vigueur le 16 mai 1882, le Conseil fédéral de la Confédération suisse et le Gouvernement français ont établi des règles visant à déterminer les conditions auxquelles sera soumis l'établissement des Français en Suisse et des Suisses en France.

- 830.** L'article 6 de ce traité met en place une clause de la nation la plus favorisée :

*« Tout avantage que l'une des parties contractantes aurait concédé ou pourrait encore concéder à l'avenir, d'une manière quelconque, à une autre puissance, en ce qui concerne l'établissement des citoyens et l'exercice des professions industrielles, sera applicable, de la même manière et à la même époque, à l'autre partie, sans qu'il soit nécessaire de faire une convention spéciale à cet effet ».*

- 831.** Dans le cadre de leur contestation de l'ancienne version de l'exit tax, des contribuables français déménageant en Suisse ont tenté d'invoquer cet article afin de se voir appliquer la liberté d'établissement inscrite à l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et, en conséquence, d'exclure l'application de l'exit tax.

- 832.** Cette question a été jugée par la Cour administrative d'appel de Paris dans l'affaire Billon le 16 décembre 2010<sup>459</sup> relative à un exit tax portant sur une plus-value en

---

<sup>459</sup> Cour administrative d'appel de Paris, 16 décembre 2010, n° 08PA05885, Billon, RJF 5/11, n°582.

report. Après avoir rappelé l'article précité, la Cour statue dans les termes suivants :

*« [Les stipulations de l'accord] ne visent que l'application, par chacun des Etats signataires de l'accord, de la clause de la nation la plus favorisée aux ressortissants de l'autre Etat signataire et non les mesures prises par l'un des Etat vis-à-vis de ses propres ressortissants ».*

Un pourvoi a été formé par les époux Billon contre cet arrêt mais ce dernier a été rejeté par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 19 septembre 2011<sup>460</sup>.

**833.** Cette solution a été confirmée et précisée dans l'arrêt Daumen<sup>461</sup> déjà cité :

*« [...] ces stipulations visent à ce que les avantages concédés par la France pour l'établissement en France de citoyens de pays autres que la Suisse doivent être accordés aux citoyens suisses s'installant en France et, réciproquement, s'agissant de citoyens français s'installant en Suisse ; qu'elles n'ont pas pour objet d'aligner le traitement des ressortissants français s'installant en Suisse avec celui dont bénéficient ceux s'installant dans un Etat membre de l'Union européenne ».*

Les juges font ici une application stricte de l'article 6 de l'accord. Ce dernier indique bien son destinataire : « l'autre partie ».

Autrement dit, par cette stipulation, les Etats s'engagent à accorder aux nationaux de l'autre Etat, désireux de transférer leur domicile fiscal dans sur leur territoire, le même traitement que celui qu'ils accorderaient à un ressortissant d'un Etat non partie à cet accord. En revanche, aucune des stipulations de ce traité n'enjoint à la France d'appliquer à ses propres ressortissants déménageant en Suisse le même traitement fiscal que celui qu'elle applique aux ressortissants français s'installant dans un autre Etat de l'Union européenne.

---

<sup>460</sup> Conseil d'Etat, 19 septembre 2011, n°346012, 3° s.-s., Billon, RJF 12/11, n°1351.

<sup>461</sup> Conseil d'Etat, 21 novembre 2012, n°347223, Daumen, RJF 2/13, n°164 ; Conclusions du Rapporteur public Vincent DAUMAS : « L'ancienne exit tax (avant le 1-1-2005) était-elle conventionnellement applicable en cas de transfert du domicile fiscal en Suisse ? » BDCF 2/13, n°20.

- 834.** L'article 6 du traité franco-suisse ne permettait donc pas aux résidents français ayant transféré leur domicile fiscal en Suisse de se prévaloir de l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ni de la jurisprudence De Lasteyrie du Saillant.
- 835.** Reste un argument invoqué par les contribuables : l'éventuelle contrariété de l'ancien exit tax à l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

***e. L'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales***

- 836.** L'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel garantit le droit au respect de ses biens :

*« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ».*

Le second alinéa pose une limite à ce droit puisqu'il précise que :

*« Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».*

- 837.** A titre préliminaire, il convient d'indiquer que le Conseil d'Etat<sup>462</sup> comme la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales<sup>463</sup> (Ci-après CEDH) ont tous deux consacré l'applicabilité de cette disposition à la matière fiscale. Reste à déterminer l'influence exacte de cette disposition.

---

<sup>462</sup> Conseil d'Etat, 5 octobre 1988, n°81012, Montaignac, RJF 12/88, n°1374.

<sup>463</sup> CEDH, 23 octobre 1990, n° 11581/85, Darby c/ Suède, HUDOC.

**838.** La notion de « *bien* » s'apprécie ici de manière complètement autonome<sup>464</sup>. Il ne s'agit pas uniquement de biens corporels, mais également de valeurs patrimoniales. Plus précisément, sont considérés comme des biens au sens de l'article 1<sup>er</sup>, les créances :

« [...] *en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une "espérance légitime" d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété* »<sup>465</sup>.

Ainsi, l'espérance légitime, et non la seule espérance, peut créer un droit dont le contribuable doit pouvoir demander la protection. Il importe dès lors de distinguer l'espérance légitime de l'espoir non générateur de droit.

**839.** Il découle de la jurisprudence de la CEDH que la légitimité de l'espérance résulte de l'existence d'une base interne suffisante. C'est l'arrêt *Kopecný c/ Slovaquie*<sup>466</sup> qui a systématisé cette notion dans les termes suivants :

« [...] *lorsque l'intérêt patrimonial concerné est de l'ordre de la créance, il ne peut être considéré comme une "valeur patrimoniale" que lorsqu'il a une base suffisante en droit interne, par exemple lorsqu'il est confirmé par une jurisprudence bien établie des tribunaux* ».

Par exemple, le Conseil d'Etat s'est fondé sur une jurisprudence établie pour reconnaître l'existence d'une espérance légitime dans un arrêt du 21 octobre 2011 *SNC Peugeot Citroën Mulhouse*<sup>467</sup>.

**840.** Autrement dit, des éléments stables issus du droit interne ont indiqué au contribuable qu'il pouvait raisonnablement espérer obtenir un avantage. Mais avant que cette espérance ne se concrétise, le contribuable a vu ses attentes anéanties. La perspective de propriété lui a échappé. Il en résulte que l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel ne trouve pas à s'appliquer lorsqu'une loi se

---

<sup>464</sup> CEDH, 19 juin 2008, n° 12045/06, *Ichtigiaroglou c/ Grèce*, HUDOC.

<sup>465</sup> CEDH, 27 novembre 2007, n° 21861/03, *Hamer c/ Belgique*, HUDOC.

<sup>466</sup> CEDH, 28 septembre 2004, n° 44912/98, *Kopecny c/ Slovaquie*, HUDOC.

<sup>467</sup> Conseil d'Etat, 21 octobre 2011 n° 314767, *min. c/ SNC Peugeot Citroën Mulhouse*, RJF 1/12, n° 37.

contente de disposer pour l'avenir<sup>468</sup>. A l'inverse, il ne fait pas de doute qu'une loi rétroactive entre dans le champ d'application de l'article 1<sup>er</sup>. Le Conseil d'Etat l'a précisé à plusieurs reprises et notamment dans l'arrêt précité min. c/ SNC Peugeot Citroën Mulhouse du 21 octobre 2011. En revanche, le Conseil d'Etat n'avait jamais été saisi d'une affaire concernant une loi rétrospective. C'est chose faite avec l'arrêt min c/ Société EPI du 9 mai 2012<sup>469</sup>.

- 841.** Dans cette affaire était en jeu un crédit d'impôt créé par la loi de finances pour 1998 et codifié à l'article 220 octies du CGI. Ce crédit d'impôt était égal à une somme forfaitaire multipliée par la variation de l'effectif salarié d'une année sur l'autre et était initialement destiné à s'appliquer pendant trois ans. Cependant, l'article 23 de la loi de finances pour 2000 est venu supprimer le dispositif pour les années 1999 et 2000. Aussi, alors qu'elle avait effectivement augmenté ses effectifs salariés au cours de l'année 1999, la société EPI se trouvait privée du crédit d'impôt correspondant.

---

<sup>468</sup> Conseil d'Etat, 2 juin 2010, n° 318014, Fondation de France, RJF 8-9/10, n°872 ; Conclusions du Rapporteur public Nathalie ESCAUT : « *Les conditions d'entrée en vigueur de la suppression de l'avoir fiscal ont-elles privé les personnes morales d'une « espérance légitime » de « bien » au sens de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la convention EDH ?* », BDCF 8-9/10, n°97.

<sup>469</sup> Conseil d'Etat, plén. fisc., 9 mai 2012, n° 308996, min. c/ Sté EPI, RJF 7/12, n°786 ; Conclusions du Rapporteur public Julien BOUCHER : « *Dans le cas d'un crédit d'impôt à caractère incitatif institué pour une période déterminée, la remise en cause du dispositif avant le terme de la période constitue-t-elle une ingérence de l'Etat dans le droit au respect d'un « bien » au sens de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la convention EDH ?* », BDCF 7/12, n°93.

Voir notamment :

Agnès ANGOTTI et Florence MARTINET : « *Conseil d'Etat et Cour de cassation, juges de l'impôt : étude comparative (introduction générale et premier volet). – La fiscalité européenne et constitutionnelle ou « la théorie des lasagnes »* », Droit fiscal, n°42, 18 octobre 2012, 480.

Stéphane AUSTRY : « *La « petite rétroactivité » est-elle compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme ?* », Feuilles Rapides Fiscaux Francis Lefebvre, 28/2012, n° 14.

Ludovic AYRAULT : « *Droit fiscal européen des droits de l'homme : chronique de l'année 2012* », Droit fiscal, n°9, 28 février 2013, 177.

Stanislas VAILHEN : « *Rétroactivité de la loi fiscale : les remords valent mieux que les regrets – Questions à Stanislas Vailhen* », Hebdo édition fiscale, n°519, 14 mars 2013, n° LXB : N6072BT3.

- 842.** Conformément à la rédaction de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel énoncé plus haut, le Conseil d'Etat va raisonner en deux temps :
- Dans un premier temps, il va rechercher si une espérance légitime pouvait être née chez la société EPI,
  - Dans un second temps, il va s'attacher à déterminer si un motif d'intérêt général était de nature à justifier le non-respect de cette espérance légitime.

- 843.** Pour considérer que l'espérance légitime était caractérisée, le Conseil d'Etat s'appuie sur un faisceau d'indices. Il relève ainsi que l'essentiel du dispositif était fixé dès l'entrée en vigueur de la loi de finances pour 1998, qu'il avait été conçu pour s'appliquer pendant trois années au cours desquelles il était donc possible d'escompter en bénéficiaire et qu'il avait été prévu de solder les crédits et débits d'impôt à l'issue de la période de trois ans et non à la fin de chaque année. Aussi, le Conseil d'Etat conclut que :

*« [...] ce dispositif de crédit d'impôt était de nature à laisser espérer son application sur l'ensemble de la période prévue, contrairement à d'autres mesures fiscales adoptées sans limitation de durée ».*

- 844.** Restait ensuite à déterminer si un motif d'intérêt général pouvait faire échec à l'espérance légitime du contribuable :

*« si les stipulations de l'article 1er du premier protocole ne font en principe pas obstacle à ce que le législateur adopte de nouvelles dispositions remettant en cause, fût-ce de manière rétroactive, des droits patrimoniaux découlant de lois en vigueur, ayant le caractère d'un bien au sens de ces stipulations, c'est à la condition de ménager un juste équilibre entre l'atteinte portée à ces droits et les motifs d'intérêt général susceptibles de la justifier ».*

Ainsi, le Conseil d'Etat confirme l'applicabilité de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole aux hypothèses de rétroactivité fiscale : une loi rétroactive ne peut porter atteinte à une espérance légitime à moins qu'elle ne soit justifiée par un motif d'intérêt général.

Précisément, le Conseil d'Etat a ici considéré que l'Administration fiscale, qui invoquait notamment la volonté de lutter contre l'effet d'aubaine, n'avait pas caractérisé de motif d'intérêt général. Aussi, en jugeant que la suppression rétrospective du crédit d'impôt était disproportionnée faute de motif d'intérêt général susceptible de la justifier, la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur de droit, ni inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis.

**845.** Une question se pose : quelle est la portée de cet arrêt ?

Certes, le Conseil d'Etat statue en faveur de l'applicabilité de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel aux lois seulement rétroactives. Toutefois, il précise que :

*« [...] ce dispositif de crédit d'impôt était de nature à laisser espérer son application sur l'ensemble de la période prévue, contrairement à d'autres mesures fiscales adoptées sans limitation de durée ».*

Cela implique-t-il que la limitation de durée est une condition de la reconnaissance de l'existence d'une espérance légitime en matière de lois rétroactives ?

Si la réponse est négative, cet article pourrait – et il conviendra dès lors de vérifier que les autres conditions sont par ailleurs remplies – fonder un recours contre l'exit tax.

Si la réponse à cette question est positive, l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole ne pourrait fonder une contestation de la rétroactivité de l'exit tax.

**846.** Il semble que la réponse à cette question soit positive : avec cet arrêt, le Conseil d'Etat a, pour l'heure, limité la portée de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel en matière de lois rétroactives.

Plus encore, la limitation de durée ne semble pas pouvoir être considérée comme entraînant nécessairement une espérance légitime. En effet, le Conseil d'Etat ajoutait qu'il ne saurait être soutenu, eu égard aux informations délivrées au public au cours de l'année 1999, que :

*« les entreprises qui escomptaient bénéficier d'un crédit d'impôt pour les emplois créés au cours de l'année 1999 avaient été avisées de la suppression du dispositif à temps pour qu'elles puissent adapter leur comportement à cette suppression, la loi de*

*finances la décidant ayant été définitivement adoptée le 21 décembre 1999 ».*

Aussi, à l'inverse, si les contribuables avaient été informés suffisamment tôt pour adapter leur comportement à cette réforme, il est probable que le juge n'aurait pas reconnu l'espérance légitime.

L'arrêt EPI ne semble donc pas poser un principe général transposable à toutes les mesures rétrospectives.

- 847.** Cette délimitation précise de l'applicabilité de l'article 1<sup>er</sup> à certaines mesures rétrospectives circonscrites semble confortée par l'arrêt Daumen rendu le 21 novembre 2012<sup>470</sup>.

Dans cette affaire, un contribuable invoquait une contrariété de l'ancien exit tax, rétrospectif, à cette disposition. En l'espèce, le Conseil d'Etat n'a pas transposé la jurisprudence Min c/ Société EPI et a considéré que :

*« [...] la circonstance que de telles plus-values n'étaient auparavant pas imposées ne peut être regardée comme constituant un bien au sens de l'article 1er du premier protocole ; que, dès lors, les contribuables ne pouvaient se prévaloir d'aucune espérance légitime de ne pas être imposés en France à raison des plus-values " latentes " constatées à la date du transfert de leur domicile fiscal hors de France ».*

Ainsi, le juge n'a pas étendu à la création d'un impôt rétrospectif la jurisprudence qu'il avait établi quelques mois auparavant sur la suppression d'un avantage fiscal rétrospectif.

L'ancien dispositif d'exit tax ne pouvait donc pas être contesté sur le fondement de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel.

- 848.** Cette solution semble assez logique. Si la réalisation d'investissements dans le but d'obtenir un avantage fiscal en contrepartie peut être considérée comme génératrice d'une obligation de stabilité du législateur vis-à-vis du contribuable, il

---

<sup>470</sup> Voir notamment : Revue de Droit fiscal : « L'exit tax (CGI, art. 167 bis ancien) ne méconnaissait pas le droit au respect des biens garanti par l'article 1er du protocole additionnel n° 1 à la Convention EDH », n°6, 7 février 2013, comm. 145.

n'en va pas de même dans l'hypothèse de la création d'un nouveau dispositif fiscal. Dans la première hypothèse, le législateur peut être considéré comme ayant pris un engagement vis-à-vis du contribuable, dans la seconde, il ne fait, en principe, que remplir la mission de création de la norme juridique qui lui a été confiée par la Constitution.

- 849.** Enfin, cette solution s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui avait notamment indiqué à l'occasion d'une affaire SCI résidence Dauphine du 30 novembre 1994<sup>471</sup> :

« la suppression d'une exonération fiscale ne saurait être regardée comme portant par elle-même atteinte au respect des biens au sens de l'article 1<sup>er</sup> de ce protocole ».

- 850.** En conclusion, les contribuables ont tenté, par de nombreux moyens d'échapper, à l'exit tax dans son ancienne version avec plus ou moins de succès. Plus précisément, c'est le droit de l'Union européenne qui a apporté le plus grand écho à leurs contestations. C'est sur cette base que le dispositif français a été sanctionné puis supprimé. Il sera intéressant de vérifier si la nouvelle version de l'exit tax pourrait être plus résistante à ces contestations et si de nouvelles critiques ne pourraient pas être formulées à son encontre.

---

<sup>471</sup> Conseil d'Etat, 30 novembre 1994, n° 128516, 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.-s. ; SCI Résidence Dauphine, RJF 1/1995, n°132 ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement Giles BACHELIER : « *Suppression rétroactive d'une exonération temporaire de la taxe foncière sur les propriétés bâties. Examen au regard du droit au respect des biens et du principe de non-discrimination prévus par la convention européenne des droits de l'homme ; inapplicabilité des principes généraux du droit communautaire* », RJF 1/1995, pages 9 et suivantes.

## Section 2 : 2011 : la résurgence d'un exit tax modifié

**851.** Parce qu'il vise la conciliation de plusieurs intérêts, à savoir la recherche de compatibilité avec le droit de l'Union européenne et de l'Espace économique européen, les conventions fiscales internationales, le respect du droit national et la lutte contre l'évasion fiscale, le nouveau dispositif d'exit tax s'avère particulièrement complexe (Paragraphe 1). En outre, malgré les efforts du législateur, il semble que plusieurs points pourraient justifier sa remise en cause (Paragraphe 2).

### *Paragraphe 1 : Un nouveau dispositif complexe*

**852.** Après avoir présenté les principales caractéristiques du nouveau dispositif d'exit tax<sup>472</sup> (A), nous tenterons d'en évaluer les conséquences sur l'opération d'optimisation qu'est l'apport-cession-délocalisation (B).

---

<sup>472</sup> Articles relatifs au nouveau dispositif d'exit tax :

Gauthier BLANLUET, Philippe NEAU-LEDUC, Cécile LOUIS-LUCAS, Franck LE MENTEC : « *La réforme de la fiscalité du patrimoine : premières analyses – l'exit tax* », Droit et Patrimoine 2011, n°206.

Bruno GOUTHIÈRE : « *Transfert du domicile fiscal hors de France : attention à l'exit tax* », Actualités fiscales Francis Lefebvre, 6 octobre 2011 et « *L'exit tax* », Analyses Experts – La newsletter fiscale, Editions EFE, n°58, Mars 2012.

Daniel GUTMANN : « *Exit tax : le projet gouvernemental* », Option Finance, n°1125, 16 mai 2011, pages 20 et 21 et « *Les réformes de la fiscalité du patrimoine : orientations générales et problèmes d'application* », Répertoire du Notariat Defrénois, n°18, 30 octobre 2011, pages 1459 à 1465.

Hugues LETELLIER : « *La nouvelle fiscalité française du patrimoine après la loi de finances rectificative pour 2011* », Gazette du Palais, 6 août 2011, n°218, pages 9 et suivantes.

Renaud MORTIER : « *Fiscalité du patrimoine : chronique de l'année 2011* », Droit fiscal, n°9, 1er mars 2012, 160.

Eric PICHET : « *La réforme de la fiscalité patrimoniale de 2011 : sa logique, ses risques, ses coûts* », Droit fiscal, n°22, 2 juin 2011, 367, ou encore « *La réforme de la fiscalité patrimoniale de 2011 : réévaluation après l'épreuve parlementaire* », Eric Pichet, Revue de Droit fiscal, n°30, 28 juillet 2011, 438.

Jean-Luc PIERRE : « *Transfert de domicile d'une personne physique hors de France* », Droit des sociétés, n°10, Octobre 2011, comm. 183 ou encore « *Dernières lois fiscales* », Droit des sociétés, n°3, Mars 2012, étude 5.

Frédérique PERROTIN : « *Transfert du domicile fiscal hors de France et exit tax* », Les Petites affiches, 2 avril 2012, n°66, page 3 et suivantes.

### *A. Le fonctionnement du nouvel exit tax*

- 853.** En vertu de l'article 167 bis du CGI, le transfert de domicile fiscal hors de France entraîne l'imposition immédiate des plus-values latentes, des plus-values bénéficiant d'un report d'imposition ainsi que des créances de complément de prix de cession de titres à recevoir en application d'une clause d'indexation<sup>473</sup> (1). Cependant, un sursis de paiement – optionnel ou automatique selon les hypothèses – permettra de décaler l'exécution de l'obligation fiscale au jour de l'expiration du sursis de paiement et des hypothèses de dégrèvements ou de restitutions permettront même parfois de supprimer partiellement ou totalement cette obligation fiscale (2).
- 854.** Pour appréhender les conséquences de la délocalisation du domicile fiscal il convient donc de distinguer trois périodes distinctes, à savoir :
- Le départ à l'étranger,
  - La période de résidence à l'étranger, et
  - L'expiration de l'éventuel sursis de paiement.
- 855.** Une obligation fiscale ainsi morcelée présente en elle-même un risque pour l'Administration fiscale dans la mesure où elle ne sera pas en mesure de suivre les événements affectant la situation fiscale du contribuable à moins que celui-ci les lui déclare. C'est pourquoi des obligations déclaratives pèsent sur le contribuable comme l'indiquent l'article 167 bis, IX du CGI ainsi que le décret du 6 avril 2012<sup>474</sup>.

---

Frédéric SUBRA et Mathieu LE TACON : « *La réforme de la fiscalité patrimoniale* », La Semaine Juridique Edition Générale, n°41, 10 octobre 2011, 1100.

Hervé ZAPF : « *Réforme de la fiscalité du patrimoine : une réforme en demi-teinte ?* », Les Nouvelles Fiscales 2011, n°1069, pages 4 à 6.

Revue de Droit fiscal : « *Imposition des plus-values latentes et en report d'imposition lors du transfert du domicile fiscal hors de France (« exit tax »)* », n°30, 28 juillet 2011, comm. 445.

<sup>473</sup> Clause d'earn out.

<sup>474</sup> Décret 2012-457 du 6 avril 2012 relatif à l'imposition des plus-values et créances en cas de transfert du domicile hors de France.

Voir notamment : Revue de Droit fiscal : « *Modalités d'application de l'exit tax* », n°16, 19 avril 2012, act. 182.

Les contribuables qui quittent le territoire français doivent déposer une déclaration l'année suivant leur départ mentionnant les revenus perçus en France l'année de leur départ ainsi que les gains imposables à raison de l'exit tax s'ils bénéficient du sursis de paiement automatique ainsi qu'un formulaire distinct indiquant leur nouvelle adresse, la date du transfert de leur domicile fiscal, les gains soumis à l'exit tax ainsi que l'impôt qui en résulte. A défaut de sursis de paiement automatique, les contribuables doivent déposer ce formulaire dans les trente jours précédant le transfert du domicile fiscal au service des impôts des particuliers non résidents.

En outre, les contribuables qui bénéficient d'un sursis de paiement doivent souscrire une déclaration chaque année auprès de la Direction des résidents à l'étranger et des services généraux à défaut de quoi le sursis de paiement expirerait. Les contribuables doivent également déclarer les événements mettant fin au sursis de paiement s'ils en ont bénéficié ou générant un dégrèvement ou une restitution ainsi que leurs transferts de domicile fiscal.

***1. Le principe : une imposition immédiate déterminée au jour du transfert du domicile fiscal hors de France***

- 856.** Conformément au nouvel article 167 bis du CGI, le transfert du domicile fiscal des contribuables français dans un Etat étranger (a) entraînera, sous réserve que certaines conditions soient réunies (b), le paiement de l'exit tax (c).

***a. Le fait générateur***

- 857.** Il résulte de l'article 167 bis I-1 concernant les plus-values latentes et les créances trouvant leur origine dans une clause de complément de prix, et de l'article 167 bis II du CGI concernant les plus-values dont l'imposition a été reportée en vertu du II de l'article 92 B, de l'article 92 B decies et des I ter et II de l'article 160, dans leur rédaction en vigueur avant le 1er janvier 2000, de l'article 150-0 C, dans sa rédaction en vigueur avant le 1er janvier 2006, des articles 150-0 B bis, 150-0 B ter et 150-0 D bis, que ces plus-values ou valeurs sont :

*« [...] imposables lors de ce transfert ».*

Autrement dit, le principe posé par l'article 167 bis du CGI veut que le transfert du domicile fiscal hors de France soit le fait générateur de l'impôt.

- 858.** Le III du même article précise ce que le législateur a considéré comme étant le jour de ce transfert :

*« Pour l'application du présent article, le transfert hors de France du domicile fiscal d'un contribuable est réputé intervenir le jour précédant celui à compter duquel ce contribuable cesse d'être soumis en France à une obligation fiscale sur l'ensemble de ses revenus ».*

Ainsi, le législateur crée une fiction fiscale qui fixe le jour du fait générateur de l'exit tax à la veille du départ effectif de France, c'est-à-dire à la veille du jour où le contribuable cesse d'être redevable d'une obligation fiscale en France sur l'ensemble de ses revenus.

Cette fiction permet au législateur français d'inscrire son exit tax dans un contexte purement national : il convertit une situation par nature transfrontalière en une situation artificiellement domestique.

- 859.** Cette fiction permet ainsi de remplir deux objectifs :

- d'une part, elle permet au législateur français de s'exempter, en théorie du moins comme nous le verrons plus loin, de ses obligations trouvant leur source dans les conventions fiscales internationales,
- d'autre part, l'exit tax s'appliquant à des résidents nationaux, les contribuables pourront être soumis à l'impôt sur le revenu mais également aux prélèvements sociaux. Ainsi, l'article 48 de la loi 2011-900 à l'origine de l'instauration de ce nouvel exit tax a modifié l'article L. 136-6, I du Code de la sécurité sociale afin d'y ajouter un paragraphe « *e bis* ».

- 860.** Cette nouvelle obligation fiscale ne concerne pas toutes les plus-values ou créances. Plusieurs conditions délimitent le champ d'application de l'exit tax.

### ***b. Le champ d'application***

**861.** Trois conditions déterminent quels gains seront soumis à l'exit tax en cas de transfert de domicile fiscal hors de France.

**862.** La première condition tient à la nature des plus-values.

Il résulte de l'article 167 bis I, 1, alinéa 1 que l'exit tax s'applique aux :

« [...] plus-values latentes constatées sur les droits sociaux, valeurs, titres ou droits ».

L'alinéa 2 dispose, concernant les clauses de complément de prix, que l'exit tax s'applique :

« [...] sur la valeur des créances trouvant leur origine dans une clause de complément de prix mentionnée au 2 du I de l'article 150-0 A.», cet article faisant référence aux compléments de prix de cession de titres exclusivement déterminés en fonction d'une indexation en relation directe avec l'activité de la société dont les titres sont l'objet du contrat<sup>475</sup>.

Enfin, c'est le II de l'article qui détermine les plus-values en report d'imposition soumises à l'exit tax. Il s'agit :

- des plus-values de cession antérieures au 1<sup>er</sup> janvier 2006 réalisées par des salariés ou dirigeants ayant réinvesti le produit de cession dans une nouvelle société non cotée (anciens articles 150-0 C et 92 B decies du CGI),
- des plus-values d'échange de titres réalisées à l'occasion de certaines opérations de restructuration antérieures au 1<sup>er</sup> janvier 2000 (anciens articles 92 B et 160, I et II du CGI),
- des plus-values d'apport d'une créance nées d'une clause de complément de prix (article 150-0 B bis du CGI),
- des plus-values d'apport-report sous condition de emploi (article 150-0 D bis du CGI),

---

<sup>475</sup> Clause d'earn out.

- des plus-values d'apport à une société contrôlée par l'apporteur (article 150-0 B ter du CGI).

**863.** La deuxième condition tient à la durée de domiciliation des contribuables en France.

Concernant les plus-values latentes et les créances trouvant leur origine dans une clause de complément de prix, l'exit tax ne s'applique qu'aux contribuables qui ont été fiscalement domiciliés en France pendant au moins six ans au cours des dix années antérieures au transfert du domicile fiscal hors de France.

L'Administration fiscale a précisé que la période de dix ans s'apprécie de date à date à partir de la date du transfert du domicile fiscal et que la domiciliation de six années en France peut avoir été réalisée de manière continue ou discontinue.

En revanche, aucune condition de durée de domiciliation minimale en France n'est de nature à entraver l'application de l'exit tax aux plus-values dont l'imposition a été reportée. Ces dernières bénéficient d'un avantage fiscal – le report d'imposition – accordé par l'Administration fiscale française sans considération de durée de présence sur le territoire national à l'occasion d'opérations qui, à défaut du report d'imposition, auraient été imposées. Il semble donc assez légitime que le corollaire désagréable de cet avantage en cas de déménagement hors de France – l'exit tax – ne soit lui-même limité par aucune condition de durée de domiciliation.

**864.** La troisième condition concerne le seuil de détention ou la valorisation de la participation détenue par le contribuable.

Il s'agit là d'une condition propre aux plus-values latentes.

L'exit tax ne s'applique à ces dernières que si les participations détenues par le foyer fiscal atteignent, au jour du transfert hors de France, au moins 1 % des droits dans les bénéfices sociaux ou si elles excèdent 1,3 millions d'euros.

La détention de 1 % des droits d'une société suffit donc à déclencher l'exit tax. C'est ici un élément de distinction important avec l'exit tax dans son ancienne version. Alors que l'ancien dispositif visait exclusivement les participations substantielles – participations supérieures à 25 % – le nouveau dispositif ratisse beaucoup plus large.

Notons qu'une réforme est intervenue à l'occasion de la loi de finances rectificative pour 2011 du 28 décembre 2011<sup>476</sup> dont l'article 38 a prévu que la condition de valorisation de la participation n'est plus analysée pour chaque société mais s'applique au cumul des participations. Il s'agit là encore d'une extension considérable du champ d'application de l'exit tax.

**865.** Concernant l'apport-cession-délocalisation, deux hypothèses doivent donc être constatées.

Si l'apport des titres en société par le contribuable a été réalisé entre le 1<sup>er</sup> janvier 2000 et le 14 novembre 2012<sup>477</sup> ou qu'il a été réalisé postérieurement à cette date mais que le contribuable ne contrôle pas la société bénéficiaire de l'apport<sup>478</sup>, dans ce cas la plus-value a bénéficié d'un sursis d'imposition au jour de l'apport. Du point de vue de l'exit tax, il s'agit donc d'une plus-value latente qui ne sera soumise à l'exit tax que si le contribuable réunit les conditions de détention et de durée de domiciliation qui viennent d'être exposées.

En revanche, si l'apport des titres en société a été réalisé avant le 1<sup>er</sup> janvier 2000<sup>479</sup> ou après le 14 novembre 2012 mais à une société contrôlée par l'apporteur, une plus-value a été constatée au jour de l'apport et a bénéficié d'un report d'imposition. Dans ce cas, la plus-value reportée sera soumise à l'exit tax sans condition supplémentaire.

### *c. La détermination de l'impôt dû*

**866.** L'exit tax portant sur un gain qui n'a pas été véritablement réalisé par le contribuable, il importe, avant de s'interroger sur le régime fiscal applicable (ii), de déterminer le gain imposable (i).

---

<sup>476</sup> Loi de finances rectificative pour 2011, n°2011-1987, 28 décembre 2011.

Voir notamment : Revue de Droit fiscal : « *Elargissement du champ d'application de l'exit tax* », n°4, 26 janvier 2012, comm. 78.

<sup>477</sup> Date d'entrée en vigueur du nouveau report d'imposition codifié à l'article 150-0 B ter du CGI.

<sup>478</sup> Dans ces deux hypothèses l'apport bénéficie du sursis d'imposition codifié à l'article 150-0 B du CGI.

<sup>479</sup> Date à compter de laquelle l'ancien report d'imposition avait été remplacé par le sursis d'imposition.

*i. La détermination de la plus-value imposable*

**867.** Là encore, eu égard à leur différence de nature, les différentes plus-values ou créances se voient appliquer des règles différentes.

**868.** L'article 167 bis, I-2 du CGI prévoit que la plus-value latente imposable est déterminée en faisant la différence entre la valeur des titres lors du transfert de domicile et le prix d'acquisition, en cas d'acquisition à titre onéreux, ou le prix retenu pour la détermination des droits de mutation à titre gratuit, en cas d'acquisition à titre gratuit.

Notons que la valeur des titres lors du transfert de résidence correspond au dernier cours connu au jour du départ ou à la moyenne des trente derniers cours pour les titres cotés<sup>480</sup> et à la valeur réelle estimée par le contribuable pour les titres non cotés<sup>481</sup>.

Une précision doit être apportée : lorsque les titres ont été reçus à l'occasion d'une opération d'échange intercalaire ayant bénéficié du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du CGI avant le transfert du domicile fiscal, le prix d'acquisition correspond à la valeur d'acquisition des titres apportés diminuée de la soulte reçue ou majorée de la soulte versée lors de l'échange<sup>482</sup>. L'opération d'apport sous le régime du sursis d'imposition de l'article 150-0 B du CGI étant une opération intercalaire, elle doit rester neutre dans le cadre du calcul de l'exit tax.

Il résulte de l'article 167 bis, I-2 bis et 3 du CGI que les plus-values latentes ainsi déterminées doivent être diminuées des abattements pour durée de détention prévus aux articles 150-0 D, 1<sup>483</sup> et 150-0 D ter applicable au départ à la retraite des dirigeants de PME. Pour l'application de ce dernier, deux conditions s'ajoutent aux conditions de droits commun : le contribuable fait valoir ses droits à la retraite

---

<sup>480</sup> Article 885 T bis du CGI.

<sup>481</sup> Article 758 du CGI.

<sup>482</sup> Article 167 bis, I-2 alinéa 2 du CGI.

<sup>483</sup> Aménagement de l'exit tax prévu par l'article 22 de la troisième loi de finances rectificative pour 2012, 2012-1510 du 29 décembre 2012 afin d'adapter le dispositif à ce nouvel abattement créé par l'article 10, I-E de la loi de finances pour 2013, 2012-1509 du 29 décembre 2012.

avant le transfert de son domicile fiscal et il cède ses titres dans les deux ans suivant son départ à la retraite

Enfin, l'article 167 bis, I-5 du CGI prévoit que les moins-values latentes ne sont imputables ni sur les plus-values latentes, ni sur d'autres plus-values.

- 869.** Concernant les clauses d'earn out, la créance est évaluée selon sa valeur réelle au jour du transfert, diminuée, le cas échéant, de l'abattement applicable aux dirigeants PME partant à la retraite dans les mêmes conditions que pour les plus-values latentes.
- 870.** Enfin, s'agissant des plus-values bénéficiant d'un régime de report d'imposition, le montant imposable à l'exit tax est le montant de la plus-value tel qu'il a été déterminé lors de l'opération génératrice du report d'imposition, le transfert du domicile fiscal à l'étranger devenant un élément mettant fin au report d'imposition<sup>484</sup>.
- 871.** En matière d'apport-cession-délocalisation, deux hypothèses doivent donc être constatées.
- Si l'apport des titres en société par le contribuable a été réalisé entre le 1<sup>er</sup> janvier 2000<sup>485</sup> et le 14 novembre 2012<sup>486</sup> ou qu'il a été réalisé postérieurement à cette date mais que le contribuable ne contrôle pas la société bénéficiaire de l'apport<sup>487</sup>, alors la plus-value soumise à l'exit tax est une plus-value latente déterminée par différence entre la valeur des titres au jour du transfert du domicile fiscal et la valeur d'acquisition d'origine des titres apportés diminuée de la soulte reçue ou majorée de la soulte versée lors de l'échange<sup>488</sup>.

---

<sup>484</sup> Cela n'implique pas nécessairement que l'impôt devra être acquitté au moment du départ comme nous le verrons dans le cadre de l'étude du sursis de paiement.

<sup>485</sup> Date à compter de laquelle l'ancien report d'imposition avait été remplacé par le sursis d'imposition.

<sup>486</sup> Date d'entrée en vigueur du nouveau report d'imposition codifié à l'article 150-0 B ter du CGI.

<sup>487</sup> Dans ces deux hypothèses l'apport bénéficie du sursis d'imposition codifié à l'article 150-0 B du CGI.

<sup>488</sup> Article 167 bis, I-2 alinéa 2 du CGI.

En revanche, si l'apport des titres en société a été réalisé avant le 1<sup>er</sup> janvier 2000 ou après le 14 novembre 2012 alors que le contribuable contrôle la société bénéficiaire de l'apport, deux plus-values de nature différente peuvent être imposées à l'occasion du transfert du domicile fiscal hors de France :

- Une plus-value dont l'imposition a été reportée : à l'occasion de l'apport en société de ses titres par le contribuable, une plus-value a été constatée et a bénéficié d'un report d'imposition. La plus-value imposable correspond à la plus-value constatée et déclarée à l'occasion de l'apport.
- Une plus-value latente : il est possible qu'il se soit écoulé un certain temps entre l'apport des titres en société et le transfert du domicile fiscal hors de France. Dès lors, si les titres de la société bénéficiaire de l'apport se sont valorisés au cours de cette période, une plus-value latente peut également être soumise à l'exit tax. Elle sera alors calculée par différence entre leur valeur au jour du transfert et leur prix d'acquisition c'est-à-dire leur valeur au jour de l'apport en société.

**872.** Reste alors à calculer le montant de l'exit tax mis à la charge des contribuables.

### *ii. Le calcul de l'impôt dû*

**873.** La question du calcul de l'exit tax s'est complexifiée depuis la modification du régime fiscal des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux instaurée par l'article 10 de la loi de finances pour 2013<sup>489</sup>.

Outre les prélèvements sociaux, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, le principe est l'imposition de ces plus-values au barème progressif de l'impôt sur le revenu. Toutefois, par exception, sous réserve qu'un certain nombre de conditions soient remplies, les cédants pourront bénéficier d'un régime spécifique aux « *créateurs d'entreprise* » caractérisé par l'application d'un taux forfaitaire de 19 %<sup>490</sup>.

---

<sup>489</sup> Loi de finances pour 2013, 2012-1509 du 29 décembre 2012.

Voir notamment : Revue de Droit fiscal : « *Aménagement de l'exit tax* », n°5, 31 janvier 2013, 126.

<sup>490</sup> Cf. Paragraphes 79 et suivants de cette thèse pour le détail des conditions.

**874.** Cette modification a donc justifié une adaptation des modalités de calcul de l'exit tax jusque-là basées exclusivement sur l'application d'un taux forfaitaire.

En effet, lorsqu'il quitte le territoire français, le contribuable ne doit pas seulement acquitter l'exit tax relatif aux plus-values et créances, il doit également s'acquitter de son obligation fiscale sur les revenus dont il a disposé pendant l'année de son départ jusqu'à la date de celui-ci, les bénéfices industriels et commerciaux qu'il a réalisés depuis la fin du dernier exercice taxé, et tous revenus qu'il a acquis sans en avoir la disposition antérieurement au transfert de sa résidence fiscale<sup>491</sup>. Aussi, alors qu'il était relativement aisé d'évaluer l'exit tax lorsque le gain qui y était soumis était imposé selon un taux forfaitaire, cette évaluation est désormais plus complexe.

**875.** C'est l'article 10, I-L de la loi de finances pour 2013 codifié à l'article 167 bis, II bis, 1 du CGI qui prévoit que, en principe, l'impôt dû à raison de l'exit tax est égal à la différence entre, d'une part, l'impôt sur le revenu calculé selon le barème progressif sur l'ensemble des revenus mentionnés à l'article 167, 1 du CGI majorés des plus-values et créances, et, d'autre part, l'impôt sur le revenu calculé selon le barème progressif à raison des seuls revenus indiqués à l'article 167, 1 du CGI.

Le second alinéa de cet article précise que le taux de l'exit tax est égal au rapport entre l'impôt calculé conformément au processus qui vient d'être indiqué et la somme des plus-values et créances assujetties à l'exit tax.

**876.** Cependant, si le principe posé par l'article 167 bis du CGI est bien l'imposition immédiate, cette dernière n'aura effectivement lieu au jour du transfert du domicile fiscal hors de France que de manière exceptionnelle, et pourra même ne pas avoir lieu du tout.

## *2. Un principe d'imposition immédiate qui doit être nuancé*

**877.** Deux éléments viennent tempérer le principe d'imposition immédiate déterminée au jour du départ de France : les sursis de paiement (a) et les hypothèses de dégrèvements ou de restitutions de l'impôt (b).

---

<sup>491</sup> Article 167, 1 du CGI.

*a. Les sursis de paiement*

- 878.** Il résulte de l'article 167 bis du CGI que, sous réserve de la réunion de plusieurs conditions (i), les contribuables pourront bénéficier d'un sursis de paiement qui aura pour effet de suspendre leur obligation fiscale jusqu'à la réalisation d'évènements prévus par le législateur (ii).

*i. Les conditions d'obtention des sursis de paiement*

- 879.** Au terme de l'article 167 bis paragraphes IV et V du CGI, le contribuable peut bénéficier d'un sursis de paiement de l'impôt sur le revenu et des prélèvements sociaux résultant de l'exit tax selon deux modalités distinctes : un sursis de paiement automatique et un sursis optionnel conditionné par la constitution d'une garantie.

- 880.** C'est un critère géographique qui détermine de quelle modalité de sursis de paiement le contribuable candidat au départ peut bénéficier.

- 881.** Il résulte de l'article 167 bis, IV du CGI que le sursis de paiement automatique s'applique dans les hypothèses où le contribuable transfère son domicile fiscal dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un autre Etat 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 ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement ayant une portée similaire à celle prévue par la Directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010.

Dès lors, le contribuable n'a pas à demander le bénéfice du sursis de paiement, il ne peut donc pas lui être refusé, et il n'a pas à constituer de garantie.

- 882.** En revanche, si le contribuable transfère sa résidence dans un autre Etat que ceux qui viennent d'être énoncés, soit directement, soit après avoir transféré une première fois son domicile fiscal dans l'un des Etats mentionnés dans le paragraphe IV, alors le sursis de paiement devra faire l'objet d'une demande

expresse et ne pourra être accordé que sous réserve que les trois conditions posées par le paragraphe V de l'article 167 bis du CGI soient remplies, à savoir :

- Déclarer le montant des plus-values,
- Désigner un représentant fiscal établi en France autorisé à recevoir les communications relatives à l'assiette, au recouvrement et au contentieux de l'impôt,
- Constituer auprès du comptable public compétent, préalablement au départ, des garanties propres à assurer le recouvrement de la créance du Trésor. Une exception à cette condition est posée par l'article 167 bis, V-2 du CGI. Aucune garantie ne sera due par les contribuables qui transfèrent leur domicile fiscal dans un Etat qui n'est pas partie à l'Accord sur l'Espace économique européen, mais qui a conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement ayant une portée similaire à celle prévue par la Directive 2010/24/UE du Conseil précitée, dès lors que le contribuable établit que ce transfert est motivé par des raisons professionnelles. Cette disposition assure la conformité de l'exit tax avec les objectifs à l'origine de sa création. Comme en témoigne l'exposé des motifs du projet de loi<sup>492</sup> à l'origine de remise en place de l'exit tax, l'objectif de la disposition est la lutte contre l'évasion fiscale :

*« Dans le cadre de la réforme de la fiscalité sur le patrimoine, il est proposé de réformer le régime fiscal des plus-values de cession des valeurs mobilières et de droits sociaux dans l'objectif de limiter l'évasion fiscale ».*

Or, l'expatriation à des fins professionnelles peut difficilement être assimilée à de l'évasion fiscale.

---

<sup>492</sup> Projet de loi de finances rectificative pour 2011 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 mai 2011 présenté au nom de François FILLON, Premier Ministre par François BAROIN, Ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État et Porte-parole du Gouvernement.

**883.** Lorsque cette garantie doit être constituée, l'article 167 bis, V-1-b alinéa 3 précise qu'elle doit être égale à 19 % du montant total des plus-values et créances lorsqu'elles bénéficient du régime des « *créateurs d'entreprise* » et à 30 % lorsque c'est le barème progressif de l'impôt sur le revenu qui s'applique. Le bénéfice du sursis de paiement implique donc, pour ces contribuables, la mobilisation d'un patrimoine potentiellement important.

Dans les hypothèses où c'est le barème progressif qui s'applique, le montant de la garantie pourra être ajusté à la hausse ou à la baisse en fonction du montant de l'impôt finalement dû au titre de l'exit tax. Si ce dernier est supérieur au montant de la garantie, le contribuable dispose d'un mois à compter de la réception de l'avis d'imposition pour constituer un complément de garantie. En revanche, s'il est inférieur au montant de la garantie, le contribuable pourra demander la levée des garanties excessives.

**884.** Certes, les conditions d'obtention du sursis optionnel sont très similaires à celles qui avaient été sanctionnées par la CJCE dans l'arrêt De Lasteyrie du Saillant<sup>493</sup>. Mais il existe une différence fondamentale entre le champ d'application de ces conditions d'obtention du sursis sous l'ancien exit tax et sous sa nouvelle version. Dans le cadre de l'ancien système d'exit tax, ces conditions s'appliquaient à l'ensemble des contribuables demandant le bénéfice du sursis de paiement. Avec le nouveau dispositif d'exit tax, elles ne sont applicables que lorsque le contribuable transfère son domicile fiscal dans des Etats non membres de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen et qui n'ont pas conclu de convention d'assistance administrative en vue de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales et une convention d'assistance en matière de recouvrement avec la France. Or, ces contribuables ne sont pas protégés par l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne<sup>494</sup> et, plus largement, par les grandes libertés de circulation codifiées dans ce Traité ou dans l'Accord sur l'Espace économique européen<sup>495</sup>.

---

<sup>493</sup> CJCE, 11 mars 2004, C-9/02, De Lasteyrie du Saillant, RJF 5/04, n°588.

<sup>494</sup> Fondement qui avait engendré l'invalidation de l'ancien exit tax.

<sup>495</sup> La question de la compatibilité de l'exit tax au Droit de l'Union européenne mais également à l'accord sur l'Espace économique européenne sera développée plus loin.

**885.** Si, comme nous venons de le voir, les conditions d'obtention du sursis de paiement diffèrent en fonction du pays de destination du contribuable, les évènements de nature à y mettre fin sont les mêmes.

*ii. Les évènements mettant fin au sursis de paiement*

**886.** Concernant les plus-values latentes, le sursis prend fin, pour la part des titres ou droits affectés par l'un des évènements suivants :

- la transmission à titre onéreux, le rachat, le remboursement ou l'annulation des droits ou valeurs concernés, à l'exception des opérations d'échanges de titres de l'article 150-0 B du CGI qui conservent leur caractère intercalaire y compris lorsque l'échange intervient après le transfert de son domicile par le contribuable<sup>496</sup>.
- La donation des droits ou valeurs « *sauf si le donateur démontre que la donation n'est pas faite à seule fin d'éluider l'impôt* ». Toutefois, cette obligation mise à la charge du contribuable a été jugée non conforme au droit de l'Union européenne par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 12 juillet 2013<sup>497</sup>.

Entre le départ de France et la survenance de l'un de ces évènements, il a pu s'écouler plusieurs années. Aussi, afin de tenir compte des caractéristiques objectives de la cession, l'assiette de l'impôt est recalculée en prenant en compte plusieurs éléments :

- La durée réelle de détention des droits ou titres : les abattements pour durée de détention prévus aux articles 150-0 D et 150-0 D ter du CGI sont actualisés. A titre d'exemple, si le contribuable vient à céder ses titres quatre ans après son départ de France, ces quatre années seront ajoutées à la durée de détention antérieure au transfert du domicile fiscal hors de France et les plus-values seront minorées en conséquence.

---

<sup>496</sup> C'est la cession ultérieure des titres reçus en échange de l'apport qui mettra fin au sursis de paiement.

<sup>497</sup> Un arrêt a été rendu par le Conseil d'Etat sur ce point le 12 juillet 2013, n° 359994, Cf. Annexe 3. Il fait l'objet d'une étude aux paragraphes 1065 et suivants de cette thèse.

- Les caractéristiques objectives de la situation du contribuable : si ce dernier ne remplissait pas les conditions lui permettant d'opter pour le régime des « *créateurs d'entreprise* » au jour du départ à l'étranger mais qu'il les remplit lors de la cession des titres, il pourra recalculer le montant de sa dette fiscale sur la base du taux proportionnel fixé aujourd'hui à 19 %.
- La plus-value véritablement réalisée au jour de l'évènement mettant fin au sursis :
  - o S'il s'avère que la valeur des titres ou droits estimée au jour du départ est inférieure à celle constatée à l'expiration du sursis de paiement, la totalité de l'impôt dont le paiement a été différé devient exigible,
  - o Dans l'hypothèse inverse, l'exit tax ne sera dû que dans la limite de cette plus-value réelle, le surplus étant restitué ou dégrévé. Si l'on pousse cette hypothèse à l'extrême et que finalement le contribuable réalise une perte, le dégrèvement ou la restitution s'opèrera en totalité. De plus, pour peu qu'il soit résident d'un Etat de l'Union Européenne ou de l'Espace économique européen, la moins-value, éventuellement diminuée des abattements pour durée de détention, pourra être imputée sur certaines plus-values réalisées en France l'année de l'expiration du sursis ou les dix années suivantes à savoir les plus-values réalisées par des non-résidents à raison de la cession de participations substantielles dans une société française soumise à l'impôt sur les sociétés<sup>498</sup> et les plus-values réalisées après le retour en France du contribuable<sup>499</sup>. La moins-value ici imputable est limitée à une fraction de son montant calculée en lui appliquant le rapport entre la différence entre le taux d'imposition à l'impôt sur le revenu des plus-values latentes et le taux de l'impôt applicable aux plus-values dans l'Etat où elles ont été réalisées et le taux d'imposition des plus-values latentes<sup>500</sup>.

---

<sup>498</sup> Article 244 bis B du CGI.

<sup>499</sup> Article 150-0 A du CGI.

<sup>500</sup> Article 167 bis, VIII-4 in fine du CGI.

**887.** Deux éléments doivent être précisés ici.

Tout d'abord l'article 244 bis B du CGI prévoit l'imposition en France des non-résidents détenteurs d'une participation substantielle dans une société française soumise à l'impôt sur les sociétés. Pour éviter, que l'exit tax ne vienne imposer une seconde fois ces contribuables, l'article 167 bis, VIII-4 du CGI prévoit un dégrèvement de l'impôt sur le revenu<sup>501</sup> dû au titre de l'exit tax dès lors que l'opération est effectivement imposée au titre de l'article 244 bis B précité, c'est-à-dire dans la mesure où les conventions fiscales internationales négociées par la France ne s'y opposent pas.

Enfin, du fait de la fiction fiscale étudiée précédemment, l'exit tax est une mesure fiscale purement domestique. Elle ne s'intègre donc pas dans un contexte de négociation fiscale avec les Etats étrangers.

Or, la convention modèle OCDE prévoit que le droit d'imposer les plus-values de cession de droits sociaux et de valeurs mobilières revient à l'Etat dans lequel le contribuable est fiscalement domicilié au jour de la cession. Des Etats étrangers pourraient ainsi légitimement ignorer l'exit tax français et imposer la plus-value dans son ensemble en déterminant l'assiette imposable sur son territoire par différence entre la valeur des titres au jour de la cession et leur prix d'acquisition.

Le contribuable subirait alors une double imposition pour la part de plus-value soumise à l'exit tax en France, cette dernière étant imposée en application de l'exit tax en France, et en application du droit local de son pays d'installation. Or, ces situations de doubles impositions sont contraires aux conventions fiscales internationales.

Pour éviter cela, l'article 167 bis, VIII-5 du CGI prévoit un système d'imputation de l'impôt acquitté dans l'Etat de résidence du contribuable sur l'impôt définitif exigible en France à raison de l'exit tax.

Pour que cette imputation soit possible, l'article 91 quindecies de l'annexe II du CGI<sup>502</sup> pose deux conditions. Cette imputation est possible si l'impôt acquitté dans l'Etat de résidence du contribuable et dont il prouve le paiement effectif est un impôt personnel sur le revenu assis sur les plus-values de cession de valeurs

---

<sup>501</sup> Les prélèvements sociaux restant dus.

<sup>502</sup> Disposition issue de l'article 1 du décret 2012-457 du 6 avril 2012.

mobilières ou de droits sociaux calculées à partir du prix ou de la valeur d'acquisition tel qu'il a été retenu pour l'évaluation de la plus-value latente soumise à l'exit tax. Ces conditions tendent à limiter l'imputation aux hypothèses où l'impôt exigible à l'étranger est similaire à l'impôt acquitté en France et où le même gain serait effectivement imposé à deux reprises.

Dès lors que ces conditions sont réunies, l'impôt acquitté dans l'Etat de résidence du contribuable lors de la cession, du rachat, du remboursement ou de l'annulation des droits ou valeurs – c'est-à-dire à l'occasion d'un des événements mettant fin au sursis de paiement – est imputable sur l'impôt définitif exigible en France à proportion du rapport entre l'assiette définitive de l'impôt en France<sup>503</sup> et l'assiette de l'impôt acquitté à l'étranger dans la limite de l'impôt français.

Le texte de l'article 167 bis du CGI n'indique pas si cette imputation s'étend aux prélèvements sociaux. Toutefois, le rapport n°3503 de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi de finances rectificative pour 2011 présenté par le député Gilles CARREZ<sup>504</sup> répond à cette interrogation en incluant les prélèvements sociaux à la base d'imputation du crédit d'impôt :

*« Il convient également de noter que l'intention est d'autoriser l'imputation de l'impôt étranger sur l'impôt français au sens le plus large, c'est-à-dire incluant les prélèvements sociaux, conformément à l'application traditionnelle des conventions fiscales ».*

- 888.** En matière de créances de complément de prix, l'article 167 bis, VII-1-d prévoit l'expiration du sursis de paiement au jour de la perception du complément de prix, l'apport ou la cession de la créance si le contribuable est toujours domicilié à l'étranger lors de la survenance de l'un de ces événements.

---

<sup>503</sup> Eu égard à la durée de détention à l'étranger et au prix de cession réel.

<sup>504</sup> Assemblée Nationale, Rapport n° 3503 fait par la Commission des finances de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances rectificatives pour 2011 et présenté par Monsieur Gilles CARREZ, Rapporteur général, député, 1<sup>er</sup> juin 2011.

**889.** Enfin, pour les plus-values en report d'imposition, l'article 167 bis, VII-1 du CGI prévoit l'expiration du sursis dans plusieurs hypothèses :

- la transmission à titre onéreux, le rachat, le remboursement ou l'annulation des titres dont l'acquisition a ouvert droit à l'un des reports d'imposition – article 167 bis, VII-1-a du CGI.
- la donation de titres – article 167 bis, VII-1-b du CGI – ou le décès du contribuable – article 167 bis, VII-1-c du CGI – concernant les plus-values placées en report d'imposition sous les régimes de l'article 92 B decies, du dernier alinéa du 1 du I ter et du II de l'ancien article 160, de l'ancien article 150-0 C ou de l'article 150-0 B bis du CGI.

Les transmissions à titre gratuit ne sont donc des évènements mettant fin au sursis d'imposition que dans les hypothèses où elles constituent par ailleurs un évènement de nature à mettre fin au report d'imposition.

Cette recherche de la concordance entre les évènements faisant tomber le report d'imposition et ceux de nature à mettre fin au sursis de paiement se retrouve également concernant le report d'imposition octroyé à raison de l'article 150-0 D bis du CGI. En effet, les points d bis et e de l'article 167 bis VII-1 du CGI prévoient qu'il est mis fin au sursis de paiement pour la part d'impôt de la plus-value reportée qui n'a pas été réinvestie dans les conditions posées par l'article 150-0 D bis du CGI ainsi qu'en cas de transmission, de rachat ou d'annulation, avant l'expiration du délai de cinq ans des titres et droits reçus en contrepartie de l'apport pour la part d'impôt afférente aux plus-values de cession reportées en application dudit article.

Une autre particularité doit être soulignée concernant les évènements de nature à mettre fin au sursis de paiement concernant l'application de l'article 150-0 B ter du CGI. L'article 167 bis, VII-1-f du CGI pose une règle spécifique concernant les évènements mettant fin au sursis de paiement de l'impôt relatif aux plus-values dont l'imposition a été reportée sur le fondement de l'article 150-0 B ter du CGI :

*« La cession à titre onéreux, 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 du même article ».*

Ainsi, trois évènements sont susceptibles de mettre fin au sursis de paiement concernant ces plus-values :

- la cession à titre onéreux, le rachat, le remboursement ou l'annulation des titres ou droits reçus en rémunération de l'apport,
- la cession à titre onéreux, le rachat, le remboursement ou l'annulation des titres ou droits apportés,
- la cession à titre onéreux, le rachat, le remboursement ou l'annulation des parts ou droits dans les sociétés ou groupements interposés.

Cette disposition appelle plusieurs remarques.

Tout d'abord, il est mis fin au sursis de paiement non seulement en cas de cession des titres reçus en échange de l'apport mais également en cas de cession par la société bénéficiaire de l'apport des titres qui lui ont été apportés.

Par comparaison, le report d'imposition ne tombe selon l'article 150-0 B ter du CGI que si la cession des titres apportés intervient dans les trois ans de l'apport sans que 50 % au moins du prix de cession n'ait été réinvesti dans une activité éligible dans les deux années suivantes.

L'article 167 bis, VII-1-f du CGI impliquerait-il qu'une cession des titres apportés mettrait en tout état de cause fin au sursis de paiement alors que la même opération ne mettrait fin au report d'imposition que dans l'hypothèse qui vient d'être indiquée ?

Une telle solution aboutirait à la constatation d'un traitement moins favorable du contribuable ayant transféré son domicile fiscal hors de France après avoir réalisé un apport soumis à l'article 150-0 B ter du CGI par rapport à un contribuable demeuré en France. Or, comme nous le détaillerons un peu plus loin, une telle différence de traitement des contribuables aboutissant à décourager les contribuables de quitter le territoire national serait potentiellement contraire, notamment, aux libertés de circulation posées par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Toutefois, il ne nous semble pas qu'une telle solution doive être retenue ici. En effet l'article 167 bis, VII-1-f du CGI vise :

*« La cession à titre onéreux, le rachat, le remboursement ou l'annulation [...] conformément à l'article 150-0 B ter ».*

Aussi, selon nous, l'article 167 bis, VII-1-f du CGI devrait être interprété à la lumière de l'article 150-0 B ter du même code de sorte que la cession des titres apportés par la société bénéficiaire de l'apport ne donnerait lieu à la fin du sursis de paiement que dans les hypothèses où elle aboutirait à la fin du report d'imposition.

Cette interprétation « conformément à l'article 150-0 B ter » pourrait avoir une seconde conséquence. L'article 167 bis du CGI ne prévoit pas la donation des titres comme l'un des événements mettant fin au sursis de paiement concernant des titres soumis à l'article 150-0 B ter. Cela implique-t-il que la donation ne met jamais fin au sursis de paiement dans ce cadre précis ?

Il résulte de l'article 150-0 B ter, II alinéa 2 du CGI que le report d'imposition tombe, la plus-value étant alors imposée entre les mains du donataire, si la donation lui a conféré le contrôle de la société :

*« 1° En cas de cession, d'apport, de remboursement ou d'annulation des titres dans un délai de dix-huit mois à compter de leur acquisition*

*2° Ou lorsque les conditions mentionnées au 2° du I du présent article ne sont pas respectées. Le non-respect de la condition de réinvestissement met fin au report d'imposition au titre de l'année au cours de laquelle le délai de deux ans expire. L'intérêt de retard prévu à l'article 1727, décompté de la date de l'apport des titres par le donateur, est applicable ».*

Aussi, si les hypothèses de cession – et opérations assimilées – doivent être considérées comme mettant fin au sursis de paiement dans les hypothèses où elles mettent fin au report d'imposition prévu par l'article 150-0 B ter, il nous semble que cela vaudrait également en matière de donation.

Dès lors, si un contribuable ayant transféré son domicile fiscal hors de France donne les titres reçus en échange de son apport, la donation ne suffira pas, par elle-

même, à faire tomber le sursis de paiement (au même titre qu'elle ne suffit pas à faire tomber le report d'imposition de l'article 150-0 B ter du CGI en droit interne). En revanche, si le donataire qui contrôle la société cède les titres reçus dans les dix-huit mois de la donation ou que les conditions tenant au réinvestissement ne sont pas respectées dans le cadre d'une cession dans les trois ans de l'apport, alors le sursis de paiement de l'exit tax (comme le report d'imposition de l'article 150-0 B ter du CGI) prendra fin.

- 890.** L'intervention de l'un de ces événements rendra l'impôt sur le revenu et les prélèvements sociaux exigibles à moins que l'une des hypothèses de dégrèvements ou de restitutions de l'impôt déjà acquitté ne soit applicable.

***b. Les hypothèses de dégrèvement ou de restitution***

- 891.** L'obligation fiscale mise à la charge du contribuable en vertu de l'exit tax n'est pas nécessairement définitive. En effet, dans certaines hypothèses, qui diffèrent selon le gain soumis à l'exit tax, le contribuable pourra bénéficier d'un dégrèvement s'il avait bénéficié d'un sursis de paiement ou d'une restitution de l'impôt acquitté s'il n'en avait pas bénéficié.

- 892.** Concernant les plus-values latentes, l'article 167 bis, VII-2 du CGI prévoit trois hypothèses de dégrèvement ou de restitution.

D'une part, l'impôt sera dégrévé ou restitué en cas de retour en France dans un délai de huit ans ou en cas d'expiration d'un délai de huit ans à l'étranger. Ces deux hypothèses sont conditionnées par la persistance de la détention des titres à l'origine de l'exit tax par le contribuable ou de ceux reçus à l'occasion d'une opération d'échange intercalaire au sens de l'article 150-0 B du CGI réalisée à l'étranger. En revanche, l'étendue du dégrèvement ou de la restitution diffère puisqu'ils portent sur l'impôt sur le revenu et les prélèvements sociaux en cas de transfert du domicile fiscal en France dans un délai de huit ans alors qu'ils ne portent que sur l'impôt sur le revenu en cas d'expiration de ce délai.

D'autre part, l'impôt sera dégrévé ou restitué en cas de transmission à titre gratuit des titres à l'origine de l'exit tax ou de ceux reçus à l'occasion d'une opération d'échange intercalaire conforme à l'article 150-0 B du CGI alors que le

contribuable est toujours résident étranger, à hauteur des titres concernés par la transmission à titre gratuit. En cas de donation, pour pouvoir bénéficier de ce dégrèvement ou de cette restitution de l'impôt sur le revenu et des prélèvements sociaux, il était prévu que le donateur devrait prouver que cette opération n'avait pas pour seul but d'éluider l'impôt. Toutefois, cette dernière disposition a été jugée non conforme au droit de l'Union européenne par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 12 juillet 2013<sup>505</sup>.

- 893.** Concernant les créances de complément de prix, il résulte de l'article 167 bis, VII-4 du CGI qu'il y aura lieu à dégrèvement ou restitution en cas de retour en France mais également en cas de succession ou de donation si, pour cette dernière hypothèse, le contribuable est là encore en mesure de démontrer que la donation n'avait pas pour seul objectif d'éluider l'impôt. Toutefois, cette dernière disposition a été jugée non conforme au droit de l'Union européenne par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 12 juillet 2013<sup>506</sup>.

Le dégrèvement ou la restitution résultant d'une transmission à titre gratuit est limité à la créance demeurée dans le patrimoine du contribuable au jour de son décès ou à celle donnée.

- 894.** Enfin, concernant les plus-values en report d'imposition, trois hypothèses de dégrèvements ou restitutions sont prévues par l'article 167 bis, VII-3 du CGI.

Là encore c'est le cas si le contribuable revient en France alors qu'il détient toujours les titres bénéficiant du report d'imposition.

Ensuite, concernant les seuls titres dont l'acquisition a ouvert droit aux dispositions des anciens articles 92 B, II et 160, I ter-4 alinéa 1 du CGI, il y aura dégrèvement d'office ou restitution en cas de transmission à titre gratuit, pour la part correspondant aux titres transmis.

---

<sup>505</sup> Un arrêt a été rendu par le Conseil d'Etat sur ce point le 12 juillet 2013, n° 359994, Cf. Annexe 3. Il fait l'objet d'une étude aux paragraphes 1065 et suivants de cette thèse.

<sup>506</sup> Un arrêt a été rendu par le Conseil d'Etat sur ce point le 12 juillet 2013, n° 359994, Cf. Annexe 3. Il fait l'objet d'une étude aux paragraphes 1065 et suivants de cette thèse.

Il existe un cas de dégrèvement propre aux titres bénéficiant du report d'imposition prévu à l'article 150-0 D bis du CGI si les titres sont conservés pendant les cinq années suivant l'apport en numéraire, c'est-à-dire pendant le délai prévu par l'article 150-0 D bis pour l'obtention de l'exonération d'imposition sur le revenu. Par cette disposition le législateur assure un traitement similaire des contribuables bénéficiant de cette disposition, qu'ils soient résidents français ou non à la date de l'expiration de la cinquième année de détention.

Une question se pose concernant l'article 150-0 B ter du CGI.

L'article 150-0 B ter du CGI prévoit l'imposition de la plus-value reportée entre les mains du donataire si celui-ci contrôle la société et qu'il cède les titres reçus dans les dix-huit mois suivant la donation ou s'il ne respecte pas la condition de réinvestissement en cas de cession des titres apportés par la société bénéficiaire de l'apport dans les trois ans de l'apport. En revanche, si ces conditions sont respectées, la plus-value reportée ne sera plus imposée.

Or, il n'existe aucun cas de dégrèvement de l'exit tax dans ces mêmes hypothèses. Il en résulte qu'un contribuable demeuré en France bénéficiera d'un avantage – l'exonération de la plus-value – dont sera privé le contribuable ayant transféré son domicile hors de France.

Une telle différence de traitement fondée sur le transfert du domicile fiscal est de nature à décourager les départs de France et pourrait, selon nous, être contraire aux libertés de circulation protégées notamment par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

**895.** Dès lors que ces différentes conditions sont remplies, le dégrèvement ou la restitution est possible.

Reste à déterminer si ces règles d'imposition vont pouvoir se combiner avec l'apport-cession-délocalisation étudié ici et selon quelles modalités.

### ***B. La combinaison du nouvel exit tax avec l'apport-cession-délocalisation***

- 896.** Cette combinaison est-elle possible ? L'apport-cession-délocalisation peut-il toujours être réalisé malgré l'instauration du nouveau dispositif d'apport-report de l'article 150-0 B ter du CGI et du nouvel exit tax codifié à l'article 167 bis du CGI ?
- 897.** Il convient d'évaluer l'impact de l'exit tax sur les possibilités de réalisation de cette opération d'optimisation en distinguant et en comparant les hypothèses où l'apport-cession a pu être réalisé sur fondement de l'article 150-0 B du CGI (1) de celles où l'apport-cession est réalisé conformément au dispositif codifié à l'article 150-0 B ter du CGI (2).
- 898.** Rappelons ici que la troisième loi de finances rectificatives pour 2012<sup>507</sup> a remplacé le sursis d'imposition codifié à l'article 150-0 B du CGI applicable en cas d'apport de titres en société par un report d'imposition prévu par l'article 150-0 B ter du CGI dès lors que l'apport est réalisé à une société soumise à l'impôt sur les sociétés contrôlée par l'apporteur.
- 899.** Pour les développements suivants, nous prenons pour hypothèse que les conditions d'application de l'exit tax sont remplies.

#### ***1. L'exit tax et l'article 150-0 B du CGI***

- 900.** Nous ne reviendrons pas ici sur le détail du régime de sursis d'imposition, ce dernier ayant été détaillé précédemment. Rappelons simplement que l'article 150-0 B du CGI prévoit que l'apport de titres réalisé à une société soumise à l'impôt sur les sociétés bénéficie d'un sursis d'imposition, cette opération étant perçue comme neutre, intercalaire.

---

<sup>507</sup> Troisième loi de finances rectificative 2012-1510 pour 2012 du 29 décembre 2012, publiée au Journal officiel du 30 décembre 2012.

Ce régime était en vigueur quelles que soient les conditions de contrôle de la société bénéficiaire de l'apport avant le 14 novembre 2012<sup>508</sup> et continue de s'appliquer dès lors que l'apporteur ne contrôle pas la société bénéficiaire de l'apport pour les opérations postérieures à cette date.

**901.** Dans le cadre de l'exit tax, l'existence d'une plus-value bénéficiant d'un sursis d'imposition a deux conséquences :

- D'une part, l'exit tax contraint à une grande anticipation,
- D'autre, part si l'exit tax n'empêche pas la réalisation de l'apport-cession dans de bonnes conditions fiscales, il en limite l'avantage.

En effet, l'opération étant considérée comme une opération purement intercalaire, c'est le régime des plus-values latentes qui s'applique pour la détermination de l'exit tax à l'occasion du transfert de domicile hors de France.

Il en résulte que les deux schémas d'apport-cession – avec ou sans clause relative aux participations substantielles – tels qu'ils ont été étudiés dans la première partie de cette thèse demeurent applicables.

Mais le dégrèvement ou la restitution d'exit tax obtenu à l'issue d'une installation de huit années dans le pays d'accueil du contribuable ne porte que sur l'impôt sur le revenu, les prélèvements sociaux restant dus.

Aussi, l'avantage résultant de l'apport-cession-délocalisation se limite à la possibilité d'échapper, au bout de huit ans, à l'impôt sur le revenu français, qui pour rappel, à défaut d'application du régime des « *créateurs d'entreprise* », peut atteindre un taux marginal de 45 % (hors abattements).

**902.** Pour rappel, ces deux schémas sont les suivants.

---

<sup>508</sup> Date d'entrée en vigueur du nouveau report d'imposition codifié à l'article 150-0 B ter du CGI.

**903.** Pour les délocalisations du domicile fiscal dans un Etat avec lequel la France a signé une convention fiscale d'élimination des doubles impositions conforme au modèle OCDE, c'est-à-dire une convention prévoyant que le droit d'imposer les gains en capital revient à l'Etat dans lequel le contribuable a sa résidence au jour de la cession, les étapes de réalisation de l'apport-cession-délocalisation sont les suivantes :

1. Le contribuable apporte ses titres à une société française soumise à l'impôt sur les sociétés et reçoit des titres de cette dernière en échange de l'apport,
2. La société bénéficiaire de l'apport cède les titres apportés,
3. Le contribuable transfère son domicile fiscal dans son pays de destination,
4. Désormais résident étranger, le contribuable attend huit ans avant de céder ses titres de la société bénéficiaire de l'apport.

**904.** Dans les hypothèses où le contribuable aspire à déménager dans un Etat avec lequel la France a signé une convention fiscale internationale prévoyant qu'en présence d'une participation substantielle, le droit d'imposer est accordé non plus à l'état de résidence du contribuable mais à l'Etat de résidence de la société dont la participation substantielle a été cédée, le schéma à suivre est un peu différent comme cela a été détaillé plus haut. En résumé, les étapes à suivre sont les suivantes :

1. Le contribuable apporte ses titres à une société implantée dans l'Etat dans lequel il souhaite déménager soumise à un impôt similaire à l'impôt sur les sociétés et reçoit des titres de cette dernière en échange de l'apport,
2. La société bénéficiaire de l'apport cède les titres apportés,
3. Le contribuable transfère son domicile fiscal dans son pays de destination,
4. Désormais résident étranger, le contribuable attend huit ans avant de céder ses titres de la société bénéficiaire de l'apport.

**905.** Finalement, l'exit tax apporte ici les modifications suivantes :

- Si la cession intervient dans les huit années suivant le départ de France, l'exit tax devient définitif et le contribuable doit s'acquitter de son obligation fiscale vis-à-vis de l'Administration fiscale française.

- En revanche, il résulte de l'article 167 bis, VII-2 du CGI qu'à l'expiration d'un délai de huit ans suivant le transfert de domicile fiscal hors de France, l'exit tax est dégrevé d'office, ou restitué s'il avait fait l'objet d'un paiement immédiat lors du transfert de domicile. Il en résulte que le contribuable cesse d'être redevable de son obligation fiscale en matière d'impôt sur le revenu vis-à-vis de l'Etat français.

Cette condition de durée de domiciliation n'est toutefois pas sans conséquence.

Elle implique une grande anticipation et une véritable délocalisation. Il n'est plus possible d'envisager une délocalisation brève juste assez longtemps pour céder ses titres sans éveiller les soupçons de l'Administration fiscale. De fait, cette modalité de l'exit tax remplit un objectif dissuasif conforme à l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale qui a motivé sa création.

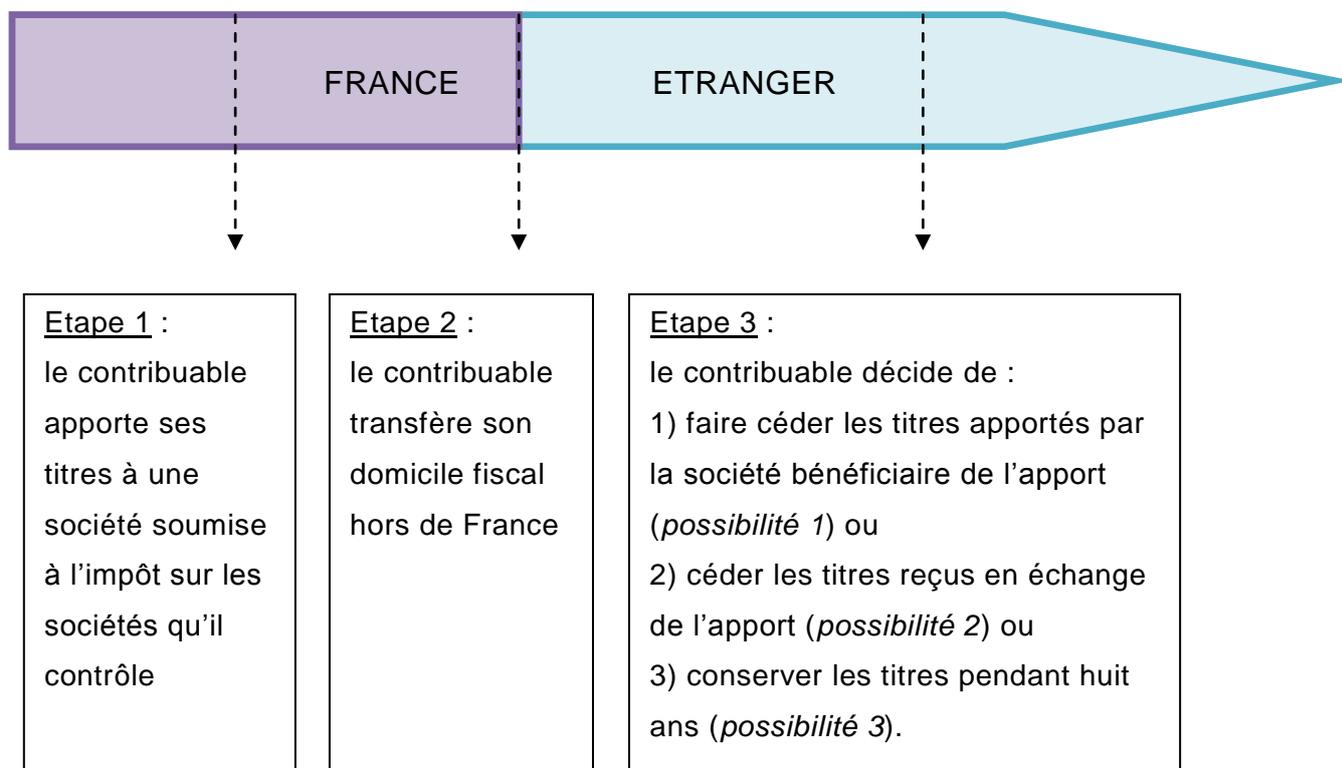
En outre, le contribuable restera soumis aux prélèvements sociaux alors que sans l'exit tax, il n'y aurait pas été soumis en raison de son statut de non résident au jour de la cession des titres reçus en échange de l'apport.

- 906.** La problématique est plus complexe depuis que ce sursis d'imposition a été remplacé par un report d'imposition lorsque l'apport de titres est réalisé en faveur d'une société contrôlée par l'apporteur depuis le 14 novembre 2012.

## *2. L'exit tax et l'article 150-0 B ter du CGI*

- 907.** Deux hypothèses mettant en jeu le dispositif du report d'imposition prévu par l'article 150-0 B ter du CGI et l'exit tax de l'article 167 bis du CGI doivent être étudiées, l'élément différenciant ces deux hypothèses reposant sur l'ordre de réalisation de deux opérations : l'apport des titres en société et le transfert du domicile fiscal hors de France. La première fait précéder le transfert de domicile fiscal par l'apport en société (a) alors que la seconde inverse ces deux opérations (b).

*a. Schéma n°1 : l'apport précède le transfert du domicile fiscal*



**908.** Précisons à titre de remarque préliminaire que nous prenons ici l'hypothèse qu'aucune plus-value n'est constatée entre l'apport en société et le départ de France. Si tel était le cas, il s'agirait d'une plus-value latente qui se verrait appliquer le régime correspondant.

**909.** Etape 1 : le contribuable apporte ses titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés qu'il contrôle.

**910.** En vertu de l'article 150-0 B ter, I du CGI, à l'issue de cette première étape, la plus-value d'apport constatée au jour de l'opération d'échange bénéficie d'un report d'imposition.

- 911.** Etape 2 : Le contribuable transfère son domicile fiscal hors de France.
- 912.** Il résulte de l'article 150-0 B ter, I du CGI que le transfert du domicile hors de France est l'un des événements mettant fin au report d'imposition :
- « Il est mis fin au report d'imposition à l'occasion :*
- 4° [...] lorsque le contribuable transfère son domicile fiscal hors de France dans les conditions prévues à l'article 167 bis ».*
- 913.** En principe, en vertu de l'exit tax, le contribuable devrait donc acquitter l'impôt reporté à l'occasion du transfert de son domicile fiscal hors de France. Cependant, l'article 18 de la troisième loi de finances rectificative pour 2012<sup>509</sup> a modifié l'article 167 bis, II du CGI afin d'intégrer au champ d'application de l'exit tax, les plus-values en report en vertu de l'article 150-0 B ter du CGI :
- « Lorsqu'un contribuable transfère son domicile fiscal hors de France, les plus-values de cession ou d'échange de droits sociaux, valeurs, titres ou droits mentionnés au 1 du I du présent article dont l'imposition a été reportée en application [...] 150-0 B ter [...] sont également imposables lors de ce transfert ».*

Or, les paragraphes IV et V de l'article 167 bis, prévoient que les deux dispositifs de sursis de paiement sont également applicables dans cette hypothèse.

Aussi, le contribuable titulaire d'une telle plus-value pourra, le cas échéant, bénéficier d'un sursis de paiement, automatique ou optionnel selon son Etat de destination.

**914.** Etape 3

- 915.** Pour rappel, nous envisageons ici l'hypothèse dans laquelle le contribuable souhaite, à terme, récupérer la valeur de ses titres au moindre coût fiscal. Il n'envisage donc ni de rentrer en France, ni de donner les titres reçus en échange de son apport.

---

<sup>509</sup> A l'origine de la création du report d'imposition de l'article 150-0 B ter du CGI.

**916.** Après avoir apporté ses titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés dont il détient le contrôle puis avoir transféré son domicile fiscal hors de France, le contribuable a trois possibilités : faire céder les titres apportés par la société bénéficiaire de l'apport, céder les titres reçus en échange de l'apport ou conserver les titres pendant huit ans.

**917.** *Possibilité 1*) : la société bénéficiaire de l'apport cède les titres apportés.

**918.** L'article 167 bis, VII-1-f du CGI prévoit l'expiration du sursis de paiement lors de :

*« La cession à titre onéreux, 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 du même article ».*

**919.** Comme nous l'avons développé à l'occasion de l'étude des événements susceptibles de mettre fin au sursis de paiement<sup>510</sup>, nous pensons que l'article 167 bis, VII-1-f du CGI doit être interprété à la lumière de l'article 150-0 B ter du CGI :

*« conformément à l'article 150-0 B ter du CGI ».*

Il en résulte que la cession des titres apportés ne donnerait lieu à la fin du sursis de paiement que dans les hypothèses où elle aboutirait à la fin du report d'imposition.

Autrement dit, une cession des titres apportés plus de trois ans après l'apport ou moins de trois ans après l'apport mais suivie d'un réinvestissement de 50 % du prix de cession dans une activité éligible dans les deux ans de la cession, ne devrait pas entraîner la fin du sursis de paiement.

En revanche, si la cession des titres apportés intervient dans les trois années suivant l'apport sans que la société cédante ne réinvestisse le prix de cession

---

<sup>510</sup> Cf. Paragraphes 889 et suivants de cette thèse.

conformément aux prescriptions de l'article 150-0 B ter du CGI, alors le sursis de paiement tomberait et l'exit tax devrait être acquitté.

- 920.** *Possibilité 2)* : le contribuable cède les titres reçus en échange de l'apport.
- 921.** L'article 167 bis, VII-1-f du CGI prévoit l'expiration du sursis de paiement en cas de cession des titres reçus en rémunération de l'apport :
- « La cession à titre onéreux, 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 du même article ».*
- 922.** Dans cette hypothèse, le sursis de paiement tomberait et l'exit tax deviendrait exigible.
- 923.** *Possibilité 3)* : le contribuable demeure huit années dans son nouveau pays de résidence avant d'envisager une cession quelconque.
- 924.** La cause de dégrèvement tenant à l'écoulement d'un délai de huit années depuis le départ de France ne s'appliquant pas aux plus-values dont l'imposition a été reportée, la durée de vie à l'étranger est indifférente en la matière. Si le contribuable conserve les titres, le sursis de paiement est simplement maintenu.
- 925.** Conclusion :
- 926.** Dans cette hypothèse, si l'on fait une interprétation stricte et isolée de l'article 167 bis du CGI (sans tenir compte des évènements mettant fin au report d'imposition prévus par l'article 150-0 B ter du CGI), la cession, qu'elle porte sur les titres apportés ou les titres reçus en échange de l'apport, entraîne la fin du sursis de paiement. L'apport-cession-délocalisation ne serait donc plus réalisable.

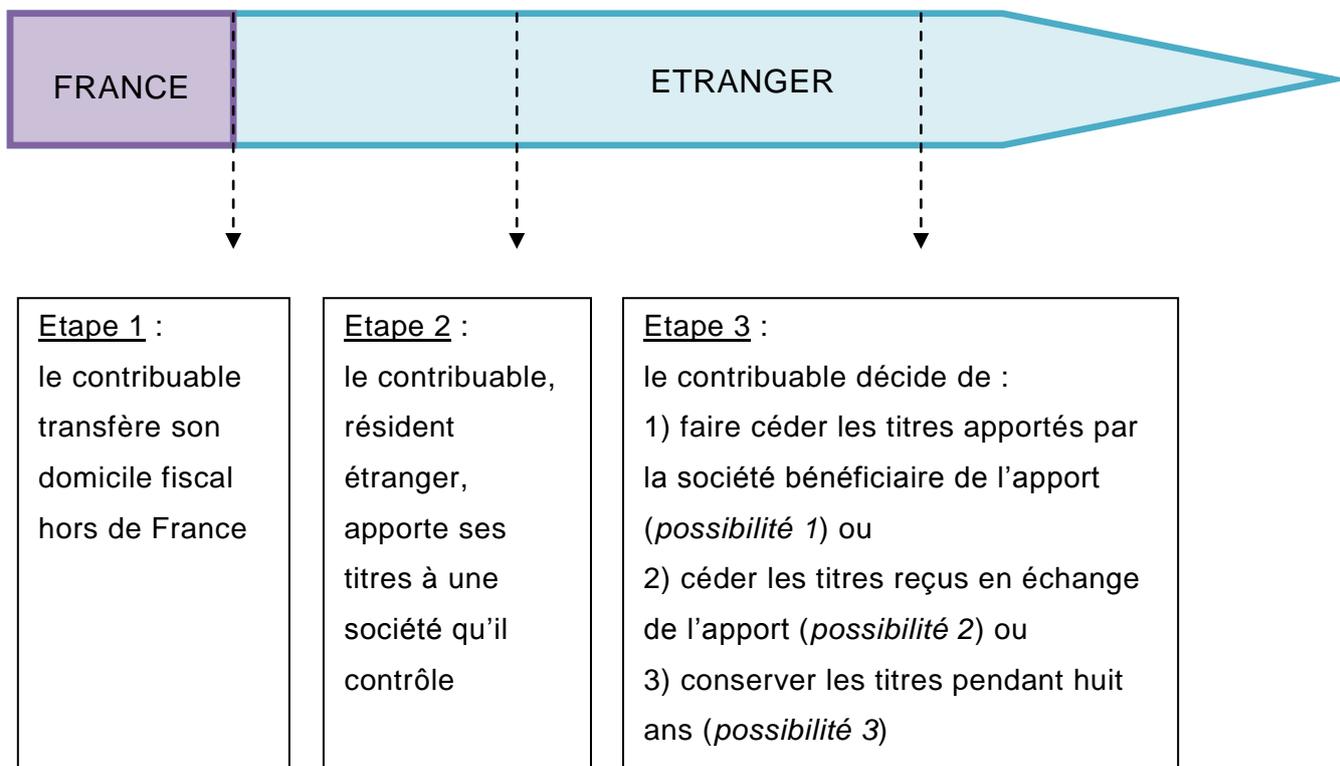
927. En revanche, si l'on interprète les causes de déchéance du sursis de paiement à la lumière de l'article 150-0 B ter du CGI alors l'apport-cession-délocalisation demeure possible.

Toutefois, bien que possible, son intérêt serait limité. Le dégrèvement ou la restitution de l'exit tax après huit années de domiciliation hors de France est limité aux plus-values latentes à l'exclusion des plus-values bénéficiant d'un report d'imposition. Or, l'apport à une société contrôlée par l'apporteur ayant été réalisé avant le départ de France, c'est sur une plus-value en report que porte l'exit tax et non sur une plus-value latente.

La délocalisation ne permettrait pas d'obtenir le dégrèvement de l'impôt sur le revenu. Elle n'apporterait donc pas d'avantage supplémentaire par rapport à une opération d'apport-cession réalisée dans un cadre national.

***b. Schéma n°2 : Le transfert du domicile fiscal précède l'apport***

928. Cette hypothèse se caractérise par une inversion de l'ordre chronologique de l'apport des titres et du transfert du domicile fiscal hors de France.



- 929.** Etape 1 : Le contribuable transfère son domicile fiscal hors de France.
- 930.** Le contribuable quitte la France et part s'installer à l'étranger. Contrairement au schéma précédent, il n'a pas encore réalisé l'apport en société de ses titres. Aussi, il est titulaire d'une plus-value latente et non d'une plus-value dont l'imposition a été reportée. Cet élément est déterminant au regard de l'étude de l'efficacité de l'apport-cession-délocalisation dans ce nouveau contexte fiscal.  
Là aussi, le contribuable pourra éviter d'acquitter immédiatement l'impôt grâce à l'obtention d'un sursis de paiement.
- 931.** Etape 2 : Désormais résident étranger, le contribuable apporte ses titres à une société qu'il contrôle.
- 932.** Le contribuable étant résident étranger au jour de l'apport, c'est le droit étranger, et non plus le droit français, qui va déterminer les conditions et effets de cette opération.  
Cependant, encore faut-il que cette opération réalisée à l'étranger ne soit pas considérée par le droit français comme un évènement mettant fin au sursis de paiement.
- 933.** Pour répondre à cette question, il convient d'étudier l'article 167 bis VII, 1, a du CGI.
- 934.** D'une part, cet article expose les évènements de nature à entraîner l'expiration du sursis de paiement à savoir la cession, le rachat, le remboursement ou l'annulation des droits sociaux, valeurs, titres ou droits. Aussi, l'opération d'apport n'est pas expressément citée par le législateur au titre des évènements de nature à mettre fin au sursis de paiement.

- 935.** Cependant, d'autre part, le même article prévoit une hypothèse dans laquelle la réalisation d'un apport est expressément exclue des événements mettant fin au sursis :

*« La cession s'entend des transmissions à titre onéreux, à l'exception des opérations d'échange entrant dans le champ d'application de l'article 150-0 B ».*

Il en résulte que le sursis de paiement n'expire pas lorsque des droits sociaux, valeurs, titres ou droits dont l'impôt de plus-value généré par le départ de France a bénéficié d'un sursis de paiement, font l'objet d'un apport en société réalisé conformément à l'article 150-0 B du CGI après le transfert du domicile fiscal hors de France.

- 936.** Or, l'article 150-0 B du CGI précise expressément qu'il ne s'applique que sous réserve de l'article 150-0 B ter du même code.

Est-ce à dire que l'apport à une société contrôlée par l'apporteur entraînera la fin du sursis de paiement ?

Il ne semble pas qu'il s'agisse là de la position d'une partie de la Doctrine. En effet, selon Patrick FUMENIER et Marie-Pierre HOO<sup>511</sup> :

*« Tout comme les opérations d'échange soumises au sursis d'imposition de l'article 150-0 B du CGI, celles entrant dans le champ d'application du nouvel article 150-0 B ter ne constituent pas un événement mettant fin au sursis de paiement ».*

Si le Code général des impôts ne répond pas expressément à cette interrogation, l'intention du législateur peut nous éclairer. C'est la volonté de lutter contre l'évasion fiscale qui l'a motivé à remettre en place un dispositif de taxation à la sortie des gains en capital. Il s'agissait d'éviter la perte de ressources fiscales liée au treaty shopping c'est-à-dire à cette tendance des contribuables à rechercher dans des législations étrangères, des dispositions plus favorables afin d'optimiser leur

---

<sup>511</sup> Patrick FUMENIER et Marie-Pierre HOO, « Apport-cession : institution d'un report d'imposition automatique des plus-values d'apport de titres à une société soumise à l'IS contrôlée par l'apporteur », Droit fiscal, n°5, 31 janvier 2013.

Voir également : Nicolas MESSAGE : « Le transfert de domicile fiscal », Droit fiscal, n°39, 26 septembre 2013, 440.

traitement fiscal. Or, la constatation, à l'occasion du transfert du domicile fiscal, d'un impôt dont il est sursis au paiement suffit à assurer cet objectif.

En outre, ne pas permettre aux contribuables partis s'installer hors de France de réaliser cet apport consacrerait une différence de traitement potentiellement contraire au droit de l'Union européenne dans la mesure où cet apport réalisé par un résident français donnerait lieu à un report d'imposition automatique alors qu'il aboutirait au paiement de l'exit tax s'il était réalisé après le transfert du domicile fiscal hors de France.

Nous serions donc tentés de considérer que l'apport des titres soumis à l'exit tax à une société contrôlée par l'apporteur alors que le contribuable est résident étranger ne constituerait pas un évènement mettant fin au report d'imposition.

**937.** Etape 3 :

**938.** Pour rappel, nous envisageons ici l'hypothèse dans laquelle le contribuable souhaite, à terme, récupérer la valeur de ses titres au moindre coût fiscal. Il n'envisage donc ni de rentrer en France, ni de donner les titres reçus en échange de son apport.

**939.** *Possibilité 1*) : la société bénéficiaire de l'apport cède les titres apportés :

**940.** Si l'apport qui a été réalisé à l'étranger entre dans le champ d'application de l'article 150-0 B du CGI, la cession des titres apportés n'est pas considérée par l'article 167 bis du CGI comme un évènement mettant fin au sursis de paiement, contrairement à la cession des titres reçus en échange de l'apport.

**941.** Si l'apport entre dans le champ d'application de l'article 150-0 B ter du CGI, sous réserve qu'il soit possible<sup>512</sup>, alors, si l'on considère que les causes de fin du sursis de paiement doivent être interprétées conformément aux évènements mettant fin au report d'imposition de l'article 150-0 B ter du CGI<sup>513</sup>, une cession des titres

---

<sup>512</sup> Cf. Etape 2 de l'hypothèse développée ici.

<sup>513</sup> Hypothèse que nous soutenons.

apportés plus de trois ans après l'apport ou moins de trois ans après l'apport mais suivie d'un réinvestissement de 50 % du prix de cession dans une activité éligible dans les deux ans de la cession, ne devrait pas entraîner la fin du sursis de paiement.

A l'inverse, si la cession des titres apportés intervient dans les trois années suivant l'apport sans que la société cédante ne réinvestisse le prix de cession conformément aux prescriptions de l'article 150-0 B ter du CGI, le sursis de paiement tombe et l'exit tax est exigible.

**942.** *Possibilité 2)* : le contribuable cède les titres reçus en échange de l'apport avant l'expiration d'un délai de huit ans :

Comme nous l'avons indiqué dans l'hypothèse précédente, il résulte de l'article 167 bis, VII-1-f du CGI que la cession des titres reçus en échange de l'apport entraîne l'expiration du sursis de paiement et donc l'exigibilité de l'exit tax.

**943.** *Possibilité 3)* : le contribuable demeure huit années dans son nouveau pays de résidence avant d'envisager une cession des titres reçus en échange de l'apport.

Au regard de l'Administration fiscale française, et bien que le contribuable ait ensuite réalisé un apport à l'étranger selon le schéma décrit ici, l'exit tax aura porté sur une plus-value latente. A ce titre, l'article 167 bis VII, 2 du CGI prévoit qu'à l'expiration d'un délai de huit ans suivant le transfert de domicile fiscal hors de France, l'impôt sur le revenu calculé conformément à l'exit tax est dégrèvé d'office, ou restitué s'il avait fait l'objet d'un paiement immédiat.

Toutefois, ce dégrèvement ne concerne que l'impôt sur le revenu et non les prélèvements sociaux qui resteront dus à l'occasion de la cession.

Le même article précise que la décharge du contribuable de ses obligations fiscales vis-à-vis de la France est conditionnée par la persistance, dans son patrimoine des

---

Pour rappel l'article 167 bis, VII-1-f du CGI prévoit l'expiration du sursis de paiement lors de « *La cession à titre onéreux, 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 du même article* ».

titres dont la plus-value a été soumise à l'exit tax ou des titres reçus lors d'une opération d'échange intervenue après le transfert de domicile fiscal hors de France.

**944.** Conclusion :

**945.** La même réserve que pour le schéma n°1 est valable ici : si l'on fait une interprétation stricte et isolée de l'article 167 bis (sans tenir compte des causes de fin du report d'imposition indiquées à l'article 150-0 B ter du CGI), la cession, qu'elle porte sur les titres apportés ou les titres reçus en échange de l'apport, entraîne la fin du sursis de paiement. L'apport-cession-délocalisation ne serait donc plus réalisable.

Mais, toujours comme pour le schéma n°1, si l'on interprète les causes de déchéance du sursis de paiement à la lumière de l'article 150-0 B ter du CGI et conformément aux libertés de circulation, alors l'apport-cession demeure possible.

**946.** Toutefois, contrairement au schéma n°1, l'opération d'apport-cession-délocalisation demeurerait fiscalement intéressante.

En effet, dans ce schéma l'apport en société est réalisé postérieurement au départ de France. L'exit tax s'applique donc sur une plus-value latente. Aussi, l'écoulement de huit années permettra effectivement au contribuable d'être déchargé de ses obligations fiscales en matière d'impôt sur le revenu vis-à-vis de l'Administration fiscale française et de n'être soumis, à cet égard, qu'au droit local de l'Etat qu'il aura choisi.

En revanche, les prélèvements sociaux resteront dus.

De plus, comme cela a été indiqué concernant l'impact de l'exit tax sur l'apport-cession-délocalisation réalisé sous le régime du sursis d'imposition de l'article 150-0 B du CGI, le délai huit ans nécessite un effort d'anticipation particulièrement important.

**947.** Enfin, pour que l'opération puisse être véritablement optimisante, encore faut-il que le droit local du pays d'installation du contribuable dispose lui aussi d'un mécanisme de différé d'imposition de la plus-value constatée au jour de l'apport en société. Cela implique d'étudier attentivement le droit fiscal local.

948. Ainsi, il est probable – mais cela devra être confirmé par le législateur ou l'Administration fiscale – que, malgré l'instauration du dispositif spécifique aux apports à une société contrôlée par l'apporteur et de l'exit tax, l'apport-cession-délocalisation reste fiscalement intéressant sous réserve d'une adaptation de ses modalités de réalisation, de la prise en compte d'un délai de détention de huit ans à l'étranger avant la cession des titres reçus en échange de l'apport et du paiement des prélèvements sociaux.
949. Cependant, pour que cela soit nécessaire, encore faudrait-il que l'exit tax survive aux différents contrôles que ne manqueront pas de lui faire subir les contribuables.

***Paragraphe 2 : Une pérennité fragile***

950. Malgré une volonté affichée du législateur de parer à toute contestation de son nouveau dispositif d'exit tax, il semble que des critiques puissent être formulées tant sur la forme (A) que sur le fond (B).
951. Or, cette question est d'importance. Si l'exit tax venait à être supprimé, les plus-values seraient imposables selon le droit commun, c'est-à-dire, en principe, dans l'Etat de résidence du cédant au jour de la cession. La tentative du Gouvernement de lutter contre l'évasion fiscale serait un échec et l'apport-cession-délocalisation pourrait jouer pleinement, sans entrave.

***A. Sur la forme : un dispositif complexe et rétrospectif***

952. La rédaction de l'exit tax (1) ainsi que sa date d'entrée en vigueur (2) sont deux éléments susceptibles de générer des contestations.

***1. Le principe de clarté de la loi et l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi***

**953.** Il résulte de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 que la loi fixe les règles concernant :

*« L'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ».*

**954.** En matière fiscale, cette règle de compétence posée par la Constitution peut être complétée, notamment, par les articles 4 – posant le principe d'égalité devant la loi – 14 – *« Les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée »* ou encore 16 – assurant la garantie des droits des citoyens – de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

**955.** Le Conseil constitutionnel juge que pour que le législateur remplisse pleinement sa compétence, les dispositions législatives doivent permettre aux contribuables de comprendre et d'anticiper la portée des normes adoptées, à défaut de quoi les dispositions seraient entachées d'incompétence négative. Autrement dit, une disposition insuffisamment claire pourrait être sanctionnée sur le fondement de sa contrariété au principe de clarté et à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, le législateur n'étant pas allé au bout de ses obligations.

**956.** A titre d'exemple, le Conseil constitutionnel a considéré dans une décision du 29 décembre 2005<sup>514</sup> que :

*« [...] l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration de 1789 et " la garantie des droits " requise par son article 16 ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité excessive*

---

<sup>514</sup> Conseil constitutionnel, 29 décembre 2005, 2005-530 DC, RJF 3/06, n°290.

au regard de l'aptitude de leurs destinataires à en mesurer utilement la portée ».

957. Le Conseil ajoute que :

*« [...] en matière fiscale, la loi, lorsqu'elle atteint un niveau de complexité tel qu'elle devient inintelligible pour le citoyen, méconnaît en outre l'article 14 de la Déclaration de 1789 [...] ».*

958. Cet argument aurait ainsi pu trouver un écho favorable s'il avait été soulevé à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de l'article 48 de la loi 2011-900 créant l'exit tax dans sa nouvelle version. En effet, l'article 48 est particulièrement complexe eu égard à sa longueur, à de nombreux renvois opérés vers d'autres dispositions, à un certain nombre d'imprécisions et de questions restées sans réponse. Ceci est d'autant plus vrai que des réformes sont venues ajouter à cette complexité. Mais si « nul n'est censé ignorer la loi », encore faut-il que cette dernière puisse être connue et comprise.

959. En effet, comme l'indique la décision du Conseil constitutionnel précitée, ces éléments sont de nature à compromettre la clarté, l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi au sens constitutionnel. Dans cette décision les Sages avaient jugé que :

*« [...] la complexité de ces règles se traduit notamment par la longueur de l'article 78, par le caractère imbriqué, incompréhensible pour le contribuable, et parfois ambigu pour le professionnel, de ses dispositions, ainsi que par les très nombreux renvois qu'il comporte à d'autres dispositions elles-mêmes imbriquées ; que les incertitudes qui en résulteraient seraient source d'insécurité juridique, notamment de malentendus, de réclamations et de contentieux ».*

960. Cependant, la complexité n'est pas en soi proscrite, elle ne doit simplement pas être excessive. En effet, le Conseil constitutionnel vérifie que la complexité ne trouve pas de justification dans un motif d'intérêt général.

Concernant l'exit tax, il pourrait être rétorqué à la critique de l'absence de clarté du texte, les motifs de cette complexité à savoir la volonté étatique d'assurer la

conformité de ce dispositif au droit national mais aussi et surtout au droit de l'Union européenne et aux conventions fiscales internationales et traités signés par la France.

- 961.** Quoi qu'il en soit, cet argument n'a pas été étudié par le Conseil constitutionnel dans sa décision 2011-638 DC<sup>515</sup> relative à la loi de finance rectificative pour 2011 à l'origine de la création du nouvel exit tax.
- 962.** Nous aurions pu imaginer l'introduction d'une question prioritaire de constitutionnalité sur ce fondement. Depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010, l'article 61-1 de la Constitution<sup>516</sup> prévoit une nouvelle voie de droit pour les justiciables. Ces derniers peuvent désormais invoquer la non-conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit.

L'article 23-5 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 introduit par la loi organique 2009-1523 du 10 décembre 2009 indique ainsi que :

*« Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat [...] ».*

Ne serait-il pas possible de soulever aujourd'hui cette contrariété de l'exit tax au principe de clarté de la loi et à l'objectif constitutionnel d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ?

- 963.** Il résulte de l'article 23-2 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 introduit par la loi organique 2009-1523 du 10 décembre 2009 que la transmission

---

<sup>515</sup> Conseil constitutionnel, 28 juillet 2011, 2011-638 DC, RJF 11/11, n°1191.

<sup>516</sup> « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

*Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ».*

d'une question prioritaire de constitutionnalité ne peut intervenir que si trois conditions sont réunies :

« 1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;

2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;

3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux ».

**964.** Or, comme nous l'avons indiqué, le dispositif d'exit tax a déjà été soumis au Conseil constitutionnel qui a rendu sa décision le 28 juillet 2011<sup>517</sup> et aucun changement de circonstances ne pourrait *a priori* être invoqué au moyen de cette demande.

**965.** En outre, même si ces conditions n'avaient pas empêché un tel recours, la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à la question prioritaire de constitutionnalité s'y serait opposée. En effet, le Conseil d'Etat a déjà indiqué à plusieurs reprises<sup>518</sup> que :

« [...] la méconnaissance du principe constitutionnel de clarté de la loi et de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution »

**966.** Autrement dit, si cet argument n'a pas été invoqué à l'occasion du contrôle de constitutionnalité ordinaire, il ne pourra de toute façon pas l'être dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité.

---

<sup>517</sup> Décision du Conseil constitutionnel, 28 juillet 2011, 2011-638 DC précitée.

<sup>518</sup> Conseil d'Etat, 29 octobre 2010, n°339200, RJF 1/11, n°85 ; Limousin et Conseil d'Etat, 29 octobre 2010, n°339202, Charles, RJF 1/11, n°85, Conseil d'Etat, QPC, 11 juillet 2011, n°349579, 9<sup>e</sup> s.-s., Cabinet Didier King & associés, RJF 12/11, n°1354.

**967.** La contestation de la date d'entrée en vigueur de la disposition serait-elle plus concluante ?

## *2. L'instauration d'un dispositif rétroactif*

**968.** Résumons les différentes dates à retenir dans l'adoption de l'exit tax nouvelle version :

- Le 3 mars 2011 : François BAROIN, alors Ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat et porte-parole du Gouvernement, annonce l'intention du Gouvernement de mettre en place un impôt de sortie au cours du colloque sur la fiscalité patrimoniale,
- Le 11 mai 2011 : Le Gouvernement présente le projet de loi de finances rectificative en Conseil des Ministres,
- Le 28 juillet 2011 : Le Conseil constitutionnel rend sa décision<sup>519</sup>,
- Le 29 juillet 2011 : La loi est définitivement adoptée,
- Le 30 juillet 2011 : La loi de finances rectificative est publiée au Journal officiel,
- Le 6 avril 2012 : Le décret d'application de l'exit tax paraît,
- Le 31 octobre 2012 : L'Administration fiscale publie ses commentaires<sup>520</sup>.

**969.** Afin de limiter les délocalisations, postérieures à l'annonce de cet impôt de sortie et antérieures à l'adoption de la loi, motivées par la fuite devant une imposition supplémentaire et les attraits fiscaux d'autres Etats, la loi précise que l'exit tax est applicable aux transferts du domicile fiscal réalisés à compter du 3 mars 2011, c'est-à-dire à compter de l'annonce du Gouvernement de mettre en place un

---

<sup>519</sup> Conseil constitutionnel, 28 juillet 2011, 2011-638 DC, RJF 11/11, n°1191.

<sup>520</sup> Voir notamment :

Laurence LADOUX : « *Exit tax : l'administration fiscale livre ses commentaires* », Les Nouvelles Fiscales 2012, n°1073, pages 21 et suivantes.

Frédérique PERROTIN : « *Exit tax : les commentaires de Bercy* », Les Petites affiches, n°232, 20 novembre 2012, pages 4 et suivantes.

Revue de Droit fiscal : « *Commentaires administratifs de l'exit tax applicable depuis le 3 mars 2011* », n°48, 29 novembre 2012, comm. 535 ou encore « *Commentaires administratifs de l'exit tax applicable entre le 9 septembre 1998 et le 31 décembre 2004* », n°48, 29 novembre 2012, comm. 536.

mécanisme destiné à lutter contre les expatriations motivées par le souhait d'échapper à l'imposition des plus-values.

Il en résulte que l'exit tax s'applique à des opérations antérieures à son adoption.

**970.** Nous pouvons nous interroger sur la possibilité pour le contribuable de contester ce dispositif sur le fondement de la rétroactivité.

**971.** Pour répondre à cette question, il convient dans un premier temps de déterminer précisément de quel type de rétroactivité il s'agit. En effet, comme l'indiquait le rapport de Bruno GIBERT réalisé en 2004<sup>521</sup>, il existe trois variantes de la rétroactivité :

- La rétroactivité juridique,
- La « *rétroactivité économique* »,
- La « *rérospectivité* » des lois de finances, aussi appelée « *petite rétroactivité* » ou « *rétroactivité de fait* ».

**972.** La première de ces rétroactivités, seule vraie rétroactivité au sens juridique du terme, est caractérisée dès lors qu'une loi nouvelle régit la validité et les effets passés de situations juridiques nées avant sa promulgation.

L'application de cette définition générale au droit fiscal permet de considérer qu'une loi fiscale est rétroactive dès qu'elle a vocation à s'appliquer à des faits générateurs antérieurs à sa promulgation.

**973.** La rétroactivité économique fait quant à elle référence à des dispositions conçues pour ne s'appliquer qu'à des situations futures mais qui vont avoir des conséquences, par exemple, sur les prévisions réalisées par les opérateurs économiques affectant ainsi la sécurité juridique de ces derniers.

---

<sup>521</sup> Rapport Bruno GIBERT : « *Améliorer la sécurité du droit fiscal pour renforcer l'attractivité du territoire* », Fiche V « *Restreindre la rétroactivité fiscale* », septembre 2004.

Guillaume-Henri BOUCHERON et Eric MEIER : « *Les droits et libertés constitutionnels en matière fiscale* », Droit fiscal, n°12, 25 mars 2010, 243.

**974.** Enfin, la rétroactivité caractérise les mesures fiscales contenues dans les lois de finances adoptées et promulguées en année « n » et destinées à s'appliquer à des revenus générés l'année « n » mais déclarés et imposés en année « n + 1 ».

Bien que ces dispositions puissent donner l'impression d'être rétroactives dans la mesure où elles sont susceptibles de s'appliquer à des événements formellement arrivés au cours de l'année « n », il n'en est rien. En effet, le fait générateur de l'impôt sur le revenu intervient non pas au jour de la cession des titres mais au dernier jour de l'année civile au cours de laquelle la cession est intervenue c'est-à-dire au 31 décembre<sup>522</sup>.

Le fait générateur de la plus-value imposable pourrait ainsi être distingué du fait générateur de l'imposition, le premier pouvant intervenir à tout moment au cours de l'année civile sans affecter le caractère rétroactif ou non d'une loi tandis que le second interviendrait invariablement le 31 décembre et constituerait l'élément temporel de référence permettant de distinguer la rétroactivité de la rétrospectivité. Nous pouvons citer ici la définition du fait générateur telle que développée par Céline BAS dans sa thèse sur ce sujet<sup>523</sup>. Selon elle, le fait générateur est un élément complexe qui se compose d'un élément substantiel, variable, constitué par les opérations réalisées par le contribuable durant toute la période d'imposition – c'est-à-dire du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre pour le cas qui nous occupe – et d'un élément temporel, immuable, correspondant à la fin de la période en question.

**975.** En l'espèce, le dispositif est applicable aux transferts de domiciles intervenus avant le 31 décembre 2011, date du fait générateur de l'impôt sur le revenu des personnes physiques. Il n'y a donc pas de rétroactivité au sens juridique du terme. Il y a simplement rétrospectivité de la loi de finances rectificative pour 2011. Notons qu'à défaut de précision, les lois de finances s'appliquent à l'ensemble des revenus perçus l'année de leur adoption et déclarés en « n + 1 ». Aussi, en réalité, en fixant la date d'effet de l'exit tax au 3 mars 2011, le législateur limite la rétrospectivité mécanique de la loi de finances rectificative.

---

<sup>522</sup> Conseil d'Etat, Assemblée, 5 janvier 1962, n°46798, Dupont 1962, page 120.

<sup>523</sup> Céline BAS, Thèse « *Le fait générateur de l'impôt* », Aix Marseille III, 2006.

976. Bien que particulièrement contestée en France – la rétroactivité a donné lieu à différents rapports<sup>524</sup>, projets et propositions de loi<sup>525</sup> tendant à son encadrement, aucun d’eux n’ayant finalement été adoptés – et comme le soulignait la Direction de la législation fiscale dans une étude menée sur un échantillon de sept Etats, la rétroactivité n’est pas une spécificité française<sup>526</sup>. Des dispositifs similaires existent notamment en Allemagne, en Italie, aux Pays-Bas, en Belgique ou encore en Espagne.

977. Néanmoins, cette « *petite rétroactivité* » peut apparaître troublante voire illégitime pour le contribuable. Ce dernier a, en effet, tendance à considérer que la loi qui lui est légitimement applicable est celle en vigueur au jour de la réalisation de l’acte matériel ou substantiel<sup>527</sup> à l’origine d’une imposition. C’est ignorer la définition même du fait générateur. Le contribuable ne devrait pas pouvoir contester cette petite rétroactivité, conforme au pouvoir du législateur d’adapter la norme fiscale aux contraintes budgétaires et politiques existant au jour de l’adoption de la loi fiscale.

Cependant, ce type de « *rétroactivité* » peut porter atteinte à la sécurité juridique des contribuables et avoir des conséquences dommageables pour ces derniers. Nous pouvons donc nous interroger sur les fondements qui pourraient être invoqués par les contribuables pour remettre en cause le caractère rétrospectif de l’exit tax à savoir le principe de non rétroactivité (a), l’article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales (b) et les principes de sécurité juridique et de confiance légitime (c).

---

<sup>524</sup> Les rapports De Bruno GIBERT en 2004 et Olivier FOUQUET en 2008.

<sup>525</sup> A titre d’exemple nous pouvons citer la proposition n° 1151 présentée en octobre 1998 par Nicolas SARKOZY et Jean-Louis DEBRÉ ou encore la proposition n° 1787 déposée par Alain SUGUENOT et Louis GISCARD D’ESTAING en septembre 2004. Plus récemment encore, deux propositions de lois ont été déposées dans le but d’encadrer la rétroactivité des lois fiscales le 19 décembre 2012. En substance, ces lois reviendraient, au nom du principe de sécurité juridique, à limiter les possibilités de mettre en place des mesures rétroactives. Plusieurs exceptions étant prévues et notamment la préservation de l’intérêt général.

Voir notamment : Editions Lexbase : « *Sécurité juridique : dépôt de deux propositions de lois visant à encadrer la rétroactivité des lois fiscales* », n°513, 24 janvier 2013, n° LXB : N5359BTN.

<sup>526</sup> Rapport Bruno GIBERT, « *Améliorer la sécurité du droit fiscal pour renforcer l’attractivité du territoire* », Fiche V « *Restreindre la rétroactivité fiscale* », septembre 2004.

<sup>527</sup> Selon la définition du fait générateur développée par Céline BAS.

### *a. Le principe de non rétroactivité*

**978.** Il existe bien un principe constitutionnel de non rétroactivité pénale comme l'indique l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen selon lequel :

*« La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».*

Toutefois, si ce principe constitutionnel a été étendu à la rétroactivité des sanctions fiscales, il ne trouve, en revanche, pas à s'appliquer en dehors du cadre répressif.

**979.** Cela n'implique pas pour autant que le Conseil constitutionnel refuse tout contrôle des dispositions rétroactives. En effet, les Sages affirment de manière constante que :

*« Le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive ; que, si, dans les autres matières, le législateur a la faculté d'adopter des dispositions rétroactives, il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ».*

**980.** Plus précisément, le Conseil constitutionnel veille à ce que les dispositions rétroactives respectent un certain nombre de principes : elles doivent être motivées par un intérêt général suffisant, ne pas priver de garantie légale les exigences constitutionnelles et respecter l'autorité de la chose jugée, la séparation des pouvoirs et les instances en cours<sup>528</sup>.

**981.** Toutefois, ces encadrements étaient jusque-là expressément limités par les hauts juges aux cas de rétroactivité, au sens juridique du terme. Or, comme nous venons

---

<sup>528</sup> Voir notamment : Eric MEIER et Guillaume-Henri BOUCHERON : « *Les droits et libertés constitutionnels en matière fiscale* », Droit fiscal, n°12, 25 mars 2010, 243.

de l'expliquer l'exit tax issu de la loi de finances rectificative pour 2011<sup>529</sup> est d'application rétrospective et non rétroactive.

Le Conseil constitutionnel a, jusqu'ici, toujours refusé de voir dans la rétroactivité, une modalité d'application de la loi fiscale soumise à son contrôle. A titre d'exemple, nous pouvons citer une décision de 1997<sup>530</sup> dans laquelle le Conseil constitutionnel a rappelé, à l'encontre d'une critique formulée contre la rétroactivité d'une mesure fiscale modifiant le régime des plus-values de cession d'actifs, que :

*« [...] en prévoyant que les dispositions nouvelles régiraient les exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1997, le législateur s'est borné à déterminer les modalités d'application de la loi dans le temps, en fondant son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction du but qu'il s'était fixé ».*

**982.** Le Conseil constitutionnel a réitéré cette jurisprudence constante dans ses décisions 2012-661 DC<sup>531</sup> relative à la troisième loi de finances rectificative pour 2012 et 2012-662 DC<sup>532</sup> au sujet de la loi de finances pour 2013 dans les termes suivants :

*« Considérant qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ».*

**983.** Les Sages confirment donc que la petite rétroactivité ne doit pas être incluse dans le contrôle de conformité imposé aux mesures juridiquement rétroactives. La petite rétroactivité fiscale est donc conforme à la Constitution en ce qu'elle découle nécessairement de la déclaration et de l'imposition en année « n + 1 » des revenus perçus en année « n ».

---

<sup>529</sup> Loi 2011-900 du 29 juillet 2011.

<sup>530</sup> Conseil constitutionnel, 7 novembre 1997, 97-391 DC, RJF 12/97, n°1161.

<sup>531</sup> Conseil constitutionnel, 29 décembre 2012, 2012-661 DC, RJF 3/13, n°336 - Considérant 13.

<sup>532</sup> Conseil constitutionnel, 29 décembre 2012, 2012-662 DC, RJF 3/13, n°335 - Considérant 42.

**984.** Pour autant, le Conseil constitutionnel n'en reste pas là et semble étendre son pouvoir de contrôle à certaines hypothèses de rétroactivité<sup>533</sup>. En effet, dans ces deux décisions, il précise que :

« [le législateur] méconnaît la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 s'il portait aux situations légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant ».

**985.** Autrement dit, si une situation de rétroactivité, en principe conforme à la Constitution, venait à porter atteinte à une situation « *légalement acquise* », le Conseil constitutionnel s'estime en droit de vérifier l'existence d'un motif d'intérêt général à même d'en justifier l'existence et, le cas échéant, de sanctionner la disposition contraire à l'article 16 de la DDHC selon lequel :

« *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* »

**986.** La solution adoptée par le Conseil au regard de l'article 18 de la troisième loi de finances rectificative pour 2012 illustre cette extension de son contrôle.

Dans le considérant 17 de la décision 2012-661 DC<sup>534</sup> relative à la troisième loi de finances rectificative pour 2012, les hauts juges rappellent que l'article 18 remplace le sursis d'imposition automatique prévu en cas d'apport de titres à une société contrôlée par l'apporteur soumise à l'impôt sur les sociétés par un report d'imposition et prévoit l'application de cette disposition non aux apports réalisés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013 mais à ceux effectués à partir du 14 novembre 2012<sup>535</sup>. Cette dernière disposition caractérise une situation de rétroactivité, le fait générateur de l'impôt sur le revenu étant fixé au 31 décembre. Aussi, le Conseil

---

<sup>533</sup> Stéphane AUSTRY : « *Lois fiscales rétroactives : quoi de neuf après les récentes décisions du Conseil constitutionnel ?* », Feuilles Rapides Fiscaux Francis Lefebvre 4/13, 25 janvier 2013, n°4, ou encore « *Rétroactivité de la loi fiscale : la jurisprudence du Conseil constitutionnel a-t-elle évolué ?* », Feuilles Rapides Fiscaux Francis Lefebvre 4/13, 25 janvier 2013.

<sup>534</sup> Considérant 13.

<sup>535</sup> Date de la présentation du troisième projet de loi de finances rectificative pour 2012 en Conseil des Ministres.

constitutionnel aurait pu écarter ce grief sans plus s'y attarder. Ce n'est pourtant pas la solution qu'il a retenu. En effet, ce dernier a statué comme suit :

*« en décidant que ces dispositions ne seraient applicables qu'aux apports qui ont pris date certaine à compter de cette date, le législateur a entendu éviter que le dépôt du projet de loi sur le bureau de l'Assemblée nationale n'entraîne, avant l'entrée en vigueur de la loi, des effets contraires à l'objectif poursuivi ; que, par suite, l'effet rétroactif qui résulte du paragraphe II de l'article 18 est justifié par un motif d'intérêt général suffisant ; que les dispositions de ce paragraphe II, qui ne méconnaissent aucune autre exigence constitutionnelle, doivent être déclarées conformes à la Constitution ».*

- 987.** Aussi, le Conseil constate l'existence d'un effet « rétroactif » et vérifie si la disposition jugée « rétroactive » est justifiée par un motif d'intérêt général suffisant. En l'espèce, la lutte contre des effets que la loi tend précisément à éviter est considérée comme un motif d'intérêt général suffisant permettant la validation de la disposition.
- 988.** Là encore nous aurions pu imaginer l'introduction d'une question prioritaire de constitutionnalité sur ce fondement contre le nouveau dispositif d'exit tax entré en vigueur le 3 mars 2011.
- 989.** C'est précisément la démarche suivie par Monsieur Gibier. Ce dernier invoquait deux éléments au soutien de sa question prioritaire de constitutionnalité. D'une part, l'article 48 de la loi 2011-900 à l'origine du nouveau dispositif d'exit tax portait atteinte à une situation légalement acquise et méconnaissait donc la garantie des droits assurée par l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. D'autre part, ce même article était contraire au droit de propriété garanti par les articles 2<sup>536</sup> et 17<sup>537</sup> de cette même Déclaration.

---

<sup>536</sup> « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

<sup>537</sup> « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

**990.** Le Conseil d'Etat statue sur cette question prioritaire de constitutionnalité le 13 juin 2012<sup>538</sup>. Il rappelle que le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 48 de la loi 2011-900 conforme à la Constitution dans sa décision 2011-638 du 28 juillet 2011 et que :

*« par suite, et alors même que cet examen n'a pas expressément porté sur le IV de cet article, l'ensemble des dispositions de l'article 48 de la loi du 29 juillet 2011 a déjà été déclaré conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ; qu'ainsi, en l'absence de changement de circonstances, il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée ».*

Le Conseil d'Etat fait ici application de l'article 23-2 de l'ordonnance n°58-1067 selon lequel la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité ne peut intervenir que si trois conditions sont réunies parmi lesquelles une condition tenant au fait que la disposition ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution, sauf changement de circonstance :

*« 2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ».*

**991.** Ainsi, la critique de l'exit tax sur le fondement de la garantie des droits et du droit de propriété n'a pas prospéré.

**992.** Notons que Monsieur Gibier avait également formé un recours pour excès de pouvoir contre le décret 2012-457 du 6 avril 2012 relatif à l'imposition des plus-values et créances en cas de transfert du domicile hors de France. Il avait à cette occasion soulevé le même moyen contre l'article 167 bis du CGI et contre l'article 3 du décret précité qui reprend la fixation de la date d'entrée en vigueur au 3 mars 2011.

---

<sup>538</sup> Conseil d'Etat, QPC, 13 juin 2012, n°359314, M. Gibier. Cf Annexe 3.

Le Conseil d'Etat<sup>539</sup> a rappelé ici qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur la non-conformité d'une disposition légale à la Constitution en dehors des cas où il est saisi sur la base de l'article 61-1 de la Constitution relatif à la question prioritaire de constitutionnalité.

Concernant le décret, il indique que ce dernier ne fait que tirer les conséquences de la disposition légale de sorte que :

*« le moyen tiré de la méconnaissance du principe de sécurité juridique qui résulterait de cette mention, ne peut, en conséquence, qu'être écarté ».*

993. Le contribuable ne pourrait-il pas invoquer d'autres fondements au soutien de sa contestation de la rétroactivité de l'exit tax ?

***b. L'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales***

994. Commençons par rappeler ici la décision rendue par le Conseil d'Etat à l'occasion de l'affaire Daumen<sup>540</sup> dans laquelle s'était posée la question de la conformité de l'ancien dispositif d'exit tax à l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel.

Dans cette espèce, le Conseil d'Etat n'a pas fait application de cette disposition pour sanctionner la rétroactivité de l'ancien exit tax :

*« [...] la circonstance que de telles plus-values n'étaient auparavant pas imposées ne peut être regardée comme constituant un bien au sens de l'article 1er du premier protocole ; que, dès lors, les contribuables ne pouvaient se prévaloir d'aucune espérance légitime de ne pas être imposés en France à raison des*

---

<sup>539</sup> Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 12 juillet 2013, n°359314, M. Gibier ; Cf. Annexe 3, Conclusions de B. BOHNERT, dans Franck LE MENTEC : « *Le nouveau régime d'exit tax face aux normes supra législatives : état des lieux des tests de résistance* », Droit fiscal, n°37, 12 septembre 2013, comm. 417.

<sup>540</sup> Conseil d'Etat, 21 novembre 2012, n°347223, Daumen, RJF 2/13, n°164 ; Conclusions du Rapporteur public Vincent DAUMAS : « *L'ancienne exit tax (avant le 1-1-2005) était-elle conventionnellement applicable en cas de transfert du domicile fiscal en Suisse ?* » BDCF 2/13, n°20.

*plus-values " latentes" constatées à la date du transfert de leur domicile fiscal hors de France ».*

Le juge indiquait ainsi que le fait qu'une opération n'ait pas généré d'imposition par le passé, ne confère pas un droit à l'absence d'imposition du contribuable. La création d'un impôt là où il n'y en avait pas ne met donc en échec aucune espérance légitime.

- 995.** Nous pouvons toutefois nous interroger sur la possibilité de transposer cette solution relative à l'ancien exit tax à une éventuelle contestation de la rétroactivité de la nouvelle version de l'exit tax sachant que, comme dans l'affaire Daumen, il s'agit d'une hypothèse de création d'un dispositif d'exit tax.
- 996.** Une différence mérite d'être soulignée : l'ancienne version de l'exit tax avait été créée alors qu'aucun dispositif similaire n'avait encore été mis en place en France. Ce n'est bien évidemment pas le cas de son successeur, le nouvel exit tax. Cet élément est intéressant dans ce contexte car si l'arrêt De Lasteyrie du Saillant précité condamnait l'exit tax français, il n'en commandait pas pour autant la suppression pure et simple. L'ancien exit tax aurait pu être modifié afin d'être adapté aux exigences de la Cour de justice des Communautés européennes – devenue Cour de justice de l'Union européenne. Au lieu de cela, le législateur français a pris la décision de le supprimer. Il est dès lors tout à fait concevable que le contribuable, fort de cette abrogation volontaire, se soit légitimement senti à l'abri de la remise en place d'un dispositif déjà condamné.
- 997.** Ce n'est pas la solution finalement retenue par le Conseil d'Etat qui confirme la solution rendue dans l'affaire Daumen – sur l'ancien exit tax – dans l'arrêt M. Gibier rendu le 12 juillet 2013 à propos du nouvel exit tax<sup>541</sup>.
- 998.** Dans cette espèce, le requérant invoquait notamment la modalité selon laquelle ce nouveau dispositif d'imposition avait été rendu public. En effet, contrairement à ce qui avait été fait concernant l'ancienne version de l'exit tax, l'entrée en vigueur

---

<sup>541</sup> Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 12 juillet 2013, n°359314, M. Gibier ; Cf. Annexe 3. Conclusions de B. BOHNERT, dans Franck LE MENTEC : « *Le nouveau régime d'exit tax face aux normes supra législatives : état des lieux des tests de résistance* », Droit fiscal, n°37, 12 septembre 2013, comm. 417.

nouveau dispositif n'était pas liée au jour de sa présentation en Conseil des Ministres mais à une annonce faite à l'occasion d'un colloque sur la fiscalité du patrimoine dans des termes assez vagues :

*« Comment appréhender le revenu de celui qui s'expatrie, non pour des raisons professionnelles, mais seulement le temps d'échapper à la taxation de sa plus-value ? »*

Voir dans cette annonce une information du contribuable semble quelque peu excessif. Tout au plus ce dernier pouvait-il imaginer l'instauration d'un dispositif sanctionnant le départ à l'étranger sans toutefois pouvoir en appréhender les modalités.

999. Toutefois, conformément à la jurisprudence SCI Résidence Dauphine<sup>542</sup> selon laquelle la suppression d'une exonération fiscale ne porte pas en elle-même atteinte à l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel, et à la solution rendue dans l'affaire Daumen, le Conseil d'Etat a ici statué en faveur de la conformité du nouvel exit tax à l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel. Selon son arrêt, la remise en place d'un dispositif d'exit tax supprimé quelques années auparavant, ne constitue pas une atteinte à l'espérance légitime des contribuables :

*« [...] en instituant un mécanisme nouveau de taxation des plus-values latentes constatées par les contribuables qui transfèrent leur domicile fiscal hors de France à compter du 3 mars 2011, alors que le précédent dispositif de même nature avait été abrogé en 2005, le législateur ne peut être regardé comme ayant remis en cause un avantage fiscal dont les contribuables pouvaient escompter la pérennisation ; que la circonstance que de telles plus-values n'étaient auparavant pas imposées ne peut être regardée comme constituant un bien au sens de l'article 1er du premier protocole ; qu'ainsi, le législateur n'a privé les*

---

<sup>542</sup> Conseil d'Etat, 30 novembre 1994, n° 128516, 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.-s. ; SCI Résidence Dauphine, RJF 1/1995, n°132 ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement Giles BACHELIER : « *Suppression rétroactive d'une exonération temporaire de la taxe foncière sur les propriétés bâties. Examen au regard du droit au respect des biens et du principe de non-discrimination prévus par la convention européenne des droits de l'homme ; inapplicabilité des principes généraux du droit communautaire* », RJF 1/1995, pages 9 et suivantes.

*contribuables d'aucune espérance légitime de ne pas être imposés en France à raison des plus-values constatées à la date du transfert du domicile fiscal hors de France ».*

**1000.** Le Conseil en déduit le rejet de la contestation de l'exit tax ainsi que de sa date d'entrée en vigueur – le 3 mars 2011 – au regard de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

**1001.** Le recours d'un contribuable aurait-il plus de succès sur le fondement des principes de sécurité juridique et de confiance légitime ?

***c. Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime***

**1002.** Il convient tout d'abord de définir et de distinguer les principes de sécurité juridique<sup>543</sup> et de confiance légitime.

**1003.** Le principe de sécurité juridique est défini par le lexique des termes juridiques paru aux éditions Dalloz<sup>544</sup> comme un :

*« Principe de droit communautaire selon lequel les particuliers et les entreprises doivent pouvoir compter sur une stabilité minimale des règles de droit et des situations juridiques ».*

Le même lexique définit le principe de confiance légitime<sup>545</sup> comme un :

*« Principe de droit communautaire déduit du principe de sécurité juridique selon lequel le justiciable de bonne foi [...] peut compter sur une certaine stabilité des textes sur lesquels il a fondé certaines décisions, généralement d'ordre économique. En conséquence, un changement trop rapide et imprévisible de ces*

---

<sup>543</sup> Voir notamment : François LUCHAIRE : « *La sécurité juridique en droit constitutionnel français* », Cahiers du Conseil constitutionnel n°11 (Dossier : Le principe de sécurité juridique), Décembre 2001.

<sup>544</sup> Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT sous la Direction de Serge GUINCHARD et Gabriel MONTAGNIER : « *Lexique des termes juridiques* », 13<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2005.

<sup>545</sup> Principe issu du droit allemand, devenu un principe du droit communautaire.

*textes peut justifier l'octroi d'une indemnité, voire la non application de la règle nouvelle à ces décisions ».*

- 1004.** Si ces deux définitions s'appuient toutes deux sur une exigence de stabilité de la loi, elles ne le font pas exactement dans les mêmes termes. En effet, concernant le principe de confiance légitime, il est fait référence à la bonne foi du justiciable. Alors que le principe de sécurité juridique fait référence à un droit objectif du justiciable à l'égard de l'ordre juridique qui lui est applicable, le principe de confiance légitime constitue quant à lui un droit subjectif invocable par un justiciable lorsqu'une mesure lui cause un préjudice dans une situation concrète<sup>546</sup>.
- 1005.** Il pourrait s'agir de fondements intéressants dans le cadre de la contestation de la rétroactivité de l'exit tax. En effet, plusieurs éléments pourraient justifier la remise en cause de la légitimité de la fixation au 3 mars 2011 de l'entrée en vigueur du nouveau dispositif d'exit tax sur ce fondement.
- 1006.** La loi précise que l'exit tax est applicable aux transferts du domicile fiscal réalisés à compter du 3 mars 2011, c'est-à-dire à compter de l'annonce du Gouvernement de mettre en place un mécanisme destiné à lutter contre les expatriations motivées par le souhait d'échapper à l'imposition des plus-values. Cette imposition ayant des conséquences potentiellement importantes, il s'agissait de ne pas affecter des situations déjà constituées tout en anticipant les départs générés par l'annonce de cette mesure. Le nouvel exit tax étant précisément créé pour éviter les délocalisations du domicile fiscal réalisées à des fins d'optimisation, ne pas prévoir une telle disposition, aurait sans doute encouragé les indécis à quitter le territoire avant l'adoption de la loi. La mesure aurait alors été totalement contreproductive.
- 1007.** Pour autant, les modalités de réalisation de l'annonce ainsi que l'information qu'était censé en tirer le contribuable peuvent, semble-t-il, être contestés. En effet, comme nous l'avons indiqué précédemment, cette annonce a été faite par François

---

<sup>546</sup> Théorie développée par le professeur Jürgen SCHWARZ, « *Droit administratif européen* », 2<sup>ème</sup> édition, Bruylant.

BAROIN<sup>547</sup> à l'occasion d'un colloque sur la fiscalité patrimoniale tenu le 3 mars 2011 dans les termes suivants :

*« Comment appréhender le revenu de celui qui s'expatrie, non pour des raisons professionnelles, mais seulement le temps d'échapper à la taxation de sa plus-value ? »*

Aussi, le mécanisme de l'exit tax n'avait pas été présenté au public. Au plus, le contribuable pouvait-il imaginer l'instauration d'un dispositif sanctionnant le départ à l'étranger sans pouvoir en appréhender les modalités. En conséquence de quoi, il était incapable d'évaluer sa situation au regard de cette réforme et de déterminer le comportement à adopter.

**1008.** En outre, comme cela a déjà été indiqué, le législateur français a choisi – et le terme est important ici – d'abroger l'ancien dispositif d'exit tax alors même qu'il aurait simplement pu en adapter le régime.

Puis, quelques années plus tard, il décide de remettre en place un exit tax sous une forme très similaire en prenant soin d'intégrer les critiques qui avaient été réalisées à l'encontre de l'ancien dispositif.

**1009.** Certes, le législateur possède, en vertu de l'article 34 de la Constitution, le pouvoir de déterminer l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures. Toutefois, si l'on admet désormais que le contribuable peut invoquer un principe de sécurité juridique, il semblerait que de telles « *voltefaces* » législatives se prêtent à une contestation sur ce fondement.

Bien sûr les motifs de cette rétroactivité pourraient au contraire plaider en faveur de la validité de cette disposition – à savoir la volonté de lutter contre l'effet d'aubaine et l'évasion fiscale.

**1010.** Le juge administratif reconnaît désormais l'existence d'un nouveau principe général du droit : le principe de sécurité juridique.

---

<sup>547</sup> Ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat et porte-parole du gouvernement.

**1011.** Jusqu'en 2006, le juge administratif n'appliquait le principe de sécurité juridique que dans les hypothèses où le droit communautaire – désormais droit de l'Union européenne – était en jeu, ce dernier reconnaissant l'existence d'un tel principe. En revanche, dès lors que les litiges s'ancraient dans le cadre du droit national, le Conseil d'Etat écartait tout recours à ce principe. Cette solution a notamment été rappelée par la Cour administrative d'appel de Bordeaux le 31 décembre 2002<sup>548</sup>.

**1012.** Cette position a évolué dans un arrêt KPMG du 24 mars 2006<sup>549</sup> :

*« [...] à défaut de toute disposition transitoire dans le décret attaqué, les exigences et interdictions qui résultent du code apporteront, dans les relations contractuelles légalement instituées avant son intervention, des perturbations qui, du fait de leur caractère excessif au regard de l'objectif poursuivi, sont contraires au principe de sécurité juridique ».*

Notons qu'en l'espèce le principe de sécurité juridique est opposé au pouvoir réglementaire et non au législateur. Il dénote, toutefois, la volonté du juge de protéger le justiciable contre l'instabilité juridique.

**1013.** Restait à déterminer si cette jurisprudence pouvait être étendue à la matière fiscale.

**1014.** Une réponse positive a été apportée par l'arrêt Zannier rendu par la Cour administrative d'appel de Paris le 13 octobre 2011<sup>550</sup>. Pour la première fois, le

---

<sup>548</sup> Cour administrative d'appel de Bordeaux, 3ème ch., 31 décembre 2002, n° 01BX01892, Légifrance.

Fabien GIRARD DE BARROS : « *Invocabilité en matière fiscale des principes généraux du droit communautaire : bilan jurisprudentiel* », Hebdo édition fiscale, n°55, 23 janvier 2003, n° LXB : N5613AA7.

<sup>549</sup> Conseil d'Etat, ass., 24 mars 2006, n° 288460, n° 288465, n° 288474 et n° 288485, Société KPMG et a, RJDA 6/06, n°656.

<sup>550</sup> Cour administrative d'appel de Paris, plén., 13 octobre 2011, n° 09PA01620, M. Zannier avec les Conclusions du Rapporteur public Philippe BLANC : « *Le principe de sécurité juridique s'oppose à un droit de reprise de l'Administration excluant tout prescription* », Droit fiscal, n°13, 29 mars 2012, comm. 234.

Voir notamment :

Stéphane AUSTRY : « *Le principe de sécurité juridique et le juge de l'impôt : de nouvelles perspectives pour les contribuables ?* », Droit fiscal n°13, 29 mars 2012, 208.

Stanislas Vailhen : « *Petite rétroactivité fiscale et droit au respect des biens : un avertissement du juge au législateur* », Droit fiscal, n° 26, 28 Juin 2012, comm. 355.

juge de l'impôt fait application du principe de sécurité juridique en matière fiscale en considérant que :

*« Le principe de sécurité juridique s'oppose à ce que puisse être légalement édictée une disposition qui institue un droit de reprise au profit de l'administration fiscale en excluant, de façon générale et absolue, l'application de toute prescription ».*

**1015.** Toutefois, c'est là encore au pouvoir réglementaire qu'était opposé ce principe. En effet, c'est une mesure du code des impôts de Polynésie française qui était en jeu, ce dernier étant une norme réglementaire et non législative comme son homologue métropolitain.

Or, si le juge de l'impôt est compétent pour veiller au respect des principes généraux du droit par le droit réglementaire, ces derniers sont de valeur infra-législative et il n'appartient pas au juge de l'impôt de veiller à la conformité des lois à cet égard.

Cet argument ne pourrait donc prospérer à l'encontre de la loi 2011-900 à l'origine de la création de l'exit tax.

**1016.** Cependant, existe-t-il un principe de sécurité juridique supra-législatif ?

Comme l'indiquait Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, ancien membre du Conseil constitutionnel, à l'occasion de l'accueil des hauts magistrats brésiliens le 20 septembre 2005, la notion de « *sécurité juridique* » n'apparaît pas en tant que principe autonome dans notre droit constitutionnel.

Certes, il pourrait être rattaché au droit à la sûreté de l'article 2<sup>551</sup> de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ou encore à la garantie des droits assurée par l'article 16<sup>552</sup> de cette même Déclaration. Mais le Conseil constitutionnel, s'est, jusque-là, toujours refusé à ériger les principes de sécurité juridique ou de confiance légitime au rang des principes constitutionnels du droit français. Cela n'implique pas qu'il refuse de veiller à la sécurité juridique du contribuable mais il

---

<sup>551</sup> « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* ».

<sup>552</sup> « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

le fait sur d'autres fondements tels que l'encadrement de la rétroactivité des lois ou encore le respect de l'intelligibilité et de la clarté des lois comme nous l'avons indiqué précédemment<sup>553</sup>.

**1017.** Ainsi, à titre d'exemple, en 1997<sup>554</sup>, conformément à sa jurisprudence constante, à un contribuable qui invoquait la méconnaissance d'un principe de sécurité juridique, le Conseil constitutionnel a répondu :

*« qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit un principe dit de "confiance légitime" ».*

**1018.** Nous pouvons tout de même remarquer plusieurs éléments de nature à laisser penser que le Conseil constitutionnel pourrait revenir sur son inflexibilité en la matière.

**1019.** Tout d'abord, bien que les décisions n'y fassent pas expressément référence, les tables analytiques du recueil du Conseil constitutionnel font état de deux décisions relatives, entre autres, au principe de sécurité juridique.

**1020.** En outre, le 6 octobre 2010<sup>555</sup> le Conseil constitutionnel a employé l'expression « *sécurité juridique* » :

*« l'abrogation immédiate de cet article aurait, pour la sécurité juridique, des conséquences manifestement excessives ».*

Certes, le Conseil constitutionnel évoque la « *sécurité juridique* » et non le « *principe de sécurité juridique* » mais cela peut tout de même laisser penser à une éventuelle évolution future.

**1021.** Enfin, notons que certaines Cours constitutionnelles d'autres Etats de l'Union européenne confèrent au principe de sécurité juridique une valeur

---

<sup>553</sup> Cf. Paragraphes 953 et suivants de cette thèse.

<sup>554</sup> Conseil constitutionnel, 7 novembre 1997, 97-391 DC, RJF 12/97, n°1161.

<sup>555</sup> Conseil constitutionnel, 2010-45 QPC, 6 octobre 2010.

constitutionnelle. C'est le cas notamment du Tribunal constitutionnel espagnol qui indiqua à l'occasion d'une décision<sup>556</sup> rendue à propos d'une mesure fiscale que :

*« [...] le principe de sécurité juridique protège la confiance des citoyens, qui adaptent leur conduite économique à la législation en vigueur, par rapport aux changements normatifs non raisonnablement prévisibles, puisque la possible rétroactivité des normes fiscales ne peut franchir l'interdiction de tout arbitraire [...] ».*

**1022.** Toujours est-il qu'il n'y a, à l'heure actuelle, pas de reconnaissance d'un principe constitutionnel français de sécurité juridique ou de confiance légitime.

**1023.** Ainsi, il nous semble que ni la complexité du dispositif, ni sa date d'entrée en vigueur ne peuvent remettre en cause l'exit tax. Le contribuable aurait-il plus de chance concernant le fond du dispositif ?

### ***B. Sur le fond : un dispositif qui doit être conforme aux normes supranationales***

**1024.** Dans le contexte mondialisé qui est le nôtre, les dispositifs fiscaux, même *a priori* purement domestiques, doivent être conformes à des normes supranationales et en particulier au droit de l'Union européenne (1), à l'Accord sur l'Espace économique européen (2) et aux conventions bilatérales d'élimination des doubles impositions (3).

#### ***1. La recherche de l'« eurocompatibilité » de la nouvelle version de l'exit tax***

**1025.** Comme nous l'avons vu à l'occasion de l'étude de la conformité de l'ancien exit tax au droit de l'Union Européenne, le Conseil d'Etat a considéré que la liberté de circulation des capitaux ne pouvait être valablement invoquée par les contribuables au soutien de l'incompatibilité de la disposition dans la mesure où le dispositif

---

<sup>556</sup> Tribunal constitutionnel espagnol, 16 janvier 2002.

d'exit tax n'emportait par lui-même aucune conséquence sur la liberté de circulation des capitaux.

Si le nouveau dispositif présente quelques différences, sa philosophie et sa raison d'être demeurent inchangées. Aussi, les mêmes causes devraient produire les mêmes effets et la liberté de circulation des capitaux ne devrait pas pouvoir être utilement invoquée ici.

**1026.** De plus, le Conseil d'Etat s'est prononcé dans l'arrêt M. Gibier du 12 juillet 2013<sup>557</sup> au sujet de l'Accord de Luxembourg signé entre la Confédération suisse et la Communauté européenne et ses Etats membres le 21 juin 1999.

Rappelons tout d'abord que l'article 1<sup>er</sup> de cet Accord met en exergue ses objectifs à savoir :

*« [...] accorder un droit d'entrée, de séjour, d'accès à une activité économique salariée, d'établissement en tant qu'indépendant et le droit de demeurer sur le territoire des parties contractantes ».*

L'article 4 garantit quant à lui le droit de séjour et d'accès à une activité économique tandis que l'article 6 concerne la mise en place d'un droit de séjour en dehors de l'exercice d'une activité économique et que l'article 7 assure la liberté de circulation des travailleurs.

Enfin, l'article 16 du présent Accord prévoit les modalités de prise en compte du droit de l'Union européenne.

Comme il l'avait fait concernant la confrontation de l'ancien exit tax à ce dispositif<sup>558</sup>, le Conseil d'Etat rejette dans son arrêt M. Gibier, la possibilité pour un ancien contribuable français devenu résident suisse d'invoquer cet Accord au titre de sa critique du nouvel exit tax.

---

<sup>557</sup> Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 12 juillet 2013, n°359314, M. Gibier ; Cf. Annexe 3. Conclusions de B. BOHNERT, dans Franck LE MENTEC : « *Le nouveau régime d'exit tax face aux normes supra législatives : état des lieux des tests de résistance* », Droit fiscal, n°37, 12 septembre 2013, comm. 417.

<sup>558</sup> Cf. notamment Conseil d'Etat, 29 avril 2013, n° 357575, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Coutre, RJF 7/13, n°729 ou encore Conseil d'Etat, 29 avril 2013, n°357576, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Picart, RJF 7/13, n°729.

Le Conseil d'Etat écarte tout d'abord la contrariété de l'exit tax à la liberté d'aller et venir – comme il l'avait fait à l'occasion de son arrêt De Lasteyrie du Saillant du 14 décembre 2001<sup>559</sup> – et à la liberté de circulation des travailleurs, cette dernière se bornant à « *reconnaître un droit à l'égalité de traitement en ce qui concerne l'accès à une activité économique et les conditions de son exercice dans le pays d'accueil* ».

Ensuite, le Conseil d'Etat rappelle que la Suisse n'ayant pas adhéré au marché intérieur de l'Union, la liberté d'établissement ne peut être invoquée par un résident suisse et l'interprétation de cette dernière ne peut être transposée dès lors que l'Accord ne le prévoit pas expressément. Or, l'article 16 prévoit une transposition limitée du droit de l'Union européenne aux hypothèses de droit dérivé expressément visées par l'annexe de l'Accord et à la jurisprudence antérieure à sa signature lorsque son application implique une notion communautaire. En outre, le paragraphe 2 de cet article précise que la Suisse sera informée de la jurisprudence postérieure à la signature de l'Accord et qu'il reviendra à un Comité mixte d'en déterminer les implications.

Le Conseil d'Etat en déduit l'absence d'atteinte portée aux libertés protégées par l'Accord de Luxembourg par le nouveau dispositif d'exit tax qui, de surcroît, est conforté par l'article 21 de l'Accord qui autorise la prise de mesures destinées à lutter contre l'évasion fiscale, objectif qui a motivé la création de l'exit tax.

**1027.** En revanche, la liberté d'établissement (a) et la liberté de circulation des travailleurs (b) pourraient, selon nous, fonder, à certains égards, la critique du nouveau dispositif d'exit tax au regard du droit de l'Union européenne<sup>560</sup>.

---

<sup>559</sup> Conseil d'Etat, Ass., 14 décembre 2001, req. N°211341, De Lasteyrie Du Saillant ; Conclusions du Commissaire du Gouvernement Guillaume GOULARD : « *Liberté d'établissement - Le mécanisme d'imposition immédiate des plus-values sur participations substantielles en cas de transfert de domicile à l'étranger est-il compatible avec la liberté d'établissement ?* », Droit fiscal, n°12, 20 Mars 2002, comm. 255.

Voir notamment : Eric MEIER et Bernard BOUTEMY : « *Taxation des plus-values lors du transfert du domicile fiscal hors de France : l'exit tax poussée vers la sortie ?* », Les Petites affiches, 4 mars 2002, n°45, pages 13 et suivantes.

<sup>560</sup> Voir notamment :

Gauthier BLANLUET, Philippe NEAU-LEDUC, Cécile LOUIS-LUCAS, Franck LE MENTEC : « *La réforme de la fiscalité du patrimoine : premières analyses – l'exit tax* », Droit et Patrimoine 2011, n°206.

### *a. La liberté d'établissement*

**1028.** Rappelons que c'est sur le fondement d'une contrariété à la liberté d'établissement que la Cour de justice avait sanctionné l'ancien dispositif d'exit tax dans la décision De Lasteyrie du Saillant du 11 mars 2004<sup>561</sup>.

**1029.** A titre préliminaire, il convient de remarquer que cet arrêt – De Lasteyrie du Saillant – puis l'arrêt « N »<sup>562</sup> ont ouvert la voie à la remise en cause des systèmes d'exit tax des Etats membres applicables aux personnes physiques mais également aux sociétés.

**1030.** Concernant ces dernières, la Commission Européenne a indiqué dans une communication<sup>563</sup> publiée le 19 décembre 2006 que :

*« La Commission considère que l'interprétation de la liberté d'établissement donnée par la CJCE dans l'affaire De Lasteyrie en ce qui concerne les modalités d'imposition à la sortie applicables à des personnes physiques a aussi des incidences directes sur les taxes à la sortie que les EM appliquent aux sociétés ».*

**1031.** Preuve en est l'arrêt National Grid indus BV rendu le 29 décembre 2011<sup>564</sup> par la Grande Chambre de la Cour de justice au sujet d'une disposition de la législation

Daniel GUTMANN : « Exit tax : le projet gouvernemental », Option Finance, n°1125, 16 mai 2011, pages 20 et 21 et « Les réformes de la fiscalité du patrimoine : orientations générales et problèmes d'application », Répertoire du Notariat Defrénois, n°18, 30 octobre 2011, pages 1459 à 1465.

<sup>561</sup> CJCE, 11 mars 2004, C-9/02, De Lasteyrie du Saillant, RJF 5/04, n°588.

<sup>562</sup> CJCE, 7 septembre 2006, C-470/04, « N », RJF 11/06, n°1481.

<sup>563</sup> Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et Comité économique et social européen - Imposition à la sortie et nécessité de coordonner les politiques fiscales des États membre, 19 décembre 2006, COM/2006/0825 final.

Voir notamment : Michel AUJEAN, « La Commission européenne adopte une stratégie globale pour promouvoir la coordination fiscale dans l'UE », Droit fiscal, n°4, 25 janvier 2007, 71.

<sup>564</sup> CJUE, 29 novembre 2011 aff. 371/10, Gr. Ch., National Grid Indus BV, RJF 2/12, n°192.

Voir notamment :

Ludovic BERNARDEAU : « Jurisprudence de la CJCE : fiscalité directe (septembre./décembre 2011) », Droit fiscal, n°6, 9 février 2012, 130.

néerlandaise qui imposait les plus-values latentes constatées sur les actifs des sociétés à l'occasion du transfert de leur siège de direction effective dans un autre Etat membre.

**1032.** Bien qu'il ne concerne pas les personnes physiques et ne doive donc pas être transposé sans précaution au cas qui nous occupe, il est intéressant d'étudier la solution rendue dans cette affaire par la Cour de justice de l'Union européenne.

**1033.** Comme dans les arrêts De Lasteyrie du Saillant et « N », la Cour constate tout d'abord une contrariété du dispositif étudié avec la liberté d'établissement posée par l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Les sociétés qui transfèrent leur siège de direction effective à l'intérieur des frontières des Pays-Bas ne sont taxées qu'à l'occasion de la réalisation effective des plus-values sur leurs actifs alors que les sociétés qui transfèrent leur siège dans un autre Etat membre le sont sur les plus-values latentes. Il y a donc bien selon la Cour une différence de traitement qui ne s'explique pas par une différence de situation objective<sup>565</sup>.

Ludovic BERNARDEAU et Olivier PEIFFERT : « *Jurisprudence de la CJCE : fiscalité directe (juil./déc. 2012)* », Droit fiscal, n°6, 7 février 2013, 137.

Claude J. BERR, Delphine DERO-BUGNY, Stéphanie FRANCO, Nicolas PETIT, Charlotte LOUSBERG : « *Cour de justice et Tribunal de l'Union européenne* », Journal du droit international (Clunet), n°2, Avril 2012, chron. 3.

Gauthier BLANLUET : « *Conséquences fiscales d'un transfert de siège au sein de l'Union européenne* », Droit fiscal, n°5, 2 février 2012.

Gauthier BLANLUET, Michel TALY, Daniel GUTMANN, Philippe MARTIN, Véronique BIED-CHARRETON, Alexandre GARDETTE : « *La localisation des centres de décision : critères et enjeux* », Compte-rendu de la soirée de l'IFA du 7 novembre 2012, Droit fiscal, n° 13, 28 Mars 2013, 214.

Emilie BOKDAM-TOGNETTI : « *Portée et limites des exit tax : quelques enseignements jurisprudentiels* », Revue de jurisprudence fiscale 2013, 7/13, 1er juillet 2013, pages 611 et suivantes.

Daniel GUTMANN : « *Liberté d'établissement et transfert de siège* », FR Francis Lefebvre 48/11.

Jean-Luc PIERRE : « *Effets du transfert du siège de direction effective d'une société d'un État de l'Union européenne vers un autre État de l'Union européenne* », Droit des sociétés, n°4, Avril 2012, comm.72.

Emmanuel RAINGEARD DE LA BLÉTIÈRE : « *Droit de l'Union européenne : chronique de l'année 2011* », Droit fiscal, n°9, 1er mars 2012, 161.

Revue de Droit fiscal : « *Aménagements des conséquences fiscales du transfert de siège ou d'établissement dans certains Etats européens* », avec les commentaires de Frédéric TEPER, n°5, 31 janvier 2013, 127.

<sup>565</sup> Points 37 et 38.

**1034.** Comme elle l'avait fait dans l'arrêt « N »<sup>566</sup>, la Cour rappelle ensuite que constitue une raison impérieuse d'intérêt général de nature à justifier une restriction à la liberté d'établissement, la volonté des Etats membres de préserver la répartition du pouvoir d'imposition entre eux<sup>567</sup> :

*« [...] une réglementation telle que celle en cause au principal est propre à garantir la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres concernés »*<sup>568</sup>.

*« Les plus-values latentes afférentes à un bien économique sont ainsi imposées dans l'État membre dans lequel elles sont nées. Les plus-values réalisées postérieurement au transfert du siège de ladite société sont exclusivement imposées dans l'État membre d'accueil où elles sont nées, ce qui permet d'éviter une double imposition de celles-ci »*<sup>569</sup>.

**1035.** Suivant son mode de raisonnement habituel, la Cour a ensuite recherché si la disposition contestée n'allait « pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif qu'elle poursuit »<sup>570</sup>.

A cet égard, les juges indiquent que :

*« [...] une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, qui impose le recouvrement immédiat de l'imposition sur les plus-values latentes afférentes à des éléments de patrimoine d'une société transférant son siège de direction effective dans un autre État membre, au moment même dudit transfert, est disproportionnée »*<sup>571</sup>.

---

<sup>566</sup> CJCE, 7 septembre 2006, C-470/04 « N », RJF 11/06, n°1481.

<sup>567</sup> Points 45 à 49.

<sup>568</sup> Point 48.

<sup>569</sup> Point 48.

<sup>570</sup> Point 50.

<sup>571</sup> Point 85.

Confirmant la solution rendue dans l'arrêt De Lasteyrie du Saillant<sup>572</sup> en matière d'exit tax applicable aux personnes physiques, la Cour de justice indique ici que l'imposition au jour du transfert de siège hors des Pays-Bas est disproportionnée et donc contraire à la liberté d'établissement codifiée à l'article 49 du Traité de l'Union européenne.

**1036.** Si cette solution est la transposition des décisions retenues par les juges dans les arrêts De Lasteyrie du Saillant et « N »<sup>573</sup>, plusieurs éléments s'éloignent de cette jurisprudence.

Tout d'abord, la Cour suggère un dispositif selon elle moins attentatoire à la liberté d'établissement que ne l'est l'imposition immédiate tout en tenant compte de la vertu de cette dernière, à savoir l'absence d'obligation déclarative postérieure au départ. Elle indique ainsi que l'instauration d'un choix entre une imposition immédiate qui crée un désavantage en matière de trésorerie et une imposition différée qui implique de supporter une charge administrative serait davantage proportionnée<sup>574</sup>.

Ensuite, contrairement à ce qui avait été jugé dans l'arrêt « N », la Cour admet, concernant les sociétés, qu'il n'est pas fait obligation aux Etats de prendre en compte les éventuelles moins-values postérieures. Elle appuie cette différence de traitement sur le fait que les actifs sont liés à des opérations économiques qui vont générer des bénéfices dans l'Etat d'accueil et que ce dernier ayant, en vertu du principe de territorialité, le droit d'imposition des bénéfices, c'est également à lui de supporter les fluctuations de valeurs des actifs intervenues depuis l'installation sur son territoire.

Aussi, il ne s'agit pas là d'une décision susceptible d'affecter la condition relative à la prise en compte des moins-values posées par l'arrêt « N » concernant les exit tax applicables aux personnes physiques.

---

<sup>572</sup> CJCE, 11 mars 2004, C-9/02, De Lasteyrie du Saillant, RJF 5/04, n°588.

<sup>573</sup> CJCE, 7 septembre 2006, C-470/04, « N », RJF 11/06, n°1481.

<sup>574</sup> Point 73.

**1037.** Une autre différence est exposée au point 74 de l'arrêt. Selon ce dernier :

*« [...] il y a lieu de tenir compte [dans le cadre d'une imposition différée] également du risque de non-recouvrement de l'imposition, qui augmente en fonction de l'écoulement du temps. Ce risque peut être pris en compte par l'État membre en cause, dans le cadre de sa réglementation nationale applicable au paiement différé des dettes fiscales, par des mesures telles que la constitution d'une garantie bancaire ».*

Aussi, alors que la soumission de l'obtention du différé de paiement à l'exigence d'une garantie avait été considérée comme attentatoire à la liberté d'établissement dans l'arrêt De Lasteyrie du Saillant en ce qu'elle privait le contribuable de la jouissance du patrimoine donné en garantie, elle serait ici proportionnée eu égard au risque de non recouvrement induit par le différé de paiement. L'exigence de garanties invalidée concernant les personnes physiques est donc valable en matière d'exit tax applicable aux sociétés.

Toutefois, comme le souligne Gauthier BLANLUET<sup>575</sup>, la constitution d'une garantie, en ce qu'elle immobilise les actifs ou disponibilités sur lesquels elle porte, aboutit à des conséquences économiques finalement très proches du paiement de l'impôt lui-même. Dès lors, si le paiement immédiat est jugé disproportionné, il devrait en être de même de la constitution de garanties.

En outre, la Cour rappelle elle-même au point 78 qu'il existe des procédures d'assistance mutuelle en matière de recouvrement<sup>576</sup>. Malgré cela, elle admet la possibilité d'exiger la constitution de garanties. La Cour sous-entend-t-elle que les procédures en vigueur sont insuffisantes pour assurer le recouvrement des impôts dont le paiement aurait été différé ?

Nous comprenons mal ce qui justifierait une différence avec l'arrêt De Lasteyrie du Saillant sur ce point.

---

<sup>575</sup> Gauthier BLANLUET : « *Conséquences fiscales d'un transfert de siège au sein de l'Union européenne* », Droit fiscal, n°5, 2 février 2012, comm. 125.

<sup>576</sup> En dernier lieu, la directive 2010/24/UE du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures.

**1038.** Enfin, dans l'arrêt National Grid indus BV, la Cour de justice semble indiquer qu'un intérêt de retard pourrait être exigé lorsque le contribuable opte pour le différé de paiement<sup>577</sup>. Cette disposition a soulevé des interrogations<sup>578</sup> au regard de l'éventuelle différence de traitement qu'elle mettrait en place entre les contribuables demeurant sur le territoire national et ceux s'installant à l'étranger ou encore de la contrariété avec son cantonnement habituel aux reports d'imposition indus.

**1039.** Bien que le droit français n'ait pas été l'objet de cette décision, les caractéristiques de l'exit tax français applicable aux transferts de siège encourraient les mêmes critiques. Aussi, notons, sans entrer dans le détail, qu'en 2012<sup>579</sup> la France a réformé son exit tax applicable en matière de transfert de siège de société codifié à l'article 221 du CGI afin d'adapter son propre dispositif à la solution dégagée dans l'arrêt National Grid Indus BV et réitérée dans l'arrêt Commission Européenne c/ République portugaise du 6 septembre 2012<sup>580</sup>. Le nouveau dispositif offre

---

<sup>577</sup> Point 73.

<sup>578</sup> Voir notamment :

Gauthier BLANLUET : « *Conséquences fiscales d'un transfert de siège au sein de l'Union européenne* », Droit fiscal, n°5, 2 février 2012, comm. 125.

Daniel GUTMANN : « *Liberté d'établissement et transfert de siège* », FR Francis Lefebvre 48/11.

<sup>579</sup> Article 30 de la troisième loi de finances rectificative pour 2012, Loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012.

<sup>580</sup> CJUE, 6 septembre 2012, C-38/10, Commission européenne c/ République Portugaise, RJF 01/13, n°115, Actualité du droit de l'Union européenne, Europe, n°11, Novembre 2012, comm. 436.

Voir notamment :

Ludovic BERNARDEAU et Olivier PEIFFERT : « *Jurisprudence de la CJCE : fiscalité directe (juil./déc. 2012)* », Droit fiscal, n°6, 7 février 2013, 137.

Manuel CHASTAGNARET : « *Partir d'un Etat, est-ce un risque fiscal ... pour l'Etat* », Note sous Cour de justice de l'Union européenne, 6 septembre 2012, Commission européenne contre République portugaise, affaire C-38/10 et Cour de justice de l'Union européenne, 6 septembre 2012, DI. VI Finanziaria di Diego della Valle et C. SapA contre Administration des contributions en matière d'impôts, affaire C-380/11, Revue Lamy Droit des affaires, n°77, 1er décembre 2012, pages 62 et 63.

Daniel GUTMANN : « *Liberté d'établissement et transfert de siège* », FR Francis Lefebvre 48/11.

Anne-Laure MOSBRUCKER : « *Transfert de siège* », Europe, n°11, Novembre 2012, comm. 435

Emmanuel RAINGEARD DE LA BLÉTIÈRE : « *Droit de l'Union européenne : chronique de l'année 2012* », Droit fiscal, n°9, 28 février 2013, 169.

Pour une décision récente concernant cette fois la législation applicable en matière de transfert de siège social par le droit espagnol : CJUE, 2e ch., 25 avril 2013, aff. C-64/11, Commission c/ Espagne, Bulletin fiscal

désormais le choix entre le paiement immédiat de l'impôt sur les plus-values latentes et les plus-values en report ou en sursis d'imposition relatives aux actifs transmis à l'occasion d'un transfert du siège ou d'établissement ou son paiement fractionné sur cinq ans. Modifié pour assurer l'« *eurocompatibilité* » de l'exit tax relatif aux sociétés, cette dernière n'est pourtant pas si évidente<sup>581</sup>.

**1040.** Concernant l'exit tax applicable aux personnes physiques, pour évaluer la conformité du nouveau dispositif avec la liberté d'établissement, il convient de vérifier si les critiques de la Cour dans ses arrêts De Lasteyrie du Saillant du 11 mars 2004<sup>582</sup> – relatif à une affaire mettant en jeu une plus-value latente mais dont la solution a été étendue aux plus-values reportées par l'arrêt M. et Mme Mathieu rendu par le Conseil d'Etat le 1<sup>er</sup> février 2012<sup>583</sup> – et « N » du 7 septembre 2006<sup>584</sup> ont bien été prises en compte par le législateur français mais également s'il n'a pas inséré de nouvelles dispositions attentatoires à l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Aussi, si certains des éléments qui avaient conduit à la suppression de l'ancien exit tax ont bien été corrigés à l'occasion de la rédaction du nouveau dispositif (i), il semble que certaines dispositions demeurent contestables (ii).

En outre, nous verrons que certains arguments ont déjà été soumis au Conseil d'Etat (iii).

---

8-9/13, 672, Julie DUPONT-LASSALLE : « *Transfert de siège social et impositions des plus-values latentes* », Europe, n°6, Juin 2013, comm. 266.

<sup>581</sup> Voir notamment :

Gauthier BLANLUET, Michel TALY, Daniel GUTMANN, Philippe MARTIN, Véronique BIED-CHARRETON, Alexandre GARDETTE : « *La localisation des centres de décision : critères et enjeux* », Compte-rendu de la soirée de l'IFA du 7 novembre 2012, Droit fiscal, n° 13, 28 Mars 2013, 214.

Revue de droit fiscal : « *Aménagements des conséquences fiscales du transfert de siège ou d'établissement dans certains Etats européens* », avec les commentaires de Frédéric TEPER, n°5, 31 janvier 2013, 127.

<sup>582</sup> CJCE, 11 mars 2004, C-9/02, De Lasteyrie du Saillant, RJF 5/04, n°588.

<sup>583</sup> Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> sous-sections, 1<sup>er</sup> février 2012, n° 330006, M. et Mme Mathieu, RJF 4/12, n°363.

<sup>584</sup> CJCE, 7 septembre 2006, C-470/04 « N », RJF 11/06, n°1481.

*i. Les arguments en faveur de la compatibilité de l'exit tax à la liberté d'établissement*

**1041.** Dans l'arrêt De Lasteyrie du Saillant, la CJCE avait constaté que le départ à l'étranger entraînait l'imposition des plus-values latentes et que, le sursis n'étant accordé que sous réserve de la fourniture de garanties et de la désignation d'un représentant fiscal, l'effet restrictif de liberté de la mesure à l'égard des contribuables qui demeuraient en France était disproportionné.

**1042.** De ce point de vue le nouveau dispositif présente une avancée. En effet, désormais, dès lors que le transfert du domicile fiscal est réalisé dans un Etat de l'Union Européenne ou dans un Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention fiscale d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement, l'obtention du sursis de paiement est automatique, sans condition de constitution de garantie ou de désignation d'un représentant fiscal. Certes, ces conditions s'appliquent toujours concernant les contribuables qui s'expatrient dans d'autres Etats, mais dans ces hypothèses, l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne protège pas les contribuables.

**1043.** En outre, il résulte de la décision C-470/04 « N » du 7 septembre 2006<sup>585</sup> qu'un dispositif d'exit tax ne devrait pas contraindre un contribuable transférant son domicile dans un autre Etat membre à acquitter un impôt supérieur à celui qui aurait été dû si le contribuable était resté résident français.

Le législateur tient compte de cet élément et de la volonté d'assurer un traitement identique aux contribuables demeurés en France et à ceux qui ont fait le choix de l'expatriation.

En effet, si le principe de l'imposition, son champ d'application, les modalités et la base d'imposition sont définis lors du transfert du domicile hors de France, certains événements susceptibles d'affecter le montant de l'impôt mais intervenus postérieurement au départ de France pourront être pris en compte pour réaliser un

---

<sup>585</sup> CJCE, 7 septembre 2006, C-470/04 « N », RJF 11/06, n°1481.

nouveau calcul, au jour de la cession, de l'impôt exigible du contribuable. C'est notamment le cas :

- De la durée de détention à l'étranger : elle est ajoutée à la durée de détention constatée en France au jour du départ afin de déterminer le montant des abattements résultant des articles 150-0 D et 150-0 D ter du CGI,
- Des conditions d'application du régime dérogatoire des « *créateurs d'entreprise* » selon lequel les plus-values de cession peuvent se voir appliquer un taux forfaitaire de 19 % majoré des prélèvements sociaux. Si le contribuable remplit les conditions lui permettant de bénéficier de ce régime au jour de la cession, alors qu'il n'y était pas éligible au jour de son départ de France, l'article 167 bis, VIII bis du CGI lui permet d'exercer cette option,
- De la plus-value réelle constatée au jour de la cession. Dans les hypothèses où la plus-value réelle au jour de la fin du sursis de paiement serait inférieure à la plus-value déterminée au jour du départ, l'article 167 bis, VIII bis-2 du CGI offre au contribuable la possibilité de recalculer l'exit tax sur la base du barème progressif afin d'en circonscrire les effets à la plus-value réelle.

**1044.** Cependant, d'autres aspects de cette nouvelle mouture de l'exit tax s'éloignent de cet idéal de non-discrimination des contribuables.

#### *ii. Les arguments en contrariété avec la liberté d'établissement*

**1045.** Tout d'abord, le champ d'application de l'exit tax instauré en 2011 est beaucoup plus étendu que ne l'était celui de son prédécesseur concernant les plus-values latentes.

L'exit tax tel qu'il avait été créé en 1998 s'appliquait uniquement aux plus-values latentes relatives à des participations dont le contribuable détenait ou avait détenu, directement ou indirectement, avec les membres de son groupe familial, plus de 25 % des droits dans les bénéfices sociaux à un moment quelconque au cours des cinq dernières années. L'exit tax ne concernait donc que les plus-values latentes constatées sur des participations substantielles.

Le nouvel exit tax institué en 2011 a été mis en place sur la base d'un champ d'application bien plus étendu. L'article 167 bis prévoyait alors que, concernant les plus-values latentes, les contribuables visés étaient ceux qui détenaient avec les membres de leur foyer fiscal une participation, directe ou indirecte, d'au moins 1 % dans les bénéfices sociaux d'une société ou une participation directe ou indirecte dont la valeur excédait 1,3 millions d'euros lors du transfert du domicile fiscal hors de France. L'article 38 de la quatrième loi de finances rectificative pour 2011 a encore élargi ce champ d'application : désormais le seuil de 1,3 millions d'euros s'apprécie au regard de l'ensemble des participations détenues par le foyer fiscal et non plus société par société. Selon l'exposé des motifs de l'amendement n°308 à l'origine de cette extension, il s'agissait de corriger la situation découlant de l'article dans sa rédaction initiale qui aboutissait à ce qu'une personne qui détenait une seule participation valorisée 1,4 millions d'euros était soumise à l'exit tax alors qu'une autre personne titulaire de plusieurs participations, toutes inférieures à 1,3 millions d'euros, y échappait. Le Gouvernement voulait traiter de la même manière les contribuables dans des situations similaires.

Toutefois, ce champ d'application élargi pourrait constituer un argument de remise en cause de l'« eurocompatibilité » de l'exit tax sur le fondement du non-respect du principe de proportionnalité.

**1046.** Par ailleurs, la Cour avait indiqué dans son arrêt De Lasteyrie du Saillant, qu'un dispositif plus ciblé sur les changements de résidence fiscale présentant un caractère temporaire et réalisés dans un but exclusivement fiscal pourrait ne pas être contraire au droit communautaire :

*« Par ailleurs, l'objectif envisagé, à savoir empêcher qu'un redevable ne transfère temporairement son domicile fiscal avant de céder des titres mobiliers dans le seul but d'éluder le paiement de l'impôt sur les plus-values dû en France, peut être atteint par des mesures moins contraignantes ou moins restrictives de la liberté d'établissement, ayant trait spécifiquement au risque d'un tel transfert temporaire. Ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 64 de ses conclusions, les autorités françaises pourraient notamment prévoir la taxation du contribuable qui, après un*

*séjour relativement bref dans un autre Etat membre, reviendrait en France après avoir réalisé ses plus-values, ce qui éviterait d'affecter la situation des contribuables n'ayant pas d'autre objectif que d'exercer en toute bonne foi leur liberté d'établissement dans un autre Etat membre ».*

Or, avec ce nouveau dispositif d'exit tax, le législateur français ne conditionne pas l'imposition des plus-values en France à un retour rapide<sup>586</sup>. Plus encore, alors que sous le régime de l'ancien exit tax il prévoyait un dégrèvement des plus-values latentes à l'issue d'un délai de cinq ans à l'étranger lorsque le contribuable détenait toujours les titres à cette date, il étend ce délai à huit ans.

**1047.** En outre, dans sa décision C-470/04 « N » du 7 septembre 2006<sup>587</sup>, la CJCE précise :

*« [...] les moins-values survenues après le transfert du domicile n'étaient pas prises en compte pour réduire la dette fiscale au moment des faits du litige au principal. Ainsi, l'impôt sur la plus-value non réalisée, fixé au moment dudit transfert, assorti d'un sursis de paiement, et échu à l'occasion d'une cession ultérieure des titres en question, aurait pu dépasser celui que le contribuable aurait dû acquitter si la cession avait été effectuée à la même date, sans qu'il y ait eu transfert du domicile du contribuable en dehors des Pays-Bas ».*

A cet égard, le législateur français a prévu<sup>588</sup>, concernant les plus-values latentes, que les moins-values réelles réalisées dans l'un des Etats permettant l'obtention du sursis de paiement automatique – c'est-à-dire un des Etats protégés par les grandes libertés de circulation personnes et donc soumis au respect de la jurisprudence « N » – seraient imputables sur certaines plus-values.

---

<sup>586</sup> Dispositif difficile à mettre en œuvre du point de vue de pure politique fiscale et qui se serait heurté aux conventions fiscales rédigées selon le modèle OCDE, ces dernières donnant le droit d'imposer les plus-values à l'Etat de résidence du cédant au jour de la cession.

<sup>587</sup> CJCE, 7 septembre 2006, C-470/04 « N », RJF 11/06, n°1481.

<sup>588</sup> Article 167 bis, VIII-4 du CGI.

Toutefois, cette imputation est limitée à plusieurs égards alors même que l'arrêt « N » pose un principe général au terme duquel le départ à l'étranger ne devrait pas conduire le contribuable à acquitter un impôt supérieur à celui qui aurait été mis à sa charge s'il était resté en France. De ce point de vue, ce système, au regard des limites et conditions qu'il pose, pourrait ne pas être conforme au principe posé par l'arrêt « N ».

En effet, l'imputation des plus-values réalisées à l'étranger n'est possible que sur les plus-values réalisées par des non-résidents à raison de participations substantielles de sociétés établies en France et sur les plus-values réalisées postérieurement à un retour en France.

De plus, cette imputation est limitée à une fraction du montant de la moins-value déterminée en lui appliquant le rapport entre, d'une part, la différence entre le taux d'imposition à l'impôt sur le revenu des plus-values latentes et le taux de l'impôt applicable aux plus-values dans l'Etat où elles ont été réalisées et, d'autre part, le taux d'imposition des plus-values latentes.

Toujours concernant l'imputation des moins-values, l'article 167 bis, I-5 du CGI prévoit que les moins-values latentes ne sont pas imputables sur les plus-values latentes ni sur d'autres plus-values, quelles que soient leurs modalités d'imposition.

**1048.** Un autre élément mérite d'être souligné ici : la cession des titres apportés sur la base de l'article 150-0 B ter du CGI par la société bénéficiaire de l'apport alors que le contribuable réside à l'étranger après avoir été soumis à l'exit tax est-elle un évènement entraînant la fin du sursis de paiement ?

L'article 167 bis, VII, 1, f dispose :

*« Les sursis de paiement prévus aux IV et V expirent au moment où intervient l'un des événements suivants :*

*f. La cession à titre onéreux, 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 du même article ».*

Considérer que la cession des titres apportés, alors que le contribuable a été soumis à l'exit tax, fait tomber le sursis de paiement alors même que cette cession, si elle intervient moins de trois ans après l'apport mais est suivie d'un réinvestissement ou si elle intervient plus de trois ans après l'apport, ne fait pas tomber le report d'imposition dont bénéficient les résidents nationaux, consacrerait une discrimination au regard de la liberté d'établissement.

Interpréter les événements entraînant l'expiration du sursis de paiement de l'article 167 bis, VII, 1 du CGI à la lumière des causes mettant fin au report d'imposition de l'article 150-0 B ter du CGI permettrait d'éviter cette différence de traitement<sup>589</sup>.

**1049.** Comme nous l'avons souligné à l'occasion de l'étude des causes de dégrèvement<sup>590</sup>, l'article 150-0 B ter du CGI prévoit l'imposition de la plus-value reportée entre les mains du donataire contrôlant la société dans deux hypothèses : si celui-ci cède les titres reçus dans les dix-huit mois suivant la donation et si la société ne réinvestit pas au moins 50 % du prix de cession en cas de cession des titres apportés dans les trois ans de l'apport.

A l'inverse, si ces conditions sont respectées, la plus-value reportée est exonérée. Or, aucun cas de dégrèvement de l'exit tax n'est prévu en cas de donation portant sur les titres dont la plus-value a été reportée en application de l'article 150-0 B ter du CGI.

En conséquence, le contribuable demeuré en France bénéficiera d'un avantage – l'exonération de la plus-value – dont serait privé le contribuable ayant transféré son domicile hors de France.

Une telle différence de traitement fondée sur le transfert du domicile fiscal est de nature à décourager les départs de France et pourrait être contraire aux grandes libertés de circulation protégées par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

---

<sup>589</sup> Cf. Paragraphe 889 de cette thèse.

<sup>590</sup> Cf. Paragraphe 894 de cette thèse.

**1050.** Enfin, une contrariété de l'exit tax avec la liberté d'établissement pourrait être trouvée concernant les effets de l'exit tax sur la CEHR prévue par l'article 223 sexies du CGI.

Dans la mesure où l'exit tax implique la constatation et l'imposition d'une plus-value, cette dernière vient majorer le revenu fiscal de référence servant de base à l'établissement de la CEHR alors même que cette majoration n'a pas lieu pour les contribuables demeurés en France.

Contrairement à ce que prévoit l'article 167 bis du CGI concernant l'imposition résultant directement de l'exit tax, le contribuable ne peut bénéficier d'aucun sursis de paiement, ni automatique, ni sur demande. Or, l'arrêt Lasteyrie du Saillant avait expressément jugé l'absence de sursis de paiement automatique en cas de transfert du domicile fiscal dans un autre Etat de l'Union européenne contraire à la liberté d'établissement. Si le simple fait de transférer son domicile fiscal dans un autre Etat membre ne doit pas justifier d'imposition, cette exigence devrait être transposée à la CEHR.

Cette différence de traitement constituerait donc une discrimination contraire à l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatif à la liberté d'établissement.

Notons que cet argument tenant à l'incompatibilité de la combinaison de l'exit tax et de la CEHR à la liberté d'établissement a été invoqué par Monsieur Aube-Martin dans l'arrêt du même nom rendu le 12 juillet 2013<sup>591</sup> par le Conseil d'Etat.

Toutefois, les juges n'ont pas fait droit à ce moyen, non pas parce qu'il n'est pas fondé mais simplement parce que le décret contre lequel le recours pour excès de pouvoir a été formé par Monsieur Aube-Martin avait été pris pour l'application de l'article 167 bis du CGI relatif à l'exit tax et non de l'article 223 sexies du même code.

L'exit tax encourt donc toujours une sanction sur ce fondement.

**1051.** Si ces arguments n'ont pas encore été tranchés par un juge, d'autres ont déjà donné lieu à une prise de position du Conseil d'Etat.

---

<sup>591</sup> Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., 12 juillet 2013, n°359994, M. Aube-Martin ; Cf. Annexe 3. Conclusions de B. BOHNERT, dans Franck LE MENTEC : « *Le nouveau régime d'exit tax face aux normes supra législatives : état des lieux des tests de résistance* », Droit fiscal, n°37, 12 septembre 2013, comm. 417. Cf. Annexe.

**iii. Les arguments déjà tranchés par le Conseil d'Etat**

**1052.** Le 12 juillet 2013<sup>592</sup>, dans l'affaire M. Aube-Martin, le Conseil d'Etat a été amené à se prononcer sur l'annulation pour excès de pouvoir du décret n°2012-457 du 6 avril 2012<sup>593</sup> précisant les obligations déclaratives applicables aux contribuables à l'occasion du transfert de leur domicile fiscal hors de France dans le cadre de l'imposition des plus-values latentes codifiées à l'article 167 bis du CGI.

**1053.** A cette occasion, le Conseil d'Etat statue sur la conformité à la liberté d'établissement de trois dispositions de l'exit tax :

- La possibilité d'imputation de l'impôt acquitté à l'étranger sur l'exit tax,
- L'obligation de déclarer annuellement le montant des plus-values imposables et de l'impôt en sursis de paiement, et
- l'un des événements mettant fin au sursis de paiement : la donation.

**1054.** Concernant la possibilité d'imputation de l'impôt acquitté à l'étranger, rappelons tout d'abord les principales caractéristiques de cette disposition.

**1055.** Il résulte de l'article 167 bis, VIII-5 du CGI que si à l'expiration du sursis de paiement, le contribuable est redevable d'un impôt dans son nouvel Etat de résidence, il pourra l'imputer sur l'impôt définitif exigible en France à raison de l'exit tax à proportion du rapport entre l'assiette définitive de l'impôt en France et l'assiette de l'impôt acquitté à l'étranger, dans la limite de l'impôt français.

---

<sup>592</sup> Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., 12 juillet 2013, n°359994, M. Aube-Martin ; Cf. Annexe 3. Conclusions de B. BOHNERT, dans Franck LE MENTEC : « *Le nouveau régime d'exit tax face aux normes supra législatives : état des lieux des tests de résistance* », Droit fiscal, n°37, 12 septembre 2013, comm. 417. Cf. Annexe.

<sup>593</sup> Décret n°2012-457 du 6 avril 2012 relatif à l'imposition des plus-values et créances en cas de transfert du domicile hors de France.

Voir notamment :

Tristan ANDOUARD et Marc VASLIN : « *Exit tax : quelques réponses mais encore beaucoup de questions* », Option Finance, n°1172, 7 mai 2012, page 33.

Martin COLLET : « *L'exit tax : applicable in extremis en 2011* », Option Finance, 15 mai 2012.

L'article 91 quindecies de l'annexe II du CGI<sup>594</sup> pose deux conditions : il doit s'agir d'un impôt personnel sur le revenu assis sur les plus-values de cession de valeurs mobilières ou de droits sociaux calculé à partir du prix ou de la valeur d'acquisition tel qu'il a été retenu pour l'évaluation de la plus-value latente soumise à l'exit tax.

**1056.** Concernant cette disposition, le Conseil d'Etat a considéré que :

*« dans l'hypothèse où le contribuable qui a transféré son domicile hors de France dans un autre Etat membre fait l'objet, à l'occasion de la cession des titres, d'une imposition sur la plus-value résultant de cette cession, les sommes acquittées à ce titre peuvent intégralement venir en déduction de l'imposition due en France ; que, si le montant de l'impôt dû en France est supérieur à celui mis à la charge du contribuable à l'étranger, cette situation résulte du pouvoir de chaque Etat de définir son régime d'imposition et ne contrevient à aucun principe du droit de l'Union ».*

**1057.** Le Conseil d'Etat rappelle ici le pouvoir du législateur de fixer le niveau des impositions applicables sur le territoire national et confirme la conformité du mécanisme d'imputation de l'impôt acquitté à l'étranger sur l'impôt français résultant du transfert de domiciliation.

**1058.** Dans cette affaire s'est également posée la question de la conformité des obligations déclaratives mises à la charge du contribuable postérieurement à son départ de France. Ces dernières étaient-elles, en elles-mêmes, de nature à établir une discrimination prohibée entre les contribuables partis s'installer à l'étranger et ceux restés en France, ces derniers n'ayant pas à subir le poids administratif d'une déclaration annuelle des plus-values imposables et du sursis de paiement ?

---

<sup>594</sup> Disposition issue de l'article 1 du décret 2012-457 du 6 avril 2012.

**1059.** Le Conseil d'Etat, après avoir rappelé qu'un Etat membre peut imposer une plus-value latente tant que le transfert de résidence fiscale n'implique pas le recouvrement immédiat de l'impôt, répond à cette interrogation par la négative :

*« cette circonstance ne peut être regardée à elle seule comme le soumettant à un traitement disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi ; que par suite, le requérant n'est pas fondé à soutenir que l'article 167 bis du code général des impôts serait à cet égard contraire à la liberté d'établissement »*

Ainsi, le Conseil d'Etat ne nie pas la différence de traitement entre les résidents nationaux et les résidents qui s'expatrient, il constate simplement que cette obligation imposée aux contribuables n'est pas disproportionnée eu égard à l'objectif poursuivi, à savoir la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales.

**1060.** Enfin, le Conseil d'Etat statue sur l'absence de conformité d'une disposition particulière applicable en matière de donation des titres postérieurement au départ de France. L'article 167 bis VII-1-b du CGI indique que le sursis de paiement de l'exit tax tombe en cas de donation de droits sociaux, valeurs, titres ou droits dont les plus-values latentes font l'objet d'une imposition (ou de ceux reçus en échange à l'occasion d'une opération intercalaire intervenue alors que le contribuable est domicilié hors de France) à moins que le contribuable ne démontre que l'opération n'était pas réalisée dans le seul but d'éluder l'impôt.

Le même article ajoute au point 2 du VII que l'impôt relatif aux droits ou titres donnés sera dégrevé ou restitué si le donateur apporte la preuve que cette transmission à titre gratuit n'avait pas pour seul but d'éluder l'impôt.

**1061.** En principe, si l'Administration fiscale soupçonne une fraude, c'est à elle d'en apporter la preuve. Avec cette disposition, le législateur inverse la charge de la preuve au détriment du contribuable. Ce dernier est, par principe, considéré comme un fraudeur et ce n'est que s'il peut établir l'existence de motifs extra-fiscaux au soutien de sa donation, que le sursis de paiement sera maintenu et que l'Administration fiscale lui accordera un dégrèvement ou une restitution de l'exit tax, adaptation du principe de droit national selon lequel la donation des titres n'entraîne aucune imposition de la plus-value existante au jour de l'acte ni pour le

donateur au jour de la transmission à titre gratuit, ni pour le donataire à l'occasion d'une cession éventuelle ultérieure, ce dernier étant imposé uniquement sur la plus-value constatée sur les biens donnés entre le jour de leur donation et celui de leur cession.

**1062.** Certes, la donation procède par principe d'une intention libérale de sorte qu'il ne devrait pas être trop compliqué pour le contribuable d'apporter cette preuve. Cependant, le simple fait de contraindre le contribuable à justifier son opération alors même que cela n'est pas exigé d'un donateur demeuré en France suffit à caractériser une mesure discriminatoire défavorable.

**1063.** En outre, si ce type de présomption de fraude n'est pas nécessairement contraire au droit communautaire, encore faut-il qu'elles soient proportionnées à leur objectif. La Cour de justice de l'Union européenne l'a jugé dans une affaire SIAT<sup>595</sup> au sujet de l'article 54 du Code de l'impôt sur le revenu belge de 1992. Ce dernier interdisait la déduction des frais professionnels dans les hypothèses où le bénéficiaire n'était pas soumis à un impôt équivalent à l'impôt belge ou s'il était soumis à un dispositif notablement plus avantageux, à moins que le contribuable n'apporte la preuve de la vérité et de la sincérité des opérations réalisées.

En l'espèce, la Cour a considéré que :

*« une législation telle que celle en cause au principal est propre à atteindre les objectifs de la prévention de la fraude et de l'évasion fiscales, de la sauvegarde de l'efficacité des contrôles fiscaux et de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres ».*

---

<sup>595</sup> CJUE, 1<sup>re</sup> ch., 5 juillet 2012, C-318/10, Sté d'investissement pour l'agriculture tropicale SA (SIAT), RJF 11/12, n°1084.

Voir notamment : Ariane CALLOUD et Eric MEIER, « L'article 238 A du CGI est-il en sursis ? - À propos de la non-conformité à la libre prestation de services d'une limitation de la déduction, au titre des frais professionnels, de sommes versées à une société non résidente », Droit fiscal, n°3, 17 janvier 2013, comm. 71.

Ainsi, la mise en œuvre d'une présomption de fraude, restrictive au regard des libertés de circulation, peut être justifiée. Mais la Cour ne s'arrête pas là, elle ajoute que :

*« Néanmoins, il doit être vérifié si ladite législation ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs ».*

Là encore c'est le test de proportionnalité qui validera, ou pas, la présomption au regard du droit de l'Union européenne.

**1064.** Concernant la disposition de l'exit tax relative aux donations dont il est question ici, l'Etat peut opposer à la contestation de cette restriction, la raison d'être de cette mesure particulière en matière de donation, à savoir la lutte contre l'évasion fiscale comme l'indique de rapport n°620 du Sénat sur le projet de loi de finances rectificatives pour 2011<sup>596</sup> :

*« [...] ce dispositif prévoit un traitement discriminatoire à l'égard des contribuables cherchant à éviter l'impôt qui n'est cependant pas incompatible avec les libertés de circulation consacrées par le droit de l'Union européenne puisqu'il est justifié par une raison impérieuse d'intérêt général : la lutte contre l'évasion fiscale ».*

**1065.** Le Conseil d'Etat a répondu à cette interrogation le 12 juillet 2013 dans l'affaire M. Aube-Martin<sup>597</sup>.

**1066.** L'article 1, II de ce décret crée l'article 91 octodécies de l'annexe 2 selon lequel :

*« Pour l'application du dernier alinéa du 3 du IX de l'article 167 bis du code général des impôts, le contribuable demande le dégrèvement de l'impôt bénéficiant du sursis de paiement ou la restitution de l'impôt acquitté sur le formulaire prévu au deuxième alinéa de l'article 91 undécies et déposé l'année suivant la réalisation de l'événement entraînant le dégrèvement ou la*

---

<sup>596</sup> Rapport n° 620 fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances rectificative pour 2011 par M. Philippe MARINI, 15 juin 2011.

<sup>597</sup> Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s 12 juillet 2013, n° 359996, M. Aube-Martin.

*restitution, selon les modalités prévues au premier alinéa de l'article 91 quaterdecies.*

*Il indique la nature et la date de l'événement à l'origine de sa demande et joint, à l'appui du formulaire, les éléments de calcul et les justificatifs correspondant au montant du dégrèvement ou de la restitution demandé ».*

Aussi, cet article prévoit qu'en cas de demande de dégrèvement ou de restitution consécutive à une donation, le contribuable doit indiquer la nature et la date de l'événement et joindre à l'appui de sa demande les éléments de calcul et les justificatifs relatifs au montant du dégrèvement ou de la restitution demandés.

**1067.** Le Conseil d'Etat constate la restriction à la liberté d'établissement induite par cette disposition mais indique que cette dernière peut être justifiée par les raisons impérieuses de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales et de préservation de l'efficacité des contrôles fiscaux si toutefois elle est proportionnée, c'est-à-dire si elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour respecter ces objectifs.

**1068.** Il précise qu'un contribuable qui demeure en France ne subit aucun contrôle *a priori* de ses intentions en cas de donation de titres et qu'il n'en découle aucune imposition sur le revenu.

Or, il indique que ni la donation, ni le transfert du domicile fiscal à l'étranger, ne constituent, en eux même, des actes constitutifs d'évasion fiscale.

**1069.** Aussi, le Conseil d'Etat juge que si cette volonté étatique de lutter contre l'évasion fiscale peut nécessiter la mise en place de mesures particulières, l'obligation imposée aux contribuables de démontrer que la donation n'avait pas pour seul but d'éluder l'impôt alors même qu'aucun indice d'abus ne doive être avancé par l'Administration fiscale est disproportionnée :

*« [...] l'obligation qui leur est faite de démontrer l'absence de montage destiné à éluder exclusivement l'impôt, sans que l'administration fiscale n'ait à fournir, à cet égard, le moindre indice d'abus, va au-delà de ce qu'implique normalement la lutte contre la fraude fiscale ».*

L'absence de corrélation entre l'obligation à la charge du contribuable – démontrer l'absence de volonté exclusive d'éluider l'impôt – et celle de l'Administration – elle n'a même pas à fournir d'indice d'un montage frauduleux – caractériserait la disproportion de la mesure.

Cela ressort également des conclusions de B. BOHNERT<sup>598</sup> dans les termes suivants :

*« s'il est possible, en vue de lutter contre la fraude fiscale, de mettre à la charge des contribuables ayant transféré leur domicile fiscal hors de France des obligations déclaratives particulières, nous pensons que l'obligation qui leur est faite de démontrer l'absence de montage destiné à éluder l'impôt, alors que l'Administration n'est quant à elle nullement tenue de fournir des indices laissant présumer une telle intention, ne constitue par une mesure proportionnée à l'objectif, par ailleurs légitime, qui est poursuivi ».*

**1070.** En outre, pour juger cette disposition disproportionnée eu égard à l'objectif qu'elle poursuit, le Conseil d'Etat rappelle que des directives relatives à l'assistance mutuelle au sein de l'Union européenne permettent aux Etats membres d'obtenir les informations qui leur seraient nécessaires concernant les donations éventuellement réalisées par les contribuables. Il en déduit la disproportion de la mesure à l'objectif poursuivi :

*« [...] le principe de liberté d'établissement s'oppose, en conséquence, à ce que soit mise à la charge d'un contribuable ayant transféré son domicile hors de France la preuve de ce que la donation à laquelle il procède n'est pas faite à seule fin d'éluider l'impôt pour pouvoir bénéficier du maintien du sursis de paiement et du dégrèvement de l'impôt ou pour en obtenir la restitution s'il a été acquitté ».*

---

<sup>598</sup> Conclusions de B. BOHNERT, dans Franck LE MENTEC : « *Le nouveau régime d'exit tax face aux normes supra législatives : état des lieux des tests de résistance* », Droit fiscal, n°37, 12 septembre 2013, comm. 417.

**1071.** En conséquence, le Conseil d'Etat indique que le requérant était fondé à demander l'annulation de l'article attaqué :

*« [...] il suit de là que [...] M. X. est fondé à demander l'annulation du II de l'article 1er du décret attaqué créant l'article 91 octodécies inséré dans l'annexe II au code général des impôts en tant qu'il porte application des dispositions du b du 1 du VII, du 2 du VII de l'article 167 bis et du 3 du IX de l'article 167 bis relatives aux preuves à apporter par les contribuables ayant transféré leur résidence Fiscale dans un Etat membre de l'Union européenne pour établir que les donations de titres n'ont pas un but exclusivement Fiscal ».*

**1072.** Les éléments évoqués ici l'ont été dans le cadre de la liberté d'établissement protégée par l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, c'est-à-dire la liberté tendant à protéger l'exercice des activités non salariées.

Ce fondement ne peut donc pas être invoqué par un contribuable transférant son domicile fiscal hors de France avec l'intention d'exercer dans son Etat d'accueil une activité salariée.

Pour ce dernier, il existe la liberté de circulation des travailleurs.

#### ***b. La liberté de circulation des travailleurs***

**1073.** Les salariés sont également protégés par le droit de l'Union européenne au travers de l'article 45 du TFUE – ancien article 39 TCE – selon lequel :

*« La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de l'Union ».*

**1074.** Que ce soit dans son arrêt De Lasteyrie du Saillant du 10 novembre 2004<sup>599</sup>, faisant suite à l'arrêt du même nom rendu par la Cour de justice de l'Union Européenne, ou dans l'une des affaires postérieures mettant en jeu la conformité de l'ancien exit

---

<sup>599</sup> Conseil d'Etat, 9e et 10e ss-sect., 10 novembre 2004, n° 211341, De Lasteyrie du Saillant, RJF 2/05, n°135.

tax au droit de l'Union européenne<sup>600</sup>, le Conseil d'Etat ne s'est pas prononcé sur la compatibilité de l'ancienne version de l'exit tax à la liberté de circulation des travailleurs.

**1075.** Il ne faut toutefois pas en déduire que ce fondement ne pouvait pas être utilement invoqué au soutien de la critique de ce dispositif. Il s'agit seulement de la conséquence d'une règle de la procédure applicable devant le Conseil d'Etat : non saisi de cette éventuelle incompatibilité par un requérant, il n'a pu soulever ce moyen tiré du droit de l'Union Européenne d'office. Cette solution est notamment issue de l'arrêt SA Morgane du Conseil d'Etat du 11 janvier 1991<sup>601</sup>.

**1076.** Or, il nous semble que la liberté de circulation des travailleurs pourrait fonder un examen similaire à celui qui vient d'être développé concernant la liberté d'établissement.

**1077.** Un arrêt Commission européenne c/ Royaume d'Espagne<sup>602</sup> permet d'attester de la nécessité pour les dispositifs d'exit tax applicables aux personnes physiques de respecter la liberté de circulation des travailleurs posée par l'article 45 du TFUE.

**1078.** Dans cette affaire, la Cour de justice, statuant sur l'étude de la validité d'un dispositif d'exit tax espagnol à la liberté d'établissement et à la liberté de circulation des travailleurs, rappelle que les dispositions nationales des Etats membres ne doivent pas avoir pour conséquence d'empêcher ou de décourager l'exercice de l'ensemble des libertés de circulation, et donc, ce faisant, de la liberté de circulation des travailleurs :

*« il est également de jurisprudence constante que doivent être considérées comme des restrictions à la libre circulation des*

---

<sup>600</sup> Notamment Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> sous-sections, 1<sup>er</sup> février 2012, n° 330006, M. et Mme Mathieu, RJF 4/12, n°363.

<sup>601</sup> Conseil d'Etat, sect, 11 janvier 1991, n°90995, SA Morgane, RJF 2/91, n°219.

<sup>602</sup> CJUE, 12 juillet 2013, C-269/09, 1<sup>e</sup> ch, Commission européenne c/ Royaume d'Espagne, RJF 12/12, n°1172.

Voir notamment : Editions Lexbase : « Condamnation de l'« exit tax » espagnole par la CJUE », n°494, 19 juillet 2012, n° LXB N3035BTL.

*personnes toutes les mesures qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de ladite liberté ».*

**1079.** Elle en déduit que :

*« [...] en vertu de la législation nationale en cause, le transfert du domicile en dehors du territoire espagnol, dans le cadre de l'exercice des droits que garantissent les articles 39 CE et 43 CE, entraîne l'obligation, pour le contribuable, d'acquitter l'impôt avant que ne soient tenus de le faire les contribuables qui continuent de résider en Espagne. Cette différence de traitement est de nature à défavoriser, sur le plan financier, les personnes transférant leur résidence à l'étranger [...] »*

Raisonnant par analogie avec l'arrêt De Lasteyrie du Saillant, la Cour indique que la disposition espagnole, dans la mesure où elle fait supporter aux contribuables quittant le territoire espagnol, une imposition qui ne serait due qu'ultérieurement par les résidents, instaure une différence pénalisant les contribuables souhaitant quitter le territoire national.

**1080.** A cet égard, le Royaume d'Espagne, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume des Pays-Bas et la République portugaise faisaient valoir qu'il ne s'agissait pas, dans cette espèce, de l'imposition d'une plus-value latente ou en report d'imposition, comme dans l'arrêt De Lasteyrie du Saillant, mais de l'insertion dans la base imposable du dernier exercice de résidence en Espagne, de revenus en attente d'imputation, c'est-à-dire de revenus réalisés mais qui n'auraient été intégrés à la base imposable qu'ultérieurement à défaut de transfert du domicile fiscal hors des frontières espagnoles.

La Cour répond à cet argument qu'il ne saurait être nié que le retrait, pour les contribuables quittant le territoire national, de cette disposition favorable constitue un « *désavantage manifeste en terme de trésorerie* » qui ne peut s'expliquer par une différence de situation objective.

**1081.** La Cour de justice en déduit que l'exit tax appliqué aux personnes physiques quittant son territoire par l'Etat espagnol constitue une entrave à la liberté d'établissement mais également à la liberté de circulation des travailleurs.

S'ensuit, conformément à la méthode d'évaluation de la Cour de justice de la validité d'une mesure au droit de l'Union européenne, une étude de la justification de ces restrictions.

**1082.** Deux éléments doivent être déduits de cet arrêt nous concernant.

Tout d'abord les dispositifs d'exit tax – et ce faisant le nouveau dispositif d'exit tax français – doivent respecter la liberté de circulation des travailleurs.

Ensuite, comme le révèle l'étude simultanée et non différenciée de la conformité de l'exit tax objet de l'arrêt à la liberté d'établissement et à la liberté de circulation des travailleurs, les critères permettant de vérifier la conformité du dispositif d'exit tax à ces deux libertés de circulation économiques s'appliquent de la même manière.

**1083.** Ainsi, les arguments développés précédemment concernant la conformité de l'exit tax dans sa nouvelle version à la liberté d'établissement, s'appliquent de la même manière à la liberté de circulation des travailleurs. Salariés et non-salariés sont donc identiquement protégés par les libertés de circulation posées par le Droit de l'Union européenne. Ces deux libertés de circulation peuvent être utilisées à des fins de contestation de l'exit tax par des résidents français quittant le territoire national pour s'installer dans un autre pays membre de l'Union européenne.

**1084.** L'Accord sur l'Espace économique européen peut-il être invoqué de la même manière par les résidents français souhaitant s'installer dans un Etat membre de l'Espace économique européen mais pas de l'Union européenne ?

## *2. L'Accord sur l'Espace économique européen*

**1085.** L'Accord à l'origine de la création de l'Espace économique européen a été signé le 2 mai 1992 et est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994. Son objectif était l'extension du marché intérieur réalisé entre les Etats membres de la Communauté européenne aux Etats membres de l'Association européenne de libre-échange à savoir l'Autriche, la Finlande, la Norvège, l'Islande, la Suède et la Suisse. Cependant, la population suisse s'étant opposée à la ratification de l'Accord par référendum en

décembre 1992, l'Espace économique européen ne s'appliquait initialement qu'à l'Autriche, la Finlande, la Norvège, l'Islande et la Suède.

**1086.** Depuis la ratification de l'accord, trois de ces Etats sont devenus membres de l'Union européenne – l'Autriche<sup>603</sup>, la Finlande<sup>604</sup> et la Suède<sup>605</sup> – et le Liechtenstein<sup>606</sup> a rejoint les rangs de l'Espace économique européen de sorte que les dispositions relatives à ce marché intérieur étendu s'appliquent aujourd'hui à la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein.

**1087.** La création de ce marché intérieur étendu repose essentiellement sur l'application des quatre grandes libertés de circulation protégées par le droit de l'Union européenne : les libertés de circulation des personnes, des services, des marchandises et des capitaux.

**1088.** Précisément, les articles 28 et 31 de l'Accord sur l'Espace économique européen reprennent dans les mêmes termes les libertés de circulation des travailleurs et d'établissement prévues respectivement aux articles 45 et 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

**1089.** Les définitions étant les mêmes, les conditions d'application et les effets de ces libertés pourraient être les mêmes. C'est ce qu'a rappelé la Cour de Justice dans l'arrêt précité *Commission européenne c/ Royaume d'Espagne* du 12 juillet 2012<sup>607</sup> :

*« [...] il y a lieu de relever que lesdites dispositions de l'accord EEE sont analogues à celles des articles 39 CE [devenu article 45 du TFUE] et 43 CE [devenu article 49 du TFUE] et, de sorte que les considérations énoncées en ce qui concerne ces articles aux points 51 à 64 du présent arrêt, en principe, s'appliquent*

---

<sup>603</sup> 1<sup>er</sup> janvier 1995.

<sup>604</sup> 1<sup>er</sup> janvier 1995.

<sup>605</sup> 1<sup>er</sup> janvier 1995.

<sup>606</sup> 1<sup>er</sup> mai 1995.

<sup>607</sup> CJUE, 12 juillet 2012, C-269/09, Commission européenne c/ République d'Espagne, RJF 12/12, n°1172.

également aux articles correspondants de l'accord EEE », les points 51 à 64 traitant de la restriction aux libertés d'établissement et de circulation des travailleurs protégées par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Aussi, les développements détaillés précédemment concernant les libertés d'établissement et de circulation des travailleurs issues des articles 45 et 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne seraient également applicables à ces mêmes libertés protégées, cette fois, par l'Accord sur l'Espace économique européen en cas de transfert du domicile fiscal en Norvège, en Islande ou au Liechtenstein.

**1090.** Toutefois, un point particulier doit être précisé.

Pour rappel, il résulte de l'article 167 bis, IV du CGI que le sursis de paiement est automatique lorsque le contribuable transfère son domicile dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un Etat 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 ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement ayant une portée similaire à celle prévue au sein de l'Union européenne par la Directive 2010/24/UE du 16 mars 2010.

**1091.** La France et le Liechtenstein n'ayant pas conclu de convention d'assistance au recouvrement, le sursis de paiement ne sera pas automatique en cas de transfert de domicile fiscal dans cet Etat.

Pour pouvoir bénéficier d'un sursis de paiement, les contribuables désireux de s'installer au Liechtenstein devront, conformément aux conditions posées par l'article 167 bis V du CGI, déclarer les plus-values, désigner un représentant fiscal et constituer une garantie propre à assurer le recouvrement de l'impôt postérieurement au départ de France.

**1092.** A l'inverse, une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement ayant été conclues avec la Norvège et l'Islande, les

contribuables transférant leur domicile dans l'un de ces Etats bénéficieront du sursis de paiement automatique.

**1093.** La question qui peut se poser ici est la suivante : les contribuables transférant leur domicile fiscal au Liechtenstein pourraient-ils invoquer la liberté de circulation des travailleurs protégée par l'article 28 de l'Accord sur l'Espace économique européen ou la liberté d'établissement codifiée à l'article 31 du même Accord, pour contester cette différence de traitement ?

**1094.** Il nous semble que cette contestation du refus du sursis de paiement automatique et de l'exigence de désignation d'un représentant fiscal et de constitution d'une garantie pour l'obtention du sursis ne pourrait pas prospérer.

Certes, il ne fait pas de doute que ces conditions d'obtention du sursis de paiement constituent une restriction au libre exercice des libertés d'établissement et de circulation des travailleurs.

Il est également vrai qu'il y a là une différence de traitement entre les contribuables s'installant au Liechtenstein et ceux s'installant en Norvège et en Islande.

Pour autant, cette restriction se fonde sur un élément objectif, à savoir l'absence de convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement conclue avec le Liechtenstein.

Il nous semble donc que cette différence de traitement serait justifiée et proportionnée eu égard à la volonté du législateur d'assurer un recouvrement efficace de la dette fiscale et de lutter contre l'évasion fiscale.

**1095.** L'arrêt Commission européenne c/ Royaume d'Espagne rendu le 12 juillet 2012<sup>608</sup>, a en effet retenu l'absence de convention en matière de recouvrement pour justifier et valider un dispositif d'exit tax applicable aux personnes physiques. Il indique ainsi que<sup>609</sup> :

*« [...] il y a lieu de constater que le Royaume d'Espagne fait valoir qu'il n'a pas conclu de traités bilatéraux prévoyant une assistance*

---

<sup>608</sup> CJUE, 12 juillet 2012, C-269/09, Commission européenne c/ Royaume d'Espagne, RJF 12/12, n°1172.

<sup>609</sup> Point 97.

*mutuelle pour la perception ou le recouvrement des impôts avec le Royaume de Norvège, non plus qu'avec la République d'Islande ou la Principauté de Liechtenstein. Dès lors, en cas de transfert de la résidence d'un contribuable dans l'un de ces Etats parties à l'accord EEE, il n'apparaît pas que les autorités espagnoles disposent des moyens leur permettant de bénéficier d'une coopération effective avec les autorités desdits Etats* ».

La Cour poursuit :

*« Dans ces conditions, il doit être considéré que l'obligation des contribuables transférant leur résidence à l'étranger d'inclure tout revenu non imputé dans la base imposable du dernier exercice fiscal pour lequel ils ont été considérés comme contribuables résidents, en ce qu'elle vise les contribuables résidant dans les Etats parties à l'accord EEE n'ayant pas la qualité d'Etat membre de l'Union, ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visant à garantir l'efficacité des contrôles fiscaux et de la lutte contre l'évasion fiscale ».*

**1096.** Il nous semble qu'une solution identique devrait être retenue pour valider la soumission de l'obtention d'un sursis de paiement à l'exigence de désignation d'un représentant fiscal et de constitution d'une garantie à propre assurer le recouvrement de l'impôt concernant les contribuables transférant leur résidence fiscale au Liechtenstein alors même que cette mesure avait été jugée contraire à la liberté d'établissement protégée par l'article 49 du TFUE dans De Lasteyrie du Saillant.

**1097.** En outre, nous pouvons nous interroger ici sur la question suivante : la solution rendue par le Conseil d'Etat le 12 juillet 2013<sup>610</sup> au sujet de la contrariété au droit de l'Union européenne de l'obligation faite aux contribuables donateurs de démontrer l'absence de volonté exclusive d'éluider l'impôt serait-elle transposable

---

<sup>610</sup> Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., 12 juillet 2013, n°359994, M. Aube-Martin ; Cf. Annexe 3. Conclusions de B. BOHNERT, dans Franck LE MENTEC : « *Le nouveau régime d'exit tax face aux normes supra législatives : état des lieux des tests de résistance* », Droit fiscal, n°37, 12 septembre 2013, comm. 417. Cf. Annexe.

dans le cadre de l'Accord sur l'Espace économique européen ? Autrement dit, l'exigence de la démonstration de l'absence de volonté d'éluider l'impôt en cas de donation pourrait-elle également être reconnue contraire aux libertés de circulation protégées par l'Accord sur l'Espace économique européen ?

**1098.** Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a motivé sa décision d'incompatibilité de cette disposition à la liberté d'établissement codifiée à l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne de la manière suivante. Il indique que si la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales peut justifier de faire supporter des obligations particulières aux contribuables quittant le territoire national, l'obligation qui leur est imposée de prouver que la donation n'est pas exclusivement motivée par la volonté d'éluider l'impôt sans que l'Administration fiscale n'ait à soulever le moindre indice en ce sens est disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi dans la mesure où l'Administration dispose des moyens d'être informée :

*« dès lors que l'Administration a les moyens d'obtenir de la part des autorités compétentes d'un Etat membre, notamment dans le cadre des directives relatives à l'assistance mutuelle des autorités compétentes des Etats membres dans le domaine des impôts directs, des informations relatives à la donation des titres ou valeurs mobilières ».*

**1099.** Aussi, c'est parce que l'Administration fiscale française a la possibilité d'obtenir les informations nécessaires à son contrôle de la part des autorités compétentes des autres Etats membres dans lesquels le contribuable aurait installé son domicile, notamment grâce aux directives d'assistance mutuelle, que le Conseil d'Etat a jugé la disposition disproportionnée.

**1100.** Or, comme nous venons de l'indiquer, la Norvège et l'Islande ont signé une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement avec la France. Dès lors, l'Etat français bénéficie des mêmes mesures d'entraide avec ces deux Etats que celles en vigueur entre les Etats

membres de l'Union européenne, la solution aurait donc été la même : la mesure aurait, selon nous, été jugée disproportionnée.

**1101.** En revanche, aucune convention d'assistance au recouvrement n'a été conclue entre la France et le Liechtenstein. Dans cette hypothèse, il ne semble donc pas que la mesure aurait été jugée disproportionnée.

**1102.** Finalement, une difficulté doit être constatée ici. Deux catégories de contribuables seront dans l'impossibilité d'invoquer ces libertés de circulation.

Tout d'abord, ces libertés d'établissement et de circulation des travailleurs, qu'elles soient appliquées dans le cadre de l'Union européenne ou de l'Accord sur l'Espace économique européen, sont destinées à assurer la fluidité du marché intérieur. Elles ont donc un objectif économique. Cela apparaît clairement dans le préambule du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne selon lequel les rédacteurs du traité :

- Etaient « *décidés à assurer, par une action commune, le progrès économique et social de leurs Etats en éliminant les barrières qui divisent l'Europe* »,
- Reconnaissaient « *que l'élimination des obstacles existants appelle une action concertée en vue de garantir la stabilité dans l'expansion, l'équilibre dans les échanges et la loyauté dans la concurrence* »,
- Etaient « *soucieux de renforcer l'unité de leurs économies et d'en assurer le développement harmonieux en réduisant l'écart entre les différentes régions et le retard des moins favorisées* »,
- Etaient « *désireux de contribuer, grâce à une politique commerciale commune, à la suppression progressive des restrictions aux échanges internationaux* ».

Or, les contribuables amenés à quitter le territoire français n'ont pas nécessairement pour objectif d'exercer une activité à l'étranger, salariée ou non. Il peut par exemple s'agir de retraités. Ces derniers ne pourront pas invoquer la liberté d'établissement ou la liberté de circulation des travailleurs pour contester l'exit tax.

Ensuite, ces libertés s'appliquent uniquement en cas de départ du contribuable dans un Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'Accord sur l'Espace

économique européen. Il en résulte qu'un contribuable transférant son domicile en Suisse par exemple, ne pourra pas invoquer ces dispositions.

En revanche, ces contribuables pourront fonder leur critique sur les conventions fiscales internationales d'élimination des doubles impositions.

### ***3. La conformité de l'exit tax aux conventions fiscales internationales***

**1103.** L'Etat français ayant signé des conventions fiscales d'élimination des doubles impositions avec d'autres Etats et ces normes étant supérieures au droit national dans la hiérarchie des normes conformément à l'article 55 de la Constitution, il convient également d'étudier la conformité de l'exit tax au droit conventionnel<sup>611</sup>. A défaut de conformité, eu égard au principe de subsidiarité développé précédemment, c'est la convention qui primerait.

**1104.** Rappelons tout d'abord que le législateur français a tenté de parer à l'un des motifs qui aurait pu justifier une critique de la conformité de l'exit tax aux conventions fiscales bilatérales en prévoyant l'imputation de l'impôt de plus-value éventuellement acquitté à l'étranger sur l'exit tax dû en France. En effet, sans cet aménagement l'exit tax aurait pu générer une double imposition alors même que leur élimination est directement visée par la mise en place de ces conventions.

---

<sup>611</sup> Voir notamment :

Jérôme BARRE : « *Existe-t-il un abus de droit de l'Etat français pouvant affecter la liberté d'aller et venir ?* », Décideurs Stratégie Finance Droit, 19 février 2013.

Gauthier BLANLUET, Philippe NEAU-LEDUC, Cécile LOUIS-LUCAS, Franck LE MENTEC : « *La réforme de la fiscalité du patrimoine : premières analyses – l'exit tax* », Droit et Patrimoine 2011, n°206.

Daniel GUTMANN : « *Exit tax : le projet gouvernemental* », Option Finance, n°1125, 16 mai 2011, pages 20 et 21 et « *La lutte contre « l'exil fiscal » : du droit comparé à la politique fiscale* », Droit fiscal, n°21, 24 mai 2012, 306.

Franck LE MENTEC : « *Projet d'exit tax : de quelques problématiques à venir* », Droit fiscal, n°22, 2 juin 2011, act. 175.

Anne SIMONET : « *L'exit tax s'accommodera mal des conventions internationales* », AGEFI Actifs, 22 avril 2011.

**1105.** La plupart des conventions signées par la France confient la taxation des plus-values au pays de résidence du contribuable au jour de la cession conformément au modèle OCDE.

**1106.** Pour rappel, l'article 13 paragraphe 5 de la Convention modèle OCDE – dit « *clause balai* » – est rédigé comme suit :

« 5. Les gains provenant de l'aliénation de tous biens autres que ceux visés aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont imposables que dans l'État contractant dont le cédant est un résident ».

Les gains en capital n'étant pas expressément cités, ils relèvent du paragraphe 5 de l'article 13. Il en résulte que le pouvoir d'imposer ces gains est dévolu à l'Etat dont leur propriétaire est résident au moment de la cession.

**1107.** Aussi, les plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux ne sont, en principe, imposables en France que pour autant que le contribuable est résident français au jour de l'aliénation<sup>612</sup>.

**1108.** Or, si le contribuable quitte le territoire national avant de céder ses titres et que cette cession intervient dans son Etat d'adoption, il n'est, de fait, plus résident français au jour de la cession. Il s'en suit que le droit d'imposition échappe à l'Etat français.

**1109.** Il pourrait donc être considéré que c'est pour contrer cette règle de répartition du pouvoir d'imposition que le législateur fiscal français a mis en place une fiction inscrivant l'imposition résultant de l'exit tax dans un cadre fiscal purement domestique. En effet, l'article 167 bis III du CGI dispose :

« Pour l'application du présent article, *le transfert hors de France du domicile fiscal d'un contribuable est réputé intervenir le jour précédant celui à compter duquel ce contribuable cesse*

---

<sup>612</sup> Une exception résulte toutefois de la réserve émise par la France concernant les participations substantielles détenues au sein de sociétés implantées sur le territoire national. Pour ces dernières, l'Etat français s'est, en effet, réservé la possibilité de retenir son pouvoir d'imposition. Comme nous l'avons vu certaines conventions reprennent cette disposition particulière, c'est notamment le cas de la convention franco-espagnole et de la convention franco-italienne.

*d'être soumis en France à une obligation fiscale sur l'ensemble de ses revenus* ».

**1110.** Ainsi, le fait générateur de l'exit tax est réalisé le dernier jour de la résidence fiscale française des contribuables sur le départ et les conventions ne permettent pas, a priori, de contrer ce nouvel exit tax.

Cette fiction fiscale, combinée à une interprétation stricte de l'article 13 de la convention modèle OCDE, permettrait à l'Etat français d'appliquer l'exit tax sans difficulté. La seule contestation possible serait dès lors la résidence fiscale.

**1111.** Pour rappel, dans les arrêts Daumen du 21 novembre 2012<sup>613</sup> ainsi que dans les trois arrêts Rodriguez<sup>614</sup>, Coutre<sup>615</sup> et Picart<sup>616</sup>. du 29 avril 2013 relatif à l'exit tax dans son ancienne version, le Conseil d'Etat avait considéré que l'article 15 de la convention franco-suisse donnant au pays de résidence du cédant le droit d'imposer la plus-value de cession ne faisait pas obstacle à ce qu'une personne ayant son domicile fiscal en France soit imposée sur les plus-values constatées lorsqu'elle transfère son domicile fiscal hors de France – en l'occurrence vers la Suisse.

Pour statuer ainsi, le Conseil d'Etat s'est fondé sur l'article 15 mais également sur l'article 4 paragraphe 4 de la convention franco-suisse qui délimite le moment à compter duquel une personne n'est plus résidente d'un état et lui lie les conditions d'assujettissement aux impôts nationaux.

Comme nous l'avons déjà indiqué, il est probable que le juge aurait statué en sens inverse en l'absence de cet article 4.

La question que nous pouvons nous poser ici est celle de la possibilité de transposer cette solution dans le cadre du nouvel exit tax.

---

<sup>613</sup> Conseil d'Etat, 21 novembre 2012, n°347223, Daumen, RJF 2/13, n°164.

<sup>614</sup> Conseil d'Etat, 29 avril 2013, n° 357574, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Rodriguez, RJF 7/13, n°729.

<sup>615</sup> Conseil d'Etat, 29 avril 2013, n° 357575, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Coutre, RJF 7/13, n°729.

<sup>616</sup> Conseil d'Etat, 29 avril 2013, n°357576, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Picart, RJF 7/13, n°729.

**1112.** En mettant en place une fiction fiscale situant, virtuellement, le fait générateur de l'imposition au jour précédent le départ à l'étranger, le législateur français fait de l'exit tax une imposition strictement nationale.

**1113.** Si l'on s'en tient à une interprétation stricte et littérale des dispositions de l'article 13 de la convention modèle OCDE, il est possible de considérer que les dispositions de l'exit tax seraient compatibles avec la convention modèle ODCE. Mais l'interprétation stricte des conventions est-elle la seule qui doit être retenue ? Doit-elle primer sur d'autres règles d'interprétation ? N'est-elle pas trop rigide et non conforme à d'autres règles d'interprétation du droit international public ?

**1114.** Dans ses conclusions<sup>617</sup> sur l'arrêt Daumen, le Rapporteur public Vincent DAUMAS avait indiqué :

*« Rappelons qu'il est de jurisprudence constante que les stipulations d'une convention internationale doivent faire l'objet d'une interprétation stricte ».*

Il est vrai que le Conseil d'Etat statue souvent en ce sens. A cet égard nous pouvons citer les arrêts rendus par le Conseil d'Etat le 16 février 1990 SAS France<sup>618</sup> ou encore le 30 décembre 1996 min. c/ Benmiloud<sup>619</sup>.

**1115.** Cependant, d'autres décisions font état d'une interprétation plus souple, non plus littérale mais en adéquation avec les objectifs des signataires des conventions conformément au principe d'interprétation de bonne foi posé par l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

---

<sup>617</sup> Conclusions du Rapporteur public Vincent DAUMAS : « *L'ancienne exit tax (avant le 1-1-2005) était-elle conventionnellement applicable en cas de transfert du domicile fiscal en Suisse ?* » BDCF 2/13, n°20.

<sup>618</sup> Conseil d'Etat, 16 février 1990, n° 68627-68628, 9<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> s.-s., SAS France, RJF 4/90, n°393.

<sup>619</sup> Conseil d'Etat, 30 décembre 1996, n° 128611, 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.-s., ministre c/ Benmiloud, RJF 2/97, n°158.

**1116.** Le maître des requêtes au Conseil d'Etat Yohann BENARD a ainsi indiqué, concernant l'affaire min. c/ Sté Bank of Scotland du 29 décembre 2006<sup>620</sup>, que :

*« [...] contrairement à une opinion parfois émise, nous ne croyons pas qu'il existe un principe strict d'interprétation littérale des conventions. En effet, il résulte des règles coutumières rappelées par la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, et notamment par ses articles 31 à 33, que les conventions fiscales doivent être interprétées non pas toujours littéralement, mais à la lumière de leur objet et de leur but, ce qui laisse une certaine marge de manœuvre ».*

**1117.** La convention de Vienne a été signée le 22 mai 1969 et ouverte à la ratification le 23 mai 1969. Elle est entrée en vigueur le 27 janvier 1980. La France ne l'a jamais ratifiée<sup>621</sup>. Toutefois, elle l'a appliquée à plusieurs reprises comme en témoigne l'affaire Société Bank of Scotland précitée ou encore l'affaire Heskes<sup>622</sup> du 17 décembre 2003. Cela tient notamment au fait que cette convention est la formalisation de règles coutumières du droit international public et notamment de la règle « *Pacta sunt servanda* », principe repris à l'article 26 de la convention de Vienne dont il découle que les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Cette règle a, ainsi, nécessairement une incidence sur l'interprétation à donner aux traités internationaux : pour être exécutés de bonne foi, ils doivent être interprétés de bonne foi.

---

<sup>620</sup> Conseil d'Etat, 29 décembre 2006, n° 283314, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> s.-s., min. c/ Sté Bank of Scotland, RJF 3/07, n°322.

Voir notamment : Yohann BENARD : « *Fraude à la loi et treaty shopping : que pensez de la décision Bank of Scotland ?* », Revue de jurisprudence fiscale 4/07, pages 319 et suivantes.

<sup>621</sup> Voir notamment : Philippe MARTIN : « *L'interprétation des conventions fiscales internationales* », Droit fiscal, n° 24, 13 juin 2013, 320

<sup>622</sup> Conseil d'Etat, 17 décembre 2003, n° 239677, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> s.-s., Heskes, RJF 3/04, n°249.

**1118.** C'est précisément le principe que reprend l'article 31<sup>623</sup>, paragraphe 1 de la convention de Vienne :

*« Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ».*

Et si cela n'est pas suffisant, l'article 32 prévoit des moyens complémentaires d'interprétation dans les termes suivants :

*« Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :*

- a) Laisse le sens ambigu ou obscur; ou*
- b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. »*

**1119.** Cette règle d'interprétation de bonne foi des traités internationaux ne pourrait-elle pas faire échec à la fiction fiscale créée par le législateur français dans son dispositif d'exit tax ?

**1120.** Selon l'article 31 de cette convention, les traités – et donc les conventions fiscales bilatérales – doivent être interprétés de bonne foi eu égard à leur objet, d'une part, et à leur but, d'autre part. Or, les conventions fiscales internationales bilatérales ont pour objet de répartir le pouvoir d'imposition entre les Etats signataires en fonction d'éléments objectifs négociés afin d'éviter les situations de doubles imposition.

**1121.** Or, en créant la fiction légale étudiée ici, le législateur court-circuite les conventions fiscales qu'il a lui-même négociées et acceptées en travestissant une

---

<sup>623</sup> Voir notamment : Olivier CORTEN : « *Les techniques reproduites aux articles 31 à 33 des conventions de Vienne : approche objectiviste ou approche volontariste de l'interprétation ?* », Revue générale de droit international public, n°2, 1<sup>er</sup> avril 2011, pages 351 à 366.

situation par nature transfrontalière en une situation exclusivement nationale échappant à ces mêmes conventions.

Par ce biais, il s'octroie de manière unilatérale le droit d'imposer les plus-values alors même que la répartition du droit d'imposer est l'objet des conventions qu'il a acceptées.

Une contestation de la bonne foi du législateur national semble dès lors légitime.

**1122.** Un motif de contestation de notre exit tax pourrait dès lors être trouvé dans l'exigence de bonne foi dans l'application et l'interprétation des traités comme le soulignait notamment Franck LE MENTEC en 2011<sup>624</sup>.

**1123.** Un élément de la convention modèle OCDE est de nature à conforter cette position. L'article 3, paragraphe 2 de la convention pose, en effet, un principe d'interprétation des termes de la convention. Mais plus que l'article lui-même<sup>625</sup> – qui n'est pas applicable au cas qui nous occupe puisqu'il vise les termes non définis dans la convention – c'est le commentaire qui en est fait par l'OCDE qui est susceptible d'éclairer notre interrogation sur la conformité de l'exit tax aux conventions :

*« Le libellé du paragraphe 2 permet d'établir un équilibre satisfaisant entre d'une part la nécessité d'assurer la permanence des engagements souscrits par un Etat lors de la signature d'une convention (car il ne faudrait pas qu'un Etat puisse rendre partiellement inopérante les dispositions conventionnelles en modifiant après coup dans sa législation interne la portée des termes non définis dans la convention) et d'autres part, les exigences d'une application commode et pratique de la*

---

<sup>624</sup> Gauthier BLANLUET, Philippe NEAU-LEDUC, Cécile LOUIS-LUCAS, Franck LE MENTEC : « La réforme de la fiscalité du patrimoine : premières analyses – l'exit tax », Droit et Patrimoine 2011, n°206.

<sup>625</sup> « Pour l'application de la Convention à un moment donné par un État contractant, tout terme ou expression qui n'y est pas défini a, sauf si le contexte exige une interprétation différente, le sens que lui attribue, à ce moment, le droit de cet État concernant les impôts auxquels s'applique la Convention, le sens attribué à ce terme ou expression par le droit fiscal de cet État prévalant sur le sens que lui attribuent les autres branches du droit de cet État ».

*Convention au fil des années (il convient en effet d'éviter de se référer à des notions périmées) ».*

**1124.** Si les termes non définis dans la convention ne doivent pas être utilisés par les Etats pour contourner les conventions fiscales, le droit interne ne devrait, *a fortiori*, pas être l'instrument de détournement d'une règle directement posée par la convention.

Ce commentaire montre bien qu'il est attendu des Etats contractants qu'ils n'utilisent pas leur droit interne postérieur à la convention pour mettre en échec des conventions qu'ils ont acceptées en connaissance de cause.

**1125.** Une sanction du dispositif français sur ce motif ne serait pas une première à l'échelle européenne. En effet, nous pouvons souligner, à titre d'exemple, que la Cour suprême néerlandaise a sanctionné une fiction fiscale pour incompatibilité avec les conventions fiscales et le traité de Vienne. Elle a jugé en 2003<sup>626</sup> que le transfert du droit d'imposer d'un pays à un autre grâce à une fiction légale était contraire au droit fiscal international et en particulier à l'article 31 de la convention de Vienne.

**1126.** Toutefois, une nuance doit être apportée. Les Pays-Bas ont mis en place en 2001 un dispositif d'exit tax proche de celui mis en place par le législateur français en 2011. L'exit tax néerlandais permet l'imposition de l'accroissement de valeur des participations substantielles à l'occasion du transfert du domicile hors du territoire national reportée au jour de la réalisation d'un fait générateur ultérieur (principalement la cession de la participation) à moins que ce dernier n'intervienne plus de 10 ans après le départ auquel cas l'Administration fiscale abandonne toute taxation. Dans trois décisions du 20 février 2009<sup>627</sup>, la Cour suprême néerlandaise a été amenée à évaluer la conformité de ce dispositif aux conventions fiscales bilatérales luttant contre la double imposition. La Cour suprême a confirmé la bonne foi de l'Etat néerlandais dans l'application et l'interprétation des traités et, au cas particulier, des conventions fiscales internationales.

---

<sup>626</sup> Cour suprême néerlandaise, 5 septembre 2003, BNB 2003/379, BNB 2003/380 et BNB 2003/381.

<sup>627</sup> Cour suprême néerlandaise, 20 février 2009, BNB 2009/260, BNB 2009/261 et BNB 2009/262.

Ces décisions tendraient à indiquer que le juge français pourrait être amené à statuer dans le même sens au sujet de l'exit tax français.

Toutefois, il convient de remarquer que la doctrine néerlandaise n'est pas nécessairement en accord avec ce jugement. A cet égard, nous pouvons citer un article de Frank P.G. PÖTGENS intitulé « *The relationship between tax preservative assessment and Netherlands tax treaties: not always « pacta sunt servanda » ?* »<sup>628</sup>. Dans cet article, l'auteur révèle qu'une partie de la doctrine locale a prétendu que l'exit tax applicable aux détenteurs de participations substantielles était conforme aux conventions fiscales bilatérales négociées par les Pays-Bas et au principe de bonne foi contenu dans la convention de Vienne. Ces derniers considèrent, en effet, que l'exit tax n'implique pas de détournement destiné à influencer unilatéralement la répartition mise en place par les traités. Monsieur PÖTGENS<sup>629</sup> rappelle que, par les jugements précités, la Cour suprême néerlandaise a approuvé cette théorie. Il le regrette et indique, en résumé, qu'il ne peut être nié que cet exit tax a notamment pour but de contourner les effets indésirables des traités grâce à une disposition législative domestique, ce qui est en contradiction avec la bonne foi.

**1127.** Une partie de la doctrine défend l'idée selon laquelle l'exit tax pourrait, au contraire, être conforme aux conventions fiscales internationales. C'est le cas d'Emilie BOKDAM-TOGNETTI<sup>630</sup>. Cette dernière se fonde sur les trois décisions du 20 février 2009<sup>631</sup> de la Cour suprême néerlandaise ainsi que sur l'arrêt « N » :

*« le fait que la CJUE admet, au nom d'un « principe de territorialité fiscale, associé à un élément temporel » qu'elle tire dans l'arrêt N. de l'article 13 § 5 de la convention modèle OCDE, l'imposition par l'Etat sur le territoire duquel la valeur économique a été générée d'une plus-value latente au moment du*

---

<sup>628</sup> Frank P.G. PÖTGENS, « *The relationship between tax preservative assessment and Netherlands tax treaties: not always « pacta sunt servanda » ?* », European taxation, Mai 2010, pages 183 et suivantes.

<sup>629</sup> Frank P.G. PÖTGENS, « *The relationship between tax preservative assessment and Netherlands tax treaties : not always « pacta sunt servanda » ?* ».

<sup>630</sup> Emilie BOKDAM-TOGNETTI : « *Portée et limites des exit tax : quelques enseignements jurisprudentiels* », Revue de jurisprudence fiscale 2013, 7/13, 1<sup>er</sup> juillet 2013, pages 611 et suivantes.

<sup>631</sup> Cour suprême néerlandaise, 20 février 2009, BNB 2009/260, BNB 2009/261 et BNB 2009/262.

*transfert, révèle qu'elle n'y voit pas une fiction juridique contraire aux règles modèles de l'OCDE et aux principes régissant l'application des conventions ».*

**1128.** Enfin, notons que la question de la conformité du nouveau dispositif d'exit tax aux conventions fiscales d'élimination des doubles impositions a été soulevée devant le Conseil d'Etat dans les deux arrêts rendus le 12 juillet 2013 M. Gibier et M. Aube-Martin<sup>632</sup> dans le cadre de recours pour excès de pouvoir contre le décret 2012-457 du 6 avril 2011 relatif à l'exit tax.

**1129.** Monsieur Gibier estimait que l'exit était contraire à l'article 15 de la convention franco-suisse d'élimination des doubles impositions selon lequel le droit d'imposer les plus-values de cessions de valeurs mobilières revient au pays de résidence du cédant. Il invoquait pour cela l'argument que nous venons d'étudier à savoir l'absence de validité de la fiction juridique au regard des articles 26 et 31 de la convention de Vienne.

Monsieur Aube-Martin invoquait quant à lui, la contrariété de cette fiction juridique avec l'article 18 de la convention franco-belge d'élimination des doubles impositions qui pose la même répartition du droit d'imposition.

**1130.** Dans ces deux hypothèses, le Conseil d'Etat écarte ce moyen. Pour autant, cela n'implique pas que ce moyen n'était pas fondé. En effet, après avoir rappelé le principe de primauté des conventions fiscales internationales sur le droit issu du code général des impôts et l'obligation faite au juge de respecter la répartition du droit d'imposition qui en découle, celui-ci indique que :

*« eu égard à l'objet d'une telle convention, un moyen tiré de la méconnaissance de ces stipulations par des dispositions législatives de portée générale ne saurait être utilement invoqué à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir contre des dispositions réglementaires prises pour l'application de telles dispositions ».*

---

<sup>632</sup> Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 12 juillet 2013, n°359314, M. Gibier et Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., 12 juillet 2013, n°359994, M. Aube-Martin ; Cf. Annexe 3. Conclusions de B. BOHNERT, dans Franck LE MENTEC, « Le nouveau régime d'exit tax face aux normes supra législatives : état des lieux des tests de résistance », Droit fiscal, n°37, 12 septembre 2013, comm. 417.

Aussi, ces décisions ne permettent pas de conclure à la validité de l'exit tax au regard des conventions fiscales internationales, elles sanctionnent simplement l'impossibilité de faire valoir cet argument dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir.

Il conviendra donc d'attendre ici un arrêt rendu dans le cadre d'un litige de plein contentieux.

## Conclusion

---

**1131.** Tout au long de cette thèse, nous avons replacé l'opération d'apport-cession associée à une délocalisation de son domicile fiscal par le contribuable dans son contexte national et international.

En effet, c'est ce contexte qui justifie et qui permet la réalisation de cette opération.

D'une part, il la justifie eu égard à une fiscalité française applicable aux plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux lourde et peu concurrentielle en comparaison avec les régimes fiscaux mis en place par certains Etats limitrophes.

D'autre part, il la rend possible dans la mesure où la juridiction fiscale titulaire du droit d'imposition est, en général, déterminée en fonction du lieu de résidence du contribuable.

**1132.** En outre, nous avons établi l'intérêt fiscal que représente la mise en œuvre d'un tel schéma, à savoir la transformation d'un avantage de trésorerie temporaire en matière de plus-value de cession lorsque l'opération est réalisée dans un cadre purement national, en un avantage fiscal définitif lorsqu'elle est combinée à une délocalisation de son domicile fiscal par le contribuable.

Nous avons également indiqué les étapes à suivre pour que cette opération soit véritablement optimisante en fonction du pays de destination du contribuable et de la teneur de la convention fiscale bilatérale négociée entre la France et ce dernier.

**1133.** Enfin, nous avons étudié les moyens déployés par le législateur pour limiter les possibilités de réalisation de cette opération sans toutefois parvenir à les empêcher. En effet, malgré ces derniers, l'opération d'apport-cession-délocalisation demeure toujours réalisable et fiscalement avantageuse pour le contribuable, sous réserve, il est vrai, de l'aménagement des modalités de sa réalisation et d'une éventuelle limitation de son impact fiscal.

**1134.** Plus précisément, deux moyens particuliers ont été récemment mis en œuvre par le législateur français pour limiter le recours à ce type d'opération.

**1135.** D'une part, le législateur a expressément encadré les conditions dans lesquelles l'apport-cession peut être mis en place dès lors que l'apport est réalisé en faveur d'une société contrôlée par l'apporteur à compter du 14 novembre 2012.

Nous avons vu concernant ce dispositif qu'il s'inspire largement de la jurisprudence établie par le Conseil d'Etat dans le cadre de son contrôle du caractère abusif des opérations d'apport-cession réalisées sur la base de l'ancien report d'imposition et du sursis d'imposition.

Nous avons également constaté, que ce dispositif à l'origine de la création d'un nouveau report d'imposition en cas d'apport à une société contrôlée par l'apporteur s'avère un peu plus sévère que ne l'était l'encadrement jurisprudentiel au regard notamment du montant du réinvestissement ou encore du délai imparti à la société bénéficiaire de l'apport pour le réaliser.

Cependant, ce nouvel encadrement n'empêche pas l'opération et a le mérite de la sécuriser et d'exposer au contribuable quel comportement adopter pour mettre son opération à l'abri d'éventuelles critiques de l'Administration fiscale.

**1136.** D'autre part, après avoir supprimé une première version de l'exit tax jugée incompatible avec le droit de l'Union européenne en 2004, le législateur a finalement remis en place un dispositif d'exit tax en vigueur depuis le 3 mars 2011.

Saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre le décret relatif à l'imposition des plus-values et créances en cas de transfert du domicile hors de France, le Conseil d'Etat a récemment jugé ce dispositif compatible, à certains égards, avec le droit de l'Union européenne, l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et l'Accord de Luxembourg.

Comme nous l'avons détaillé, seule la disposition enjoignant aux contribuables d'apporter la preuve de l'absence de volonté d'éluider l'impôt en cas de donation des titres postérieurement au départ de France a été sanctionnée pour incompatibilité avec la liberté d'établissement. Cette sanction partielle n'est toutefois pas de nature à remettre en cause l'exit tax lui-même.

Si cet impôt de sortie est définitivement jugé valable au regard de l'ensemble des normes supérieures susceptibles de lui être opposées, nous avons indiqué que l'opération d'apport-cession-délocalisation nous paraît toujours réalisable qu'elle soit mise en œuvre sur la base du sursis d'imposition ou du report d'imposition applicable lorsque l'apport est consenti à une société contrôlée par l'apporteur si, dans ce dernier cas, la délocalisation du domicile fiscal du contribuable précède l'apport en société.

Dans ces deux hypothèses, c'est une plus-value latente qui sera soumise à l'exit tax. A ce titre, elle pourra bénéficier d'un dégrèvement d'impôt, ou d'une restitution de ce dernier s'il avait déjà été acquitté, à l'issue d'une période de résidence à l'étranger de huit ans.

Toutefois, ce dégrèvement, est en tout état de cause, limité à l'impôt sur le revenu. Il en résulte que l'exit tax conserverait un intérêt à la condition que le contribuable attende huit ans avant de céder les titres reçus en échange de l'apport et acquitte, à cette occasion, les prélèvements sociaux.

En revanche, si comme nous venons de le rappeler, l'exit tax a bien été récemment déclaré conforme à certaines dispositions supranationales, il demeure des points de nature à faire douter de sa compatibilité avec le droit de l'Union européenne, en particulier concernant les plus-values en report d'imposition sur le fondement de l'article 150-0 B ter du CGI, mais également avec les Convention fiscales internationales. Or, si l'exit tax devait finalement être écarté, l'apport-cession-délocalisation pourrait de nouveau jouer pleinement.

**1137.** Certains contribuables ne manqueront vraisemblablement pas de soulever ces moyens devant les juges dans le futur.

En outre, le pouvoir politique, a, à l'occasion du G20 tenu les 5 et 6 septembre derniers à Saint-Pétersbourg, clairement réaffirmé sa volonté de lutter, notamment, contre la fraude et l'évasion fiscales ainsi que contre l'« *optimisation fiscale intensive* ».

Aussi, nous pouvons nous attendre à ce que le Gouvernement renforce les moyens de lutte existants contre ce type d'opération, et en développe de nouveaux.

## Table des matières

---

Sommaire.....	7
Introduction .....	9
Partie 1 : L'apport-cession-délocalisation : un vecteur d'optimisation .....	27
Titre 1 : L'apport-cession.....	28
Chapitre 1 : L'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux .....	28
Section 1 : Une charge fiscale non négligeable.....	28
Paragraphe 1 : L'impôt sur le revenu .....	28
A. Le champ d'application .....	29
B. Le fait générateur .....	33
C. L'assiette .....	34
D. Les modalités d'imposition.....	36
1. Le principe : l'intégration des plus-values aux revenus soumis au barème progressif .....	37
2. L'exception : le régime des « créateurs d'entreprise » .....	38
Paragraphe 2 : Les prélèvements sociaux .....	41
A. Le taux global d'imposition.....	41
B. La contribution sociale généralisée déductible .....	42
Paragraphe 3 : La contribution exceptionnelle sur les hauts revenus .....	43
A. Le revenu fiscal de référence .....	43
B. Le taux d'imposition .....	44

C. Le mécanisme de lissage.....	45
Section 2 : Des exonérations et abattements souvent limités et toujours strictement encadrés .....	47
Paragraphe 1 : les abattements pour durée de détention .....	47
A. L'abattement général pour durée de détention : article 150-0 D du CGI .....	47
B. L'abattement pour durée de détention applicable aux dirigeants de PME partant à la retraite : article 150-0 D ter du CGI.....	51
Paragraphe 2 : les dispositifs exonératoires.....	54
A. Le report-exonération : article 150-0 D bis du CGI .....	54
B. Les cessions d'une participation excédant 25 % réalisées au sein d'un groupe familial : article 150-0 A, I-3 du CGI.....	58
C. Les cessions de titres de jeunes entreprises innovantes : article 150-0 A, III-7 du CGI.....	60
Paragraphe 3 : Les réformes envisagées par le Gouvernement .....	61
Chapitre 2 : L'opération d'apport-cession .....	63
Section 1 : Le mécanisme de l'apport-cession .....	64
Paragraphe 1 : Etape 1 : l'apport en société .....	68
A. La Directive fusion et l'article 150-0 B ter du CGI.....	69
B. La réalisation de l'apport.....	73
Paragraphe 2 : Etape 2 : la cession des titres apportés par la société bénéficiaire de l'apport .....	77
A. La cession des titres apportés par la société bénéficiaire de l'apport dans le cadre de l'article 150-0 B du CGI .....	78
B. La cession des titres apportés par la société bénéficiaire de l'apport dans le cadre de l'article 150-0 B ter du CGI.....	80
Section 2 : La transmission des titres reçus en échange de l'apport par l'apporteur .....	85
Paragraphe 1 : La transmission à titre onéreux .....	85
A. Les apports-cessions bénéficiant d'un sursis d'imposition : article 150-0 B du CGI .....	86

B. Les apports-cessions bénéficiant d'un report d'imposition : article 150-0 B ter du CGI .....	87
1. La plus-value de cession .....	88
2. La plus-value d'apport .....	89
Paragraphe 2 : La transmission à titre gratuit .....	93
A. La donation .....	94
1. La donation avant cession en dehors de l'application de l'article 150-0 B ter du CGI .....	95
a. La donation doit intervenir avant la cession .....	97
b. La donation ne doit pas être fictive .....	106
2. La donation avant cession dans le cadre de l'article 150-0 B ter du CGI .....	117
B. La transmission par décès .....	121
Titre 2 : L'apport-cession-délocalisation .....	124
Chapitre 1 : Le contexte de l'apport-cession-délocalisation .....	126
Section 1 : La détermination de la juridiction fiscale compétente .....	126
Paragraphe 1 : La domiciliation fiscale .....	127
A. Les conditions de domiciliation retenues par le droit interne .....	129
B. La détermination de la résidence fiscale des contribuables selon les conventions fiscales .....	131
Paragraphe 2 : La répartition du droit d'imposer .....	138
A. Le droit d'imposition : droit interne et conventions fiscales internationales .....	138
1. Répartition du droit d'imposer et conventions modèle OCDE .....	138
2. Répartition du droit d'imposer et clauses relatives aux participations substantielles .....	139
B. Le droit d'imposition et le différé d'imposition .....	143
Section 2 : Le transfert du domicile fiscal hors de France .....	148
Paragraphe 1 : Le régime d'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux applicable dans certains Etats limitrophes .....	148
A. Des Etats dont l'imposition des plus-values est inférieure à celle applicable en France .....	149

B. Des Etats n'imposant pas les plus-values de cession de valeurs mobilières et droits sociaux.....	150
Paragraphe 2 : Les autres conséquences de la délocalisation du domicile fiscal.....	153
Chapitre 2 : La réalisation de l'apport-cession-délocalisation .....	155
Section 1 : L'« <i>optimisation standard</i> ».....	156
Paragraphe 1 : Les modalités de réalisation de l'opération d'apport-cession-délocalisation « standard » .....	156
Paragraphe 2 : Les avantages de l'apport-cession-délocalisation par rapport à une simple délocalisation avant cession .....	159
Section 2 : L'optimisation applicable en présence d'une disposition relative aux cessions de participations substantielles .....	160
Paragraphe 1 : Une particularité : l'apport transfrontalier.....	160
Paragraphe 2 : Un résultat similaire à l'apport-cession-délocalisation standard .....	163
Section 3 : Comparaison de l'apport-cession-délocalisation et du report-exonération de l'article 150-0 D bis du CGI.....	165
Paragraphe 1 : Les conditions d'application des articles 150-0 B, 150-0 B ter et 150-0 D bis du CGI.....	166
Paragraphe 2 : L'étendue des avantages fiscaux retirés de l'apport-cession-délocalisation et du report-exonération .....	169
Partie 2 : Les risques de l'apport-cession-délocalisation.....	172
Titre 1 : Apport-cession et lutte contre les abus .....	174
Chapitre 1 : L'apport-cession réalisé sur la base de l'ancien report d'imposition ou du sursis d'imposition .....	175
Section 1 : La soumission de l'apport-cession à la procédure de répression des abus de droit.....	182
Paragraphe 1 : L'apport-cession fondé sur l'ancien report d'imposition....	182
A. Une solution incertaine avant l'intervention du Conseil d'Etat .....	182
1. Le Comité consultatif pour la répression des abus de droit et le Comité de l'abus de droit fiscal.....	182
2. Les juges du fond .....	185

a. L'entrée de l'apport-cession dans le champ d'application de l'article L. 64 du LPF .....	185
b. L'exclusion de l'apport-cession du champ d'application de l'article L. 64 du LPF .....	187
B. Une soumission à la procédure de répression des abus de droit clairement affirmée par le Conseil d'Etat en 2010.....	189
Paragraphe 2 : L'apport-cession fondé sur le sursis d'imposition .....	192
A. Jusqu'en 2012 : une transposition incertaine de la jurisprudence fondée sur le report d'imposition aux apports-cessions bénéficiant du sursis d'imposition .....	193
1. Le Comité consultatif pour la répression des abus de droit et le Comité de l'abus de droit fiscal.....	193
2. Les juges du fond .....	196
B. En 2012, ancien report ou sursis d'imposition : du pareil au même en matière d'abus de droit.....	198
1. Le comité de l'abus de droit fiscal opère un revirement .....	199
2. Le Conseil d'Etat.....	201
Section 2 : Les conditions de caractérisation de l'abus de droit.....	202
Paragraphe 1 : La caractérisation du but exclusivement fiscal .....	203
A. L'absence d'appréhension effective des fonds issus de la cession .....	203
1. L'appréhension directe.....	203
2. L'appréhension indirecte, possible .....	206
B. La réalisation d'un investissement dans une activité économique par la société bénéficiaire de l'apport.....	210
1. La nature du réinvestissement .....	210
a. Le fondement de l'exigence d'un réinvestissement dans une activité économique.....	210
b. La définition de l'investissement dans une activité « économique » .....	221
2. Les modalités de réalisation du réinvestissement dans une activité économique .....	234
a. L'encadrement chronologique .....	234
i. Le délai entre l'apport et la cession .....	234
ii. Le délai entre la cession et le réinvestissement .....	235

b. L'encadrement quantitatif du réinvestissement .....	242
Paragraphe 2 : La contrariété aux objectifs du législateur .....	246
Chapitre 2 : L'apport-cession bénéficiant du nouveau report d'imposition de l'article 150-0 B ter du CGI .....	249
Section 1 : Les conditions de validité de l'apport-cession.....	249
Paragraphe 1 : Une société contrôlée par l'apporteur.....	250
Paragraphe 2 : Un réinvestissement expressément encadré .....	252
A. L'encadrement chronologique .....	253
1. Le délai séparant l'apport et la cession : un réinvestissement éventuel.....	253
2. Le délai séparant la cession et le réinvestissement .....	254
B. La nature du réinvestissement.....	255
C. L'encadrement quantitatif.....	258
Section 2 : La sanction .....	259
Paragraphe 1 : Une sanction distincte de l'abus de droit.....	259
Paragraphe 2 : L'influence de la jurisprudence élaborée en matière d'abus de droit.....	260
Titre 2 : Apport-cession et délocalisation du domicile fiscal .....	262
Chapitre 1 : L'apport-cession-délocalisation et le risque de fraude fiscale .....	264
Section 1 : Un non-respect fortement sanctionné .....	264
Paragraphe 1 : Les éléments constitutifs de la fraude fiscale .....	264
A. L'élément matériel .....	265
B. L'élément intentionnel.....	267
Paragraphe 2 : Une sanction dissuasive.....	267
A. Les sanctions fiscales .....	268
B. Les sanctions pénales .....	269
Section 2 : Comment éviter la caractérisation de la fraude fiscale ? .....	272
Paragraphe 1 : Une rupture patrimoniale avec la France .....	272
Paragraphe 2 : Une rupture administrative et fiscale.....	273

Chapitre 2 : L'apport-cession-délocalisation et l'exit tax .....	276
Section 1 : 1998 : une première tentative d'exit tax .....	276
Paragraphe 1 : Son fonctionnement.....	276
A. Le départ à l'étranger comme fait générateur de l'impôt.....	276
B. L'option pour le sursis au paiement de l'impôt.....	278
1. Une option conditionnée .....	278
2. Un paiement différé .....	279
Paragraphe 2 : Sa critique et sa suppression .....	280
A. La contrariété avec le droit de l'Union Européenne .....	281
1. Une entrave injustifiée à la liberté d'établissement .....	281
a. Une entrave à la liberté d'établissement .....	284
b. L'absence de justification à cette entrave .....	286
2. Le choix de la suppression .....	289
B. Une critique posthume multiforme .....	290
1. Les délocalisations au sein de l'Union européenne : une extension de la jurisprudence De Lasteyrie du Saillant aux plus-values en report d'imposition .....	291
2. Les délocalisations dans un Etat tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative tendant à lutter contre la fraude et l'évasion fiscales : un dispositif jugé conforme au droit positif .....	294
a. Les conventions fiscales internationales .....	295
b. La liberté de circulation des capitaux .....	297
c. L'Accord de Luxembourg du 21 juin 1999 .....	301
d. Le Traité franco-suisse du 23 février 1882 sur l'établissement des français en Suisse et des suisses en France.....	307
e. L'article 1 <sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales .....	309
Section 2 : 2011 : la résurgence d'un exit tax modifié .....	316
Paragraphe 1 : Un nouveau dispositif complexe .....	316
A. Le fonctionnement du nouvel exit tax .....	317

1. Le principe : une imposition immédiate déterminée au jour du transfert du domicile fiscal hors de France .....	318
a. Le fait générateur .....	318
b. Le champ d'application .....	320
c. La détermination de l'impôt dû .....	322
i. La détermination de la plus-value imposable .....	323
ii. Le calcul de l'impôt dû .....	325
2. Un principe d'imposition immédiate qui doit être nuancé .....	326
a. Les sursis de paiement .....	327
i. Les conditions d'obtention des sursis de paiement .....	327
ii. Les évènements mettant fin au sursis de paiement .....	330
b. Les hypothèses de dégrèvement ou de restitution .....	337
B. La combinaison du nouvel exit tax avec l'apport-cession-délocalisation.....	340
1. L'exit tax et l'article 150-0 B du CGI.....	340
2. L'exit tax et l'article 150-0 B ter du CGI.....	343
a. Schéma n°1 : l'apport précède le transfert du domicile fiscal .....	344
b. Schéma n°2 : Le transfert du domicile fiscal précède l'apport.....	348
Paragraphe 2 : Une pérennité fragile .....	354
A. Sur la forme : un dispositif complexe et rétrospectif .....	354
1. Le principe de clarté de la loi et l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi .....	355
2. L'instauration d'un dispositif rétrospectif.....	359
a. Le principe de non rétroactivité.....	363
b. L'article 1 <sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales .....	368
c. Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime .....	371
B. Sur le fond : un dispositif qui doit être conforme aux normes supranationales .....	377
1. La recherche de l'« eurocompatibilité » de la nouvelle version de l'exit tax.....	377
a. La liberté d'établissement .....	380

i. Les arguments en faveur de la compatibilité de l'exit tax à la liberté d'établissement .....	387
ii. Les arguments en contrariété avec la liberté d'établissement...	388
iii. Les arguments déjà tranchés par le Conseil d'Etat .....	394
b. La liberté de circulation des travailleurs.....	401
2. L'Accord sur l'Espace économique européen .....	404
3. La conformité de l'exit tax aux conventions fiscales internationales	411
Conclusion.....	422
Table des matières.....	426
Bibliographie .....	435
Table des annexes .....	473
Index .....	504

## Bibliographie

---

### *DECISIONS DE JUSTICE*

#### **Tribunaux administratifs :**

- Tribunal administratif de Toulouse, 21 mai 2002, n°97-1328, 1<sup>e</sup> ch., Gineste, RJF 11/02, n°1292.
- Tribunal administratif d'Orléans, 24 septembre 2002, n°99-2109, 3<sup>e</sup> ch., Miramont, RJF 4/03, n°472.
- Tribunal administratif de Nice, 26 novembre 2002, n°98-4015, 99-4771 et 99-4772, RJF 4/03, n°473.  
Conclusions du Commissaire du Gouvernement Julien LE GARS : « *Abus de droit : promesse de vente assortie d'une levée d'option et donation-partage avant la levée d'option* », BDCF 4/03, n°54.
- Tribunal administratif de Versailles, 13 décembre 2005, n° 04-4909, Rouyer, RJF 6/06, n°750.  
Conclusions du Commissaire du Gouvernement Franck LOCATELLI : « *Un apport de titres à une société civile, suivi de leur échange ouvrant droit au report d'imposition de la plus-value réalisée et de leur cession par la société civile, est-il constitutif d'un abus de droit ?* », BDCF 6/06, n°77.
- Tribunal administratif d'Orléans, 11 avril 2006, n°03-2895, 3<sup>e</sup> ch., Le Hénaff, RJF 1/07, n°63.  
Conclusions du Commissaire du Gouvernement Franck COQUET : « *Quelles sont les limites de l'optimisation fiscale dans la transmission d'un patrimoine qui constitue l'outil de travail du contribuable ?* », BDCF 1/07, n°10.
- Tribunal administratif de Besançon, 21 novembre 2006, n° 04-106, Pheulpin, RJF 8-9/07 n°951.
- Tribunal administratif de Marseille, 4 février 2008, n° 05-915, Harreau, RJF 1/09, n°59.
- Tribunal administratif de Paris, 7 octobre 2008 n°02-14030, 2<sup>e</sup> section., 1<sup>e</sup> ch., Labbé, RJF 4/09, n°335.
- Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 4 mai 2009 n° 06-2271, RJF 4/10, n°394.
- Tribunal administratif de Montreuil du 10 mars 2011, n°0907034, M. Christian P, RJF 12/11, n°13
- Tribunal administratif de Montreuil, 16 décembre 2011, n°1007855, 10<sup>e</sup> ch, De Galbert, RJF 8-9/12, n°816.

- Tribunal administratif de Montreuil, 8 juin 2012, n°1104077, 10<sup>e</sup> ch, M. Jacob ; Jugement et conclusions du Rapporteur public Nolwenn PETON-PHILIPPOT dans « *Sort des plus-values en report d'imposition constatées par les contribuables qui transfèrent leur domicile dans un Etat étranger lié par une convention fiscale* » d'Eric GINTER et Julien BELLET, Droit fiscal, n°29, 19 juillet 2012.

### **Cours administratives d'appel :**

- Cour administrative d'appel de Bordeaux, 3<sup>e</sup>me ch., 31 décembre 2002, n° 01BX01892, Légifrance.
- Cour administrative d'appel de Versailles, 23 novembre 2004, n° 04-586 et 04-1068, 3<sup>e</sup> ch., Wechsler, RJF 4/05, n°329.
- Cour administrative d'appel de Nantes, 18 décembre 2006, n° 05-486, Bazire, RJF 5/07, n°598.
- Cour administrative d'appel de Douai, 11 décembre 2007, n° 06-1458, Bauchart RFJ 4/08, n°490.
- Cour administrative d'appel de Nancy, 7 février 2008, n° 06-327, 1<sup>e</sup> ch., Picoux, RJF 8-9/08, n°999.
- Cour administrative d'appel de Nantes, 7 avril 2008, n°06-453, Ciavatta, RJF10/08, n°1104.
- Cour administrative d'appel de Bordeaux, 4<sup>e</sup> ch., 9 octobre 2008, n° 07BX00352, Dufaur-Dessus, Droit des sociétés, n°2, février 2009, Comm. 42.
- Cour administrative d'appel de Lyon, 5 février 2009, n°06LY01960, Min c/ Menoni, Jurisprudence fiscale 2011 Francis Lefebvre, Légifrance.
- Cour administrative d'appel de Bordeaux, 17 février 2009, n° 07-711, 3<sup>e</sup> ch., Berjot, RJF 6/10, n°595.
- Cour administrative d'appel de Lyon, 5<sup>e</sup> ch., 18 mai 2009, n° 06LY00460, Conseil, Jurisprudence fiscale 2011 Francis Lefebvre, Légifrance.
- Cour administrative d'appel de Douai, 16 juin 2009, n° 08DA00548, min. c/ M. et Mme Motte-Sauvaige, RJF 11/09, n°971 ; Conclusions du Rapporteur public Patrick MINNE, « *Donation-partage de titres suivie de leur cession immédiate : remise en cause sur le fondement des deux branches de l'abus de droit* », Droit fiscal, n°28, 9 juillet 2009, comm. 411.
- Cour administrative d'appel de Lyon, 2<sup>e</sup> ch., 27 octobre 2009, n° 07LY02295, min. c/ Clairet, Légifrance.
- Cour administrative d'appel de Paris, 16 décembre 2010, n° 08PA05885, Billon, RJF 5/11, n°582.

- Cour administrative d'appel de Paris, 31 décembre 2010, n°08PA04109, 9<sup>e</sup> ch., Daumen, Légifrance.
- Cour administrative d'appel de Paris, 1<sup>er</sup> juin 2011, n° 09PA07171, 9<sup>e</sup> ch., Vicidomini, RJF 12/11, n°1344.
- Cour administrative d'appel de Paris, plén., 13 octobre 2011, n° 09PA01620, M. Zannier,  
Conclusions du Rapporteur public Philippe BLANC, « *Le principe de sécurité juridique s'oppose à un droit de reprise de l'Administration excluant tout prescription* », Droit fiscal, n°13, 29 mars 2012, comm. 234.
- Cour administrative d'appel de Versailles, 24 janvier 2012, n°09VE02217, 1<sup>e</sup> ch., Nicolet, Bulletin fiscal 5/12, n°528, RJF 5/12, n°497.
- Cour administrative d'appel de Versailles, 24 janvier 2012, n° 09VE02218, 1<sup>e</sup> ch., Rondest, Bulletin fiscal 5/12, n°528.
- Cour administrative d'appel de Paris, 1<sup>er</sup> février 2012, n° 10PA01518, Coutre, Légifrance.
- Cour administrative d'appel de Lyon, 15 mars 2012, n°11LY00965, Légifrance.
- Cour administrative d'appel de Versailles, 3 avril 2012, n°10VE04147, 3<sup>e</sup> ch., Chailleux, RJF 12/12, n°1125.
- Cour administrative d'appel de Paris, 12 avril 2012, 9<sup>e</sup> ch, n°11PA03416, RJF 11/12, n°1095.
- Cour administrative d'appel de Lyon, 28 juin 2012, N°11LY01874, 5<sup>e</sup> ch., min. c/ Farel, RJF 1/13, n°76.  
Conclusions du Rapporteur public Dominique JOURDAN, « *Que faut-il entendre par réinvestissement significatif en cas d'apport-cession ?* », BDCF 1/13, n°9.

### **Conseil d'Etat :**

- Conseil d'Etat, 22 mars 1929, n° 98130, Dupont 1929, page 520.
- Conseil d'Etat, Assemblée, 5 janvier 1962, n°46798, Dupont 1962, page 120.
- Conseil d'Etat, 7<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss.-sect., 11 avril 1973, n° 81154, Dupont 1973, page 267.
- Conseil d'Etat, 19 décembre 1975, n° 84774 et 91895, RJF 2/76, n°77.
- Conseil d'Etat, 8 juillet 1977, req. 4158, 7<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.s, Droit fiscal, n°8, 20 février 1978, comm. 280
- Conseil d'Etat, 14 octobre 1977, n° 99686, SARL Zarka, RJF 11/77, n°591.

- Conseil d'Etat, plen., 10 juin 1981 n° 19079, RJF 9/81, n°787.  
Conclusions du Commissaire du Gouvernement LOBRY, Droit fiscal, n° 48, 23 novembre 1981, comm. 2187.
- Conseil d'Etat, 16 novembre 1983, n° 36970, RJF 1/84, n°29.
- Conseil d'Etat, 5 octobre 1988, n°81012, Montaignac, RJF 12/88, n°1374.
- Conseil d'Etat, 16 février 1990, n° 68627-68628, 9<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> s.-s., SAS France, RJF 4/90, n°393.
- Conseil d'Etat, sect, 11 janvier 1991, n°90995, SA Morgane, RJF 2/91, n°219.
- Conseil d'Etat, 17 mars 1993, n° 85894 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.-s., Memmi, RJF 5/93 n° 369.  
Conclusions du Commissaire du Gouvernement Jacques ARRIGHI DE CASANOVA : « *Règles internes et conventions internationales. Priorité à l'examen de la situation du contribuable au regard du droit interne* », RJF 1993, pages 359 et suivantes.
- Conseil d'Etat, 30 novembre 1994, n° 128516, 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.-s., SCI Résidence Dauphine, RJF 1/1995, n°132.  
Conclusions du Commissaire du Gouvernement Giles BACHELIER : « *Suppression rétroactive d'une exonération temporaire de la taxe foncière sur les propriétés bâties. Examen au regard du droit au respect des biens et du principe de non-discrimination prévus par la convention européenne des droits de l'homme ; inapplicabilité des principes généraux du droit communautaire* », RJF 1/1995, pages 9 et suivantes.
- Conseil d'Etat, 30 décembre 1996, n° 128611, 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.-s., ministre c/ Benmiloud, RJF 2/97, n°158.
- Conseil d'Etat, 6 avril 1998, n° 161481, 9<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> s.-s., ministre c/ Lesmaris, RJF 5/98, n°526 ;  
Conclusions du Commissaire du Gouvernement Guillaume GOULARD : « *Conventions internationales - Domicile fiscal au sens de la Convention franco-marocaine : pour la détermination du centre des activités professionnelles, il doit être tenu compte des activités qui sont la source de profits imposés dans une catégorie de bénéficiaires professionnels* », Droit fiscal, n°39, 23 septembre 1998.
- Conseil d'Etat, 5 mai 2000, n° 210947, 3<sup>e</sup> s.-s., Labouriaux, RJF 12/00, n°1458
- Conseil d'Etat, 23 juin 2000, n°196143, Al Kallas, RJF 9-10/00, n°1041.
- Conseil d'Etat, Ass., 14 décembre 2001, req. n°211341, De Lasteyrie du Saillant, RJF 2/02, n°160.  
Conclusions du Commissaire du Gouvernement Guillaume GOULARD : « *Liberté d'établissement - Le mécanisme d'imposition immédiate des plus-values sur participations substantielles en cas de transfert de domicile à*

*l'étranger est-il compatible avec la liberté d'établissement ?* », Droit fiscal, n°12, 20 Mars 2002, comm. 255.

- Conseil d'Etat, 10 avril 2002, n° 226886, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Chaisemartin, RJF 7/02, n°788 ;  
Conclusions du Commissaire du Gouvernement Gilles BACHELIER : « *Notion de report d'imposition ou de report de paiement : cas de l'article 151 octies relatif aux plus-values constatées lors de l'apport à une société de l'actif d'une entreprise individuelle* », BDCF 7/02, n°95.
- Conseil d'Etat, 28 juin 2002, n° 232276, Schneider Electric, RJF 10/02, n° 1080 ;  
Conclusions du Commissaire du Gouvernement Stéphane AUSTRY : « *Mode d'emploi des conventions fiscales bilatérales : la convention franco-suisse fait-elle obstacle à l'application de l'article 209 B du CGI ?* », BDCF 10/02, n°120 ;
- Conseil d'Etat : 3 octobre 2003 n° 246855, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> s.-s., min. c/ SCI Caladoise, RJF 12/03, n°1382.  
Conclusions du Commissaire du Gouvernement Laurent VALLEE : « *La sous-location d'un immeuble nu faisant l'objet d'un contrat de crédit-bail constitue-t-elle une activité professionnelle ?* », BDCF 12/03, n°154.
- Conseil d'Etat, 17 décembre 2003, n° 239677, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> s.-s., Heskes, RJF 3/04, n°249.
- Conseil d'Etat, 18 février 2004, n° 247729, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., SA Pléiade, RJF 5/04, n°510 ;  
Conclusions du Commissaire du Gouvernement Pierre COLLIN : « *La prise de participation sans justification dans une société holding luxembourgeoise dépourvue de toute substance caractérise-t-elle un abus de droit ?* », BDCF 5/04, n°65.
- Conseil d'Etat, 28 mai 2004, n°256090, Naudet, RJF 8-9/04, n°888 ;  
Conclusions du Commissaire du Gouvernement Gilles BACHELIER : « *L'article 160 du CGI permettait-il avant le 16 novembre 1994 en cas d'échange de droits sociaux d'imputer les moins-values sur les plus-values en report d'imposition ?* », BDCF 8-9/04, n°106.
- Conseil d'Etat, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> sous-sections, 28 mai 2004, n°261289, Lassus, RJF 8-9, n°948 ;  
Conclusions du Commissaire du Gouvernement François SENERS : « *Un référé suspension peut-il être présenté après le rejet par l'administration de la réclamation préalable du contribuable ?* » BDCF 8-9/04, n°111.

- Conseil d'Etat, 10 novembre 2004, n°211341, De Lasteyrie du Saillant, RJF 2/05, n°135.  
Conclusions du Commissaire du Gouvernement Stéphane VERCLYTTE : « *Quelles conséquences faut-il tirer de la censure par la CJCE du dispositif « d'exit tax » ?* », BDCF 2/05, n°17.
- Conseil d'Etat, ass., 24 mars 2006, n° 288460, n° 288465, n° 288474 et n° 288485, Société KPMG et a, RJDA 6/06, n°656.
- Conseil d'Etat, 18 mai 2005, n° 267087, 8e et 3e ss-sect., min. c/ Sté Sagal, RJF 8-9/05, n°910 ;  
Conclusions du Commissaire du Gouvernement Pierre COLLIN : « *La prise de participation sans justification économique ou financière dans une société holding luxembourgeoise exonérée d'impôt et dépourvue de toute substance caractérise-t-elle un abus de droit (suite) ?* », BDCF 8-9/05, n°110.
- Conseil d'Etat, 27 septembre 2006 n° 260050, Sté Janfin, RJF 12/06, n°1583.  
Conclusions Laurent OLLEON : « *L'administration peut-elle poursuivre la répression des abus de droit en dehors du champ d'application de l'article L 64 du LPF ?* », BDCF 12/06, n°156.
- Conseil d'Etat, 29 décembre 2006, n° 283314, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> s.-s., min. c/ Sté Bank of Scotland, RJF 3/07, n°322.
- Conseil d'Etat, 28 février 2007, n° 284565, 9e et 10e s.s., min. c/ Persicot, RJF 5/07, n°599.  
Conclusions du Commissaire du Gouvernement Laurent VALLEE : « *Où passe la frontière entre optimisation fiscale et abus de droit* », BDCF 5/07, n°61.
- Conseil d'Etat, 5 mars 2007, n°284457, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s. s., Selarl Pharmacie des Chalonges, RJF 5/07, n°600.  
Conclusions du Commissaire du Gouvernement Pierre COLLIN : « *L'acte de revalorisation de la valeur d'apport d'un élément d'actif peut-il être contesté sur le terrain de l'abus de droit ?* », RJF 5/07, pages 426 et suivantes.
- Conseil d'Etat, 28 mars 2008 n° 271366, Aznavour, RJF 6/08 n° 629.  
Conclusions du Commissaire du Gouvernement Claire LANDAIS : « *Une somme versée par une société française à une société britannique en contrepartie d'un concert donné en France par un artiste résident fiscal suisse est-elle taxable en France entre les mains de cet artiste ?* », BDCF 6/08, n°69.
- Conseil d'Etat, 11 avril 2008, n° 285583, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.-s., Cheynel, RJF 7/08, n°769.  
Conclusions du Commissaire du Gouvernement Claire LANDAIS, « *Le principe de subsidiarité des conventions fiscales bilatérales s'applique-t-il dans le cas de conventions qui définissent directement et de manière autonome les critères de détermination de la résidence fiscale ?* », BDCF 6/08, n°83.

- Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> ss-sect., 20 octobre 2008, n°301744, Simmenauer : RJF 1/2009, n°32-a et 58.
- Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 7 septembre 2009, n° 305586, min. c/ SA Axa, RJF 12/09, n°1138.
- Conseil d'Etat, 12 mars 2010, n° 306368, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> s.-s., Sté Charcuterie du Pacifique, RJF 6/10, n°620.
- Conseil d'Etat, 17 mars 2010, n°299770, M. Blanc, RJF 6/10, n°555.
- Conseil d'Etat, 2 juin 2010, n° 318014, Fondation de France, RJF 8-9/10, n°872.  
Conclusions du Rapporteur public Nathalie ESCAUT : « *Les conditions d'entrée en vigueur de la suppression de l'avoir fiscal ont-elles privé les personnes morales d'une « espérance légitime » de « bien » au sens de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la convention EDH ?* », BDCF 8-9/10, n°97.
- Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°321361, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Min. c/ Four, RJF 12/10, n°1206.  
Conclusions du Rapporteur public Laurent OLLEON : « *1° L'apport en report d'imposition de titres à une société suivi de leur cession pour celle-ci est-il constitutif d'un abus de droit ? 2° L'apport en report d'imposition d'un fonds de commerce à une société suivi de la réduction du capital de celle-ci est-il constitutif d'un abus de droit ?* », BDCF 12/10, n°132.
- Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°301934, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Bazire, RJF 12/10, n°1204.  
Conclusions du Rapporteur public Laurent OLLEON : « *1° L'apport en report d'imposition de titres à une société suivi de leur cession pour celle-ci est-il constitutif d'un abus de droit ? 2° L'apport en report d'imposition d'un fonds de commerce à une société suivi de la réduction du capital de celle-ci est-il constitutif d'un abus de droit ?* », BDCF 12/10, n°132.
- Conseil d'Etat, 8 octobre 2010, n°313139, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., min.c/ Bauchart, RJF 12/10, n°1205.  
Conclusions du Rapporteur public Laurent OLLEON : « *1° L'apport en report d'imposition de titres à une société suivi de leur cession pour celle-ci est-il constitutif d'un abus de droit ? 2° L'apport en report d'imposition d'un fonds de commerce à une société suivi de la réduction du capital de celle-ci est-il constitutif d'un abus de droit ?* », BDCF 12/10, n°132.
- Conseil d'Etat, 29 octobre 2010, n°339200, Limousin, RJF 1/11, n°85.
- Conseil d'Etat, 29 octobre 2010, n°339202, Charles, RJF 1/11, n°85.
- Conseil d'Etat, 3 février 2011 n° 329839, min. c/ M. et Mme Conseil, RJF 4/11, n°471.  
Conclusions du Rapporteur public Laurent OLLEON : « *En cas « d'apport-cession » quelles sont les caractéristiques d'un réinvestissement d'une part significative du produit de la cession ?* », BDCF 4/11, n°50

- Conseil d'Etat, 11 février 2011, n° 314950, M. et Mme Picoux, RJF 5/11, n°628.  
Conclusions du Rapporteur public Emmanuelle CORTOT-BOUCHER : « *Le report d'imposition de la plus-value, en cas d'apport-cession, est-il constitutif d'un abus de droit si le réinvestissement du produit de la cession est tardif ?* », BDCF 5/11, n°64.
- Conseil d'Etat, QPC, 11 juillet 2011, n°349579, 9<sup>e</sup> s.-s., Cabinet Didier King & associés, RJF 12/11, n°1354.
- Conseil d'Etat, 24 août 2011, n° 316928, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.s., Ciavatta, RJF 11/11, n°1186.  
Conclusions du Rapporteur public Julien BOUCHER, « *En cas d'apport-cession, quels sont le montant et la nature des réinvestissements dans une activité économique à réaliser pour éviter une procédure d'abus de droit ?* », BDCF 11/11, n°129.
- Conseil d'Etat, 24 août 2011, n° 314579, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.s., M. Moreau et M<sup>me</sup> Girault, RJF 11/11, n°1186.  
Conclusions du Rapporteur public Julien BOUCHER, « *En cas d'apport-cession, quels sont le montant et la nature des réinvestissements dans une activité économique à réaliser pour éviter une procédure d'abus de droit ?* », BDCF 11/11, n°129.
- Conseil d'Etat, 19 septembre 2011, n°346012, 3<sup>e</sup> s.-s., Billon, RJF 12/11, n°1351.
- Conseil d'Etat, 21 octobre 2011 n° 314767, min. c/ SNC Peugeot Citroën Mulhouse, RJF 1/12, n°37.
- Conseil d'Etat, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss-section, 30 décembre 2011, n° 330940, M. et Mme Motte-Sauvaige, RJF 3/12, n°278.  
Conclusions du Rapporteur public Nathalie ESCAUT : « *La donation-partage de titres d'une société, placés sous le régime de report d'imposition des plus-values, suivie de leur cession à une société civile contrôlée par le donateur, est-elle constitutive d'un abus de droit ?* », BDCF 3/12, n°37.
- Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> sous-sections, 1<sup>er</sup> février 2012, n° 330006, M. et Mme Mathieu, RJF 4/12, n°363.
- Conseil d'Etat, plén. fisc., 9 mai 2012, n° 308996, min. c/ Sté EPI, RJF 7/12, n°786.  
Conclusions du Rapporteur public Julien BOUCHER, « *Dans le cas d'un crédit d'impôt à caractère incitatif institué pour une période déterminée, la remise en cause du dispositif avant le terme de la période constitue-t-elle une ingérence de l'Etat dans le droit au respect d'un « bien » au sens de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la convention EDH ?* », BDCF 7/12, n°93.

- Conseil d'Etat, 10 mai 2012, n° 329693, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> s.-s., Dupuis-Bardinal, RJF 8-9/12, n°847.  
Conclusions du Rapporteur public Pierre COLLIN : « *Abus de droit : quelle est la date du fait générateur de l'imposition en cas d'apport-cession ?* », BCDF 8-9/12, n°105.
- Conseil d'Etat, QPC, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 13 juin 2012, n°359314, M. Gibier, Légifrance. Cf. Annexe 3.
- Conseil d'Etat, 27 juillet 2012, n°327295, Berjot, RJF 11/12, n°1042.  
Conclusions du Rapporteur public Edouard CREPEY : « *L'apport-cession de titres sous le régime du sursis d'imposition peut-il être constitutif d'un abus de droit ?* », BDCF 11/12, n°129.
- Conseil d'Etat, 17 novembre 2012, n°316144, Venekas et Madame Giarnnarelli épouse Venekas, RJF 3/11 n°268.
- Conseil d'Etat, 21 novembre 2012, n°347223, Daumen, RJF 2/13, n°164.  
Conclusions du Rapporteur public Vincent DAUMAS : « *L'ancienne exit tax (avant le 1-1-2005) était-elle conventionnellement applicable en cas de transfert du domicile fiscal en Suisse ?* » BDCF 2/13, n°20.
- Conseil d'Etat, 22 février 2013, n°335045, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.-s., Clairet, RJF 5/13, n°525.  
Conclusions du Rapporteur public Edouard CREPEY, « *Apport-cession : des tentatives sérieuses mais vaines de réinvestissement suffisent-elles à écarter l'abus de droit ?* », BDCF 05/13, n°61.
- Conseil d'Etat, 29 avril 2013, n° 357574, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Rodriguez, RJF 7/13, n°729.
- Conseil d'Etat, 29 avril 2013, n° 357575, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Coutre, RJF 7/13, n°729.
- Conseil d'Etat, 29 avril 2013, n°357576, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., Picart, RJF 7/13, n°729.
- Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 12 juillet 2013, n°359314, M. Gibier. Cf. Annexe 3.  
Conclusions de B. BOHNERT, dans Franck LE MENTEC, « *Le nouveau régime d'exit tax face aux normes supra législatives : état des lieux des tests de résistance* », Droit fiscal, n°37, 12 septembre 2013, comm. 417.
- Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., 12 juillet 2013, n°359994, M. Aube-Martin. Cf. Annexe 3.  
Conclusions de B. BOHNERT, dans Franck LE MENTEC, « *Le nouveau régime d'exit tax face aux normes supra législatives : état des lieux des tests de résistance* », Droit fiscal, n°37, 12 septembre 2013, comm. 417.

**Cour de cassation :**

- Chambre civile de la Cour de cassation, 20 août 1867, DP 1867, 1, pages 337 et suivantes.
- Chambre criminelle de la Cour de cassation, 2 avril 1979, n° 78-92534, Légifrance.
- Chambre commerciale de la Cour de cassation, 19 avril 1988, n° 86-19079, RJF 2/89, n°250.
- Chambre Criminelle de la Cour de cassation, 3 décembre 1990 n° 89-85415, Grillet, RJF 5/91 n° 696.
- Chambre criminelle de la Cour de cassation, 10 juin 1991, n° 90-83747, Légifrance.
- Chambre commerciale de la Cour de cassation, 21 avril 1992, n° 88-16905, Société Saphymo Stel, RJF 7/92 n°1085.
- Chambre commerciale de la Cour de cassation, 20 mars 2007, n° 05-20.599, SAS Distribution Casino France, RJF 8-9/07, n°993.

**Conseil constitutionnel :**

- Conseil constitutionnel, 7 novembre 1997, 97-391 DC, RJF 12/97, n°1161.
- Conseil constitutionnel, 29 décembre 2005, 2005-530 DC, RJF 3/06, n°290.
- Conseil constitutionnel, QPC, 6 octobre 2010, 2010-45, Légifrance.
- Conseil constitutionnel, QPC, 10 décembre 2010, n°2010-72/75/82, RJF 2/11, n°211.
- Conseil constitutionnel, 28 juillet 2011, 2011-638 DC, RJF 11/11, n°1191.
- Conseil constitutionnel, 29 décembre 2012, 2012-662 DC, RJF 3/13, n°335.
- Conseil Constitutionnel, 29 décembre 2012, n°2012-661 DC, RJF 3/13, n°336.

**CJCE – CJUE :**

- CJCE, 16 juillet 1998, C-264/96, ICI, RJF 11/98, n°1382.
- CJCE, 11 mars 2004, C-9/02, De Lasteyrie du Saillant, RJF 5/04, n°588.  
Conclusions de l'avocat général Jean MISCHO : « *Le dispositif de l'exit tax est-il compatible avec le principe communautaire de la liberté d'établissement ?* », BDCF 5/04, n°69.

- CJCE, 7 septembre 2006, C-470/04 « N », RJF 11/06, n°1481.
- CJCE, 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes, C-196/04, RJF 12/06 n°1644.
- CJCE, 12 décembre 2006, C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, point 180, RJF 3/07, n°375.
- CJCE, 21 février 2008, aff. n°425/06, Part Service Srl, RJF 6/08, n°765.
- CJUE, 29 novembre 2011 aff. 371/10, Gr. Ch., National Grid Indus BV, RJF 2/12, n°192.
- CJUE, 1re ch., 5 juillet 2012, C-318/10, Sté d'investissement pour l'agriculture tropicale SA (SIAT), RJF 11/12, n°1084.
- CJUE, 6 septembre 2012, C-38/10, Commission européenne c/ République Portugaise, RJF 01/13, n°115.
- CJUE, 2e ch., 25 avril 2013, aff. C-64/11, Commission c/ Espagne, Bulletin fiscal 8-9/13, 672.
- CJUE, 12 juillet 2013, C-269/09, 1<sup>e</sup> ch, Commission européenne c/ Royaume d'Espagne, RJF 12/12, n°1172.

**CEDH :**

- CEDH, 23 octobre 1990, n° 11581/85, Darby c/ Suède, HUDOC.
- CEDH, 28 septembre 2004, n° 44912/98, Kopecky c/ Slovaquie, HUDOC.
- CEDH, 27 novembre 2007, n° 21861/03, Hamer c/ Belgique, HUDOC.
- CEDH, 19 juin 2008, n°12045/06, Ichtigiaroglou c/ Grèce, HUDOC.

***AVIS DU COMITE CONSULTATIF POUR LA REPRESSION DES ABUS DE DROIT ET DU COMITE DE L'ABUS DE DROIT FISCAL***

- 94-17 : BOI 13 L-3-95.
- 1998-18 : BOI 13 L-4-99.
- 2002-15 : BOI 13 L-1-03.
- 2002-15 bis : BOI 13 L-1-03.
- 2002-16 : BOI 13 L-1-03.
- 2003-1 : BOI 13 L-2-04.
- 2003-5 : BOI 13 L-2-04.

- 2003-6 : BOI 13 L-2-04.
- 2003-13 : BOI 13 L-2-04.
- 2003-14 : BOI 13 L-2-05.
- 2003-35 : BOI 13 L-2-05.
- 2003-36 : BOI 13 L-2-05.
- 2003-38 : BOI 13 L-2-05.
- 2003-39 : BOI 13 L-2-05.
- 2004-36 : BOI 13 L-3-06.
- 2004-44 : BOI 13 L-3-06.
- 2004-57 : BOI 13 L-3-06.
- 2004-61 : BOI 13 L-3-06.
- 2004-63, BOI 13 L-3-06.
- 2004-64 : BOI 13 L-3-06.
- 2004-68 : BOI 13 L-3-06.
- 2005-6 : BOI 13 L-3-06.
- 2005-8 : BOI 13 L-1-07.
- 2005-9 : BOI 13 L-3-06.
- 2005-21 : BOI 13 L-1-07.
- 2005-22 : BOI 13 L-1-07.
- 2006-1 : BOI 13 L-1-07.
- 2006-81 : BOI 13 L-4-08.
- 2011-16 : BOI 13 L-2-12.
- 2011-17 : BOI 13 L-2-12.
- 2012-30 : « *Comité de l'abus de droit fiscal : rapport annuel 2012* », Droit fiscal, n°27, 4 juillet 2013, 357.
- 2012-46 : Séance du 14 février 2013, [www.impôts.gouv.fr](http://www.impôts.gouv.fr), [http://www.impôts.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive\\_6661/fichedescriptive\\_6661.pdf](http://www.impôts.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive_6661/fichedescriptive_6661.pdf)
- 2012-51 : Séance du 14 février 2013, [www.impôts.gouv.fr](http://www.impôts.gouv.fr), [http://www.impôts.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive\\_6661/fichedescriptive\\_6661.pdf](http://www.impôts.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive_6661/fichedescriptive_6661.pdf)

- 2012-52 : Séance du 30 mai 2013, [www.impot.gouv.fr](http://www.impot.gouv.fr),  
[http://www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive\\_6828/fichedescriptive\\_6828.pdf](http://www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive_6828/fichedescriptive_6828.pdf)

## **ARTICLES :**

### **Claire ACARD :**

- « *Fiscalité financière* », Droit fiscal, n°23, 7 juin 2012, 323.

### **Tristan ANDOUARD et Marc VASLIN :**

- « *Exit tax : quelques réponses mais encore beaucoup de questions* », Option Finance, n°1172, 7 mai 2012, page 33.

### **Agnès ANGOTTI et Florence MARTINET :**

- « *Conseil d'Etat et Cour de cassation, juges de l'impôt : étude comparative (introduction générale et premier volet). – La fiscalité européenne et constitutionnelle ou « la théorie des lasagnes »* », Droit fiscal, n°42, 18 octobre 2012, 480.

### **Michel AUJEAN :**

- « *La Commission européenne adopte une stratégie globale pour promouvoir la coordination fiscale dans l'UE* », Droit fiscal, n°4, 25 janvier 2007, 71.

### **Stéphane AUSTRY :**

- « *La « petite rétroactivité » est-elle compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme ?* », Feuilles Rapides Fiscaux Francis Lefebvre, 28/2012, n° 14.
- « *Le principe de sécurité juridique et le juge de l'impôt : de nouvelles perspectives pour les contribuables ?* », Droit fiscal n°13, 29 mars 2012, 208.
- « *Lois fiscales rétroactives : quoi de neuf après les récentes décisions du Conseil constitutionnel ?* », Feuilles Rapides Fiscaux Francis Lefebvre 4/13, 25 janvier 2013, n°4.
- « *Rétroactivité de la loi fiscale : la jurisprudence du Conseil constitutionnel a-t-elle évolué ?* », Feuilles Rapides Fiscaux Francis Lefebvre 4/13, 25 janvier 2013.

### **Ludovic AYRAULT :**

- « *Droit fiscal européen des droits de l'homme : chronique de l'année 2012* », Droit fiscal, n°9, 28 février 2013, 177.

**Jérôme BARRE :**

- « *Existe-t-il un abus de droit de l'Etat français pouvant affecter la liberté d'aller et venir ?* », Décideurs Stratégie Finance Droit, 19 février 2013.

**Didier BARSUS et Julie BEGUIER :**

- « *Abus de droit et opérations d'apport-cession et de donation-cession de titres* », Droit Fiscal, n°46, 15 novembre 2012, comm. 522.

**Julie BEGUIER et Didier BARSUS :**

- « *Abus de droit et opérations d'apport-cession et de donation-cession de titres* », Droit Fiscal, n°46, 15 novembre 2012, comm. 522.

**Julien BELLET et Eric GINTER :**

- « *Sort des plus-values en report d'imposition constatées par des contribuables qui transfèrent leur domicile dans un État étranger lié par une convention fiscale* », Droit fiscal, n°29, 19 juillet 2012, comm. 386.

**Yohann BENARD :**

- « *Dissuasion à l'anglaise : la double clef de la fraude à la loi* », Revue de jurisprudence fiscale 12/06, pages 1083 et suivantes.
- « *Fraude à la loi et treaty shopping : que pensez de la décision Bank of Scotland ?* », Revue de jurisprudence fiscale 4/07, pages 319 et suivantes.

**Laurent BENOUDIZ :**

- « *Les stratégies patrimoniales à l'aune des dernières lois de finances* », Les nouvelles fiscales 2013, n°1106.

**Ludovic BERNARDEAU :**

- « *Jurisprudence de la CJCE : fiscalité directe (septembre./décembre 2011)* », Droit fiscal, n°6, 9 février 2012, 130.

**Ludovic BERNARDEAU et Olivier PEIFFERT :**

- « *Jurisprudence de la CJCE : fiscalité directe (juil./déc. 2012)* », Droit fiscal, n°6, 7 février 2013, 137.

**Claude J. BERR, Delphine DERO-BUGNY, Stéphanie FRANCO, Nicolas PETIT, Charlotte LOUSBERG :**

- « *Cour de justice et Tribunal de l'Union européenne* », Journal du droit international (Clunet), n°2, Avril 2012, chron. 3.

**Véronique BIED-CHARRETON, Gauthier BLANLUET, Michel TALY, Daniel GUTMANN, Philippe MARTIN, Alexandre GARDETTE :**

- « *La localisation des centres de décision : critères et enjeux* », Compte-rendu de la soirée de l'IFA du 7 novembre 2012, Droit fiscal n° 13, 28 Mars 2013, 214.

**Gauthier BLANLUET :**

- « *Conséquences fiscales d'un transfert de siège au sein de l'Union européenne* », Droit fiscal, n°5, 2 février 2012, comm. 125.

**Gauthier BLANLUET, Philippe NEAU-LEDUC, Cécile LOUIS-LUCAS, Franck LE MENTEC :**

- « *La réforme de la fiscalité du patrimoine : premières analyses – l'exit tax* », Droit et Patrimoine 2011, n°206.

**Gauthier BLANLUET, Michel TALY, Daniel GUTMANN, Philippe MARTIN, Véronique BIED-CHARRETON, Alexandre GARDETTE :**

- « *La localisation des centres de décision : critères et enjeux* », Compte-rendu de la soirée de l'IFA du 7 novembre 2012, Droit fiscal n° 13, 28 Mars 2013, 214.

**Emilie BOKDAM-TOGNETTI :**

- « *Portée et limites des exit tax : quelques enseignements jurisprudentiels* », Revue de jurisprudence fiscale 2013, 7/13, 1<sup>er</sup> juillet 2013, pages 611 et suivantes.

**Marc BORNHAUSER :**

- « *Donation de droits sociaux précédant leur cession : la prudence reste de rigueur !* », Droit fiscal, n°22, 18 mai 2003.

**Marc BORNHAUSER et Pascal COUDIN :**

- « *Apport de droits sociaux en régime de report d'imposition suivi d'une cession, un avis discutable du Comité des abus de droit* », Droit fiscal, n°23, 9 juin 1999, 100195.

**Jean-Christophe BOUCHARD :**

- « *Le nouveau régime de report d'imposition est-il compatible avec le droit européen* », Option Finance, n°1203, 7 janvier 2013, page 31.

**Guillaume-Henri BOUCHERON et Eric MEIER :**

- « *Les droits et libertés constitutionnels en matière fiscale* », Droit fiscal, n°12, 25 mars 2010, 243.

**Bernard BOUTEMY et Eric MEIER :**

- « *Taxation des plus-values lors du transfert du domicile fiscal hors de France : l'exit tax poussée vers la sortie ?* », Les Petites affiches, 4 mars 2002, n°45, pages 13 et suivantes.

**Ariane CALLOUD et Eric MEIER :**

- « *L'article 238 A du CGI est-il en sursis ? - À propos de la non-conformité à la libre prestation de services d'une limitation de la déduction, au titre des frais professionnels, de sommes versées à une société non résidente* », Droit fiscal, n°3, 17 janvier 2013, comm. 71.

**Bernard CASTAGNEDE :**

- « *Fiscalité internationale : chronique de l'année 2008* », Droit fiscal, n°9, 26 février 2009, 216.
- « *Fiscalité internationale : chronique de l'année 2010* », Droit fiscal, n°9, 3 mars 2011, 235.

**Sophie CAZAILLET :**

- « *La fiscalité du patrimoine dans la ligne de mire des lois de finances pour 2013 et rectificative pour 2012* », Hebdo édition fiscale, 24 janvier 2013, n° LXB : N5435BTH.

**Manuel CHASTAGNARET :**

- « *Partir d'un Etat, est-ce un risque fiscal... pour l'Etat ?* », Note sous Cour de justice de l'Union européenne, 6 septembre 2012, Commission européenne contre République portugaise, affaire C-38/10 et Cour de justice de l'Union européenne, 6 septembre 2012, DI. VI Finanziaria di Diego della Valle et C. SapA contre Administration des contributions en matière d'impôts, affaire C-380/11, Revue Lamy Droit des affaires, n°77, 1<sup>er</sup> décembre 2012, pages 62 et 63.

**Marceau CLERMON, Jean-François DESBUQUOIS,**

**Pascal JULIEN SAINT-AMAND, Philippe NEAU-LEDUC :**

- « *L'encadrement de certains schémas d'optimisation fiscale* », Droit et Patrimoine 2013, n°225.

**Martin COLLET :**

- « *L'exit tax : applicable in extremis en 2011* », Option Finance, 15 mai 2012.
- « *Chronique annuelle 2012 de droit fiscal* », Revue juridique de l'économie publique, n°707, Avril 2013, chron. 1.

**Olivier CORTEN :**

- « *Les techniques reproduites aux articles 31 à 33 des conventions de Vienne : approche objectiviste ou approche volontariste de l'interprétation ?* », Revue générale de droit international public, n°2, 1<sup>er</sup> avril 2011, pages 351 à 366.

**Pascal COUDIN et Marc BORNHAUSER :**

- « *Apport de droits sociaux en régime de report d'imposition suivi d'une cession, un avis discutable du Comité des abus de droit* », Droit fiscal, n°23, 9 juin 1999, 100195.

**Maurice COZIAN :**

- « *La gestion fiscale de l'entreprise* », RJF 5/80, pages 203 et suivantes.
- « *Les risques d'abus de droit dans les opérations de restructuration* », Bulletin fiscal Francis Lefebvre, février 1997, pages 93 et suivantes.
- « *Abus de droit, apport-cession et apport-donation : La Cour de cassation serait-elle en train de perdre le cap ?* », Droit fiscal n° 36, 6 Septembre 2007, 795.

**Arlette DARMON :**

- « *Schémas d'optimisation patrimoniale : la nouvelle donne* », Solution Notaires, Le mensuel, n°2, Février 2013, page 10.

**Vincent DAUMAS :**

- « *Abus de droit : derniers développements jurisprudentiels* », Revue de jurisprudence fiscale 1/11, pages 5 et suivantes.

**Arnaud DE BISSY et Sébastien JAMBORT :**

- « *Commentaire de la loi de finances pour 2013 (L. n° 2012-1509 du 29 décembre 2012) et de la troisième loi de finances rectificative pour 2012 (L. n° 2012-1510 du 29 décembre 2012)* », Revue de Jurisprudence Commerciale, n°1, 1<sup>er</sup> janvier 2013, Pages 63 et suivantes.

**Alain DELFOSSE :**

- « *Abus de droit : quoi de neuf ?* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°11, 14 juillet 2003, 1225.

**Axel DEPONDT et Arnaud EMMENECKER :**

- « *L'instruction du 13 juin 2001 et les donations de titres* », Droit et Patrimoine, n°104, 1<sup>er</sup> mai 2002, pages 18 à 26.

**Delphine DERO-BUGNY, Claude J. BERR, Stéphanie FRANCO, Nicolas PETIT, Charlotte LOUSBERG :**

- « *Cour de justice et Tribunal de l'Union européenne* », Journal du droit international (Clunet), n°2, Avril 2012, chron. 3.

**Olivier DE SAINT CHAFFRAY et Luc JAILLAIS :**

- « *L'opération d'apport-cession : ite missa est* », Option Finance, n°1097, 25 octobre, 2010.
- « *Donation-cession : clarification....* », Option Finance, n°1160, 13 février 2012, pages 20 et 21.
- « *Donation-cession : clarification.... (seconde partie)* », Option Finance, n°1161, 20 février 2012, pages 24 et 25.

**Olivier DE SAINT CHAFFRAY et Thomas LAUMIERE :**

- « *L'investissement dans une activité économique ou le parcours du combattant du cédant ré-investisseur (1ère partie)* », Option Finance, n°1196, 12 novembre 2012, pages 28 et 29.
- « *L'investissement dans une activité économique ou le parcours du combattant du cédant ré-investisseur (2ème partie)* », Option Finance, n°1197, 19 novembre 2012, pages 28 à 30.
- « *Restructurations patrimoniales : le gouvernement renforce son arsenal anti-abus* », Options Finance, n°1201-1202, 17 décembre 2012, pages 28 à 30.
- « *L'apport-cession en sursis ou en report d'imposition : comparaison des avantages/inconvénients respectifs* », Option Finance, n°1226, 17 juin 2013, pages 20 et 21.

**Jean-François DESBUQUOIS, Marceau CLERMON, Pascal JULIEN SAINT-AMAND, Philippe NEAU-LEDUC :**

- « *L'encadrement de certains schémas d'optimisation fiscale* », Droit et Patrimoine 2013, n°225.

**Jean-François DESBUQUOIS, Laurent GUILMOIS, Renaud MORTIER :**

- « *Fiscalité du patrimoine : chronique de l'année 2012* », Droit fiscal, n°9, 28 février octobre 2013, 168.

**Michel DESLANDES :**

- « *1° Impôts et contributions. — Contrôle et sanctions. Abus de droit (non). Apport partiel d'actif. Cession postérieure des actions reçues. Fictivité des opérations ou des sociétés. Preuve (non). CGI, art. 720 inapplicable à un apport partiel d'actif. 2° Enregistrement. - Abus de droit. Apport partiel d'actif. CGI, art. 720 inapplicable. Autre disposition fiscale spéciale* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaire, n°48, 26 novembre 1992, 374.

**Lara DESPICHT et Marc VASLIN :**

- « *L'apport-cession est mort, vive l'apport-cession* », Option Finance, n°1203, 7 janvier 2013, page 40.

**Patrick DIBOUT :**

- « *Répression des abus de droit en matière fiscale et principe de fraude à la loi. – A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 27 septembre 2006, Société Janfin* », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°50, 14 décembre 2006, 2820.

**Grégory DUMONT et Sylvie LEROND :**

- « *Les nouveautés en matière de fiscalité patrimoniale* », Droit et Patrimoine 2013, n°222, pages 36 à 48.

**Julie DUPONT-LASSALLE :**

- « *Transfert de siège social et impositions des plus-values latentes* », Europe, n°6, Juin 2013, comm. 266.

**Arnaud EMMENECKER et Axel DEPONDT :**

- « *L'instruction du 13 juin 2001 et les donations de titres* », Droit et Patrimoine, n°104, 1<sup>er</sup> mai 2002, pages 18 à 26.

**Daniel FAUCHER :**

- « *Optimisation fiscale : donation d'un patrimoine à forte plus-value avant cession* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°18, 4 mai 2000, page 736.

**Daniel FAUCHER et Jean-Jacques LUBIN :**

- « *Rapport 2006 du Comité consultatif pour la répression des abus de droit : un rapport équilibré* », La Revue Fiscale Notariale, n°7, Juillet 2007, Etude 14.

**Daniel FAUCHER et Eric PORNIN :**

- « *Cession de titres précédée d'une donation l'effacement des plus-values à l'aune de l'abus de droit* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°29, 18 juillet 2003, 1450.

**Pierre FERNOUX :**

- « *L'actualité de l'abus de droit ou comment cerner la frontière entre abus de droit et optimisation fiscale* », Droit et Patrimoine, n°167, 1<sup>er</sup> février 2008, pages 60 à 68.
- « *Substance, effets multiples et montage purement artificiel : une approche commune de la fraude à la loi ?* », Droit fiscal, n°23, 5 juin 2008, 358.

- « *Abus de droit : revisitons le passé à l'aune de la nouvelle définition* », Droit fiscal, n°49, 9 décembre 2010, 584.
- « *Abus de droit : apport-cession et donation-cession, deux décisions fondamentales* », Droit et Patrimoine 2012, n°217.

**Pierre FERNOUX et Marc IWANESKO :**

- « *Donation-cession : le civil tient le fiscal en l'Etat* », Droit fiscal, n°20, 17 mai 2012, 292.

**Olivier FOUQUET :**

- « *Fraude à la loi et abus de droit* », Droit fiscal, n°47, 23 novembre 2006, 65.
- « *Un acte non fictif ne peut être taxé d'abus de droit que s'il est artificiel et motivé par la seule volonté d'éviter l'impôt* », Droit fiscal, n°14, 5 avril 2007, comm. 386.
- « *Fraude à la loi : l'explicitation du critère « subjectif »* », Droit fiscal, n°39, 24 septembre 2009, act. 287.
- « *Reports d'imposition et abus de droit* », Feuilles rapides fiscaux Francis Lefebvre 44/10, 29 octobre 2010, n°18.
- « *Apport-cession de titres et abus de droit : la continuité* », Droit fiscal, n°20, 17 mai 2012, act. 216.

**Stéphanie FRANCO, Claude J. BERR, Delphine DERO-BUGNY, Nicolas PETIT, Charlotte LOUSBERG :**

- « *Cour de justice et Tribunal de l'Union européenne* », Journal du droit international (Clunet), n°2, Avril 2012, chron. 3.

**Maxime FRECHE-THIBAUD et Xavier FROMENTIN :**

- « *Apport-cession, sursis, report : état des lieux* », Droit et patrimoine, n°226, 1<sup>er</sup> juin 2013, pages 26 à 33.

**Xavier FROMENTIN et Maxime FRECHE-THIBAUD :**

- « *Apport-cession, sursis, report : état des lieux* », Droit et patrimoine, n°226, 1<sup>er</sup> juin 2013, pages 26 à 33.

**Patrick FUMENIER :**

- « *Opérations d'apport-cession d'une activité* », Droit fiscal, n° 39, 27 Septembre 2007, 859.

**Patrick FUMENIER et Marie-Pierre HOO :**

- « *Apport-cession : institution d'un report d'imposition automatique des plus-values d'apport de titres à une société soumise à l'IS contrôlée par l'apporteur* », Droit fiscal, n°5, 31 janvier 2013, 90.

**Jean-Pierre GARCON :**

- « *La donation-partage de titres suivie de leur revente immédiate est-elle constitutive d'un abus de droit ?* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°13, 2 avril 2010, 1157.

**Alexandre GARDETTE, Gauthier BLANLUET, Michel TALY, Daniel GUTMANN, Philippe MARTIN, Véronique BIED-CHARRETON :**

- « *La localisation des centres de décision : critères et enjeux* », Compte-rendu de la soirée de l'IFA du 7 novembre 2012, Droit fiscal n° 13, 28 Mars 2013, 214.

**Richard GAUDET :**

- « *La fiscalité des donations au secours de la fiscalité des plus-values* », Droit et Patrimoine, n°74, 1<sup>er</sup> septembre 1999, pages 36 à 39.

**Rémy GENTILHOMME :**

- « *Peut-on (vraiment) abuser du droit de donner ?* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°47, 20 novembre 2009, pages 32 et suivantes.
- « *Donation de titres avant cession et abus de droit : faut-il craindre une résurgence de l'insécurité juridique ?* », Actualités Francis Lefebvre, 28 janvier 2011.
- « *La donation de droits sociaux avant cession, à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 décembre 2011* », Bulletin fiscal 5/12.

**Rémy GENTILHOMME et Gilles LERAY :**

- « *Réalité de l'intention libérale et abus de droit* », Droit et Patrimoine, n°118, 1<sup>er</sup> septembre 2003, pages 26 à 37.

**Jean-Claude GIBERT :**

- « *Apport-cession et abus de droit : la leçon d'économie* », Bulletin fiscal 6/08, n°23, pages 479 à 482.

**Eric GINTER :**

- « *La fin des plus-values en report ?* », Option Finance, n°1064, 15 février 2010, page 37.
- « *Report d'imposition des plus-values et expatriation* », Option Finance, n°1182, 16 juillet 2012, page 33.

**Eric GINTER et Julien BELLET :**

- « *Sort des plus-values en report d'imposition constatées par des contribuables qui transfèrent leur domicile dans un État étranger lié par une convention fiscale* », Droit fiscal, n°29, 19 juillet 2012, comm. 386.

**Fabien GIRARD DE BARROS :**

- « *Invocabilité en matière fiscale des principes généraux du droit communautaire : bilan jurisprudentiel* », Hebdo édition fiscale, n°55, 23 janvier 2003, n° LXB : N5613AA7.

**Michel GIRAY :**

- « *La donation avant cession et le Comité consultatif pour la répression des abus de droit : De l'abus de droit à l'abus de pouvoir ?* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°49, 5 décembre 2003, 1633.

**Guillaume GOULARD :**

- « *Conventions internationales - Domicile fiscal au sens de la Convention franco-marocaine : pour la détermination du centre des activités professionnelles, il doit être tenu compte des activités qui sont la source de profits imposés dans une catégorie de bénéficiaires professionnels* », Droit fiscal, n°39, 23 septembre 1998.
- « *Que reste-t-il de l'exit tax ?* », Droit fiscal, n°28, 14 juillet 2005, 26.

**Bruno GOUTHIÈRE :**

- « *L'exit tax déclarée contraire au droit communautaire* », Feuilles rapides fiscaux Francis Lefebvre 21/04, n°11.
- « *Transfert du domicile fiscal hors de France : attention à l'exit tax* », Actualités fiscales Francis Lefebvre, 6 octobre 2011.
- « *L'exit tax* », Analyses Experts – La newsletter fiscale, Editions EFE, n°58, Mars 2012.

**Jean GROUX :**

- « *L'exit tax de l'article 167 bis du CGI, mise à mal par la Cour de justice de Luxembourg, a-t-elle encore un avenir ?* », Bulletin fiscal 5/04.

**Laurent GUILMOIS, Renaud MORTIER, Jean-François DESBUQUOIS :**

- « *Fiscalité du patrimoine : chronique de l'année 2012* », Droit fiscal, n°9, 28 février octobre 2013, 168.

**Daniel GUTMANN :**

- « *Abus de droit : une actualité passionnelle* », Droit et Patrimoine, n°165, 1<sup>er</sup> décembre 2007, pages 59 à 61.
- « *Liberté d'établissement et transfert de siège* », Feuilles Rapides Francis Lefebvre 48/11.
- « *Exit tax : le projet gouvernemental* », Option Finance, n°1125, 16 mai 2011, pages 20 et 21.

- « *Les réformes de la fiscalité du patrimoine : orientations générales et problèmes d'application* », Répertoire du Notariat Defrénois, n°18, 30 octobre 2011, pages 1459 à 1465.
- « *La lutte contre « l'exil fiscal » : du droit comparé à la politique fiscale* », Droit fiscal, n°21, 24 mai 2012, 306.

**Daniel GUTMANN, Gauthier BLANLUET, Michel TALY, Philippe MARTIN, Véronique BIED-CHARRETON, Alexandre GARDETTE :**

- « *La localisation des centres de décision : critères et enjeux* », Compte-rendu de la soirée de l'IFA du 7 novembre 2012, Droit fiscal n° 13, 28 Mars 2013, 214.

**Daniel GUTMANN et Luc JAILLAIS :**

- « *Pour une jurisprudence cohérente en matière d'abus de droit* », Bulletin fiscal Francis Lefebvre, 5/11, 1<sup>er</sup> avril 2011.

**Daniel GUTMANN et Eric PORNIN :**

- « *Octobre 2010 – octobre 2011 : la fiscalité du patrimoine à l'heure des réglages* », Droit et Patrimoine 2012, Chronique de Droit fiscal n°210.
- « *Octobre 2011 – octobre 2012 : la fiscalité du patrimoine en évolution constante* », Droit et Patrimoine 2013, Chronique de Droit fiscal n°222.

**Bernard HATOUX :**

- « *L'insécurité juridique érigée en principe ? Ou l'abus de droit est dangereux* », Revue de jurisprudence fiscale 8-9/07, pages 710 et suivantes.
- « *Où l'administration fiscale refuse de se ranger à un avis du CCRAD juridiquement impeccable !* », Bulletin fiscal Francis Lefebvre, n°3, 1<sup>er</sup> mars 2008, pages 198 à 203.

**Marie-Pierre HOO et Patrick FUMENIER :**

- « *Apport-cession : institution d'un report d'imposition automatique des plus-values d'apport de titres à une société soumise à l'IS contrôlée par l'apporteur* », Droit fiscal, n°5, 31 janvier 2013, 90.

**Henri HOVASSE :**

- « *Une pépite fiscale : la soute de l'article 150-0 B* », Droit des sociétés, n°7, Juillet 2008, alerte 31.
- « *Apport-cession et abus de droit fiscal* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°18, 5 mai 2011, 1363.

**Marc IWANESKO et Pierre FERNOUX :**

- « *Donation-cession : le civil tient le fiscal en l'Etat* », Droit fiscal, n°20, 17 mai 2012, 292.

**Luc JAILLAIS :**

- « « *Donation-cession* » : *incident de parcours ?* », Option Finance, n°1052, 16 novembre 2009, Page 26.

**Luc JAILLAIS et Olivier DE SAINT CHAFFRAY :**

- « *L'opération d'apport-cession : ite missa est* », Option Finance, n°1097, 25 octobre, 2010.
- « *Donation-cession : clarification....* », Option Finance, n°1160, 13 février 2012, pages 20 et 21.
- « *Donation-cession : clarification.... (seconde partie)* », Option Finance, n°1161, 20 février 2012, pages 24 et 25.

**Luc JAILLAIS et Daniel GUTMANN :**

- « *Pour une jurisprudence cohérente en matière d'abus de droit* », Bulletin fiscal Francis Lefebvre, 5/11, 1<sup>er</sup> avril 2011.

**Luc JAILLAIS et Cyril MODICOM :**

- « *Opérations d'"apport-cession" : le puzzle se complète* », Option Finance, 10 septembre 2012, n°1187, Pages 24 et 25.

**Sébastien JAMBORT et Arnaud DE BISSY :**

- « *Commentaire de la loi de finances pour 2013 (L. n° 2012-1509 du 29 décembre 2012) et de la troisième loi de finances rectificative pour 2012 (L. n° 2012-1510 du 29 décembre 2012)* », Revue de Jurisprudence Commerciale, n°1, 1<sup>er</sup> janvier 2013, Pages 63 et suivantes.

**Philippe JUILHARD :**

- « *L'exit tax : vers une mort lente ?* », Option finance, 29 novembre 2004, n°810, pages 24 et 25.

**Pascal JULIEN SAINT-AMAND, Marceau CLERMON,**

**Jean-François DESBUQUOIS, Philippe NEAU-LEDUC :**

- « *L'encadrement de certains schémas d'optimisation fiscale* », Droit et Patrimoine 2013, n°225.

**Pascal JULIEN SAINT-AMAND et Frank THIERY :**

- « *Apport en sursis d'imposition* », Droit et Patrimoine 2011, n°205.

**Laurence LADOUX :**

- « *Exit tax : l'administration fiscale livre ses commentaires* », Les Nouvelles Fiscales 2012, n°1073, pages 21 et suivantes.

**Gilbert LADREYT :**

- « *Rapport du Comité consultatif pour la répression des abus de droit (CCRAD) pour l'année 2002. – Les cessions d'entreprise dans l'œil du cyclone* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°27, 3 juillet 2003, 1027.

**Thierry LAMBERT :**

- « *Contribution à l'examen des critères relatifs à la domiciliation fiscale des personnes physiques* », Droit fiscal, n°37, 12 septembre 2001, 100186.
- « *L'exit tax : suite et fin* », Les Petites affiches, 1<sup>er</sup> août 2005, n°151, pages 14 et suivantes.

**Thomas LAUMIERE et Olivier DE SAINT CHAFFRAY :**

- « *L'investissement dans une activité économique ou le parcours du combattant du cédant ré-investisseur (1ère partie)* », Option Finance, 12 novembre 2012.
- « *L'investissement dans une activité économique ou le parcours du combattant du cédant ré-investisseur (2ème partie)* », Option Finance, 19 novembre 2012.
- « *Restructurations patrimoniales : le gouvernement renforce son arsenal anti-abus* », Options Finance, n°1201-1202, 17 décembre 2012, pages 28 à 30.
- « *L'apport-cession en sursis ou en report d'imposition : comparaison des avantages/inconvénients respectifs* », Option Finance, n°1226, 17 juin 2013, pages 20 et 21.

**Franck LE MENTEC :**

- « *Projet d'exit tax : de quelques problématiques à venir* », Droit fiscal, n°22, 2 juin 2011, act. 175.
- « *Exit tax (régime ancien) et transfert du domicile fiscal en Suisse* », Droit fiscal, n°27, 4 juillet 2013, comm. 361.
- « *Le nouveau régime d'exit tax face aux normes supra législatives : état des lieux des tests de résistance* », Droit fiscal, n°37, 12 septembre 2013, comm. 417.

**Franck LE MENTEC, Philippe NEAU-LEDUC, Gauthier BLANLUET, Cécile LOUIS-LUCAS :**

- « *La réforme de la fiscalité du patrimoine : premières analyses – l'exit tax* », Droit et Patrimoine 2011, n°206.

**Sylvie LEROND et Grégory DUMONT :**

- « *Les nouveautés en matière de fiscalité patrimoniale* », Droit et Patrimoine 2013, n°222, pages 36 à 48.

**Mathieu LE TACON et Frédéric SUBRA :**

- « *La réforme de la fiscalité patrimoniale* », La Semaine Juridique Edition Générale, n°41, 10 octobre 2011, 1100.

**Hugues LETELLIER :**

- « *La nouvelle fiscalité française du patrimoine après la loi de finances rectificative pour 2011* », Gazette du Palais, 6 août 2011, n°218, pages 9 et suivantes.

**Cécile LOUIS-LUCAS, Philippe NEAU-LEDUC, Gauthier BLANLUET,  
Franck LE MENTEC :**

- « *La réforme de la fiscalité du patrimoine : premières analyses – l'exit tax* », Droit et Patrimoine 2011, n°206.

**Charlotte LOUSBERG, Claude J. BERR, Delphine DERO-BUGNY,  
Stéphanie FRANCO, Nicolas PETIT :**

- « *Cour de justice et Tribunal de l'Union européenne* », Journal du droit international (Clunet), n°2, Avril 2012, chron. 3.

**Jean-Jacques LUBIN et Daniel FAUCHER :**

- « *Rapport 2006 du Comité consultatif pour la répression des abus de droit : un rapport équilibré* », La Revue Fiscale Notariale, n°7, Juillet 2007, Etude 14.

**François LUCHAIRE :**

- « *La sécurité juridique en droit constitutionnel français* », Cahiers du Conseil constitutionnel n°11 (Dossier : Le principe de sécurité juridique), Décembre 2001.

**Michel MARC :**

- « *Encadrement législatif des opérations d'optimisation fiscale : la guerre est déclarée* », Revue fiscale Notariale, n°2, 1<sup>er</sup> février 2013, Pages 15 à 18.

**Philippe MARTIN :**

- « *L'interprétation des conventions fiscales internationales* », Droit fiscal, n° 24, 13 juin 2013, 320

**Philippe MARTIN, Gauthier BLANLUET, Michel TALY, Daniel GUTMANN, Véronique BIED-CHARRETON, Alexandre GARDETTE :**

- « *La localisation des centres de décision : critères et enjeux* », Compte-rendu de la soirée de l'IFA du 7 novembre 2012, Droit fiscal, n° 13, 28 Mars 2013, 214.

**Florence MARTINET et Agnès ANGOTTI :**

- « *Conseil d'Etat et Cour de cassation, juges de l'impôt : étude comparative (introduction générale et premier volet). – La fiscalité européenne et constitutionnelle ou « la théorie des lasagnes »* », Droit fiscal, n°42, 18 octobre 2012, 480.

**Jean-Louis MEDUS :**

- « *Apport-cession de droits sociaux et abus de droit* », Bulletin Joly Sociétés, n°1, 1<sup>er</sup> janvier 2012, pages 82 et suivantes.
- « *Apport-cession, abus de droit et investissement économique* », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°37, 13 septembre 2012, 1544.

**Eric MEIER et Guillaume-Henri BOUCHERON :**

- « *Les droits et libertés constitutionnels en matière fiscale* », Droit fiscal, n°12, 25 mars 2010, 243.

**Eric MEIER et Bernard BOUTEMY :**

- « *Taxation des plus-values lors du transfert du domicile fiscal hors de France : l'exit tax poussée vers la sortie ?* », Les Petites affiches, 4 mars 2002, n°45, pages 13 et suivantes.

**Eric MEIER et Ariane CALLOUD :**

- « *L'article 238 A du CGI est-il en sursis ? - À propos de la non-conformité à la libre prestation de services d'une limitation de la déduction, au titre des frais professionnels, de sommes versées à une société non résidente* », Droit fiscal, n°3, 17 janvier 2013, comm. 71.

**Eric MEIER et Régis TORLET :**

- « *Report d'imposition de plus-values : dans quels cas l'abus de droit est-il caractérisé ?* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°47, 25 novembre 2010, act. 629.

**Jean-Yves MERCIER :**

- « *Nouveau traitement fiscal des apports de titres consentis au bénéficiaire d'une société contrôlée par l'apporteur* », Option Finance, n°1207, 4 février 2013, pages 24 et 25.
- « *L'« exit tax » cache la forêt de l'exil fiscal* », Le Monde.fr, 19 mars 2013

**Nicolas MESSAGE :**

- « *Le transfert de domicile fiscal* », Droit fiscal, n°39, 26 septembre 2013, 440.

**Cyril MODICOM et Luc JAILLAIS :**

- « *Opérations d'apport-cession : le puzzle se complète* », Option Finance, n°1187, 10 septembre 2012, Pages 24 et 25.

**Renaud MORTIER :**

- « *L'apport-cession à la loupe* », Droit fiscal, n°42, 20 octobre 2011, 564.
- « *Fiscalité du patrimoine : chronique de l'année 2011* », Droit fiscal, n°9, 1<sup>er</sup> mars 2012, 160.
- « *Validation de l'opération de donation-cession par le Conseil d'Etat* », Droit fiscal, n°11, 15 mars 2012, comm. 193.
- « *L'apport-cession* », Droit fiscal, n°21, 24 mai 2012, 302.

**Renaud MORTIER, Jean-François DESBUQUOIS, Laurent GUILMOIS :**

- « *Fiscalité du patrimoine : chronique de l'année 2012* », Droit fiscal, n°9, 28 février octobre 2013, 168.

**Anne-Laure MOSBRUCKER :**

- « *Transfert de siège* », Europe, n°11, Novembre 2012, comm. 435.

**Philippe NEAU-LEDUC, Gauthier BLANLUET, Cécile LOUIS-LUCAS,  
Franck LE MENTEC :**

- « *La réforme de la fiscalité du patrimoine : premières analyses – l'exit tax* », Droit et Patrimoine 2011, n°206.

**Philippe NEAU-LEDUC, Pascal JULIEN SAINT-AMAND,  
Marceau CLERMON, Jean-François DESBUQUOIS :**

- « *L'encadrement de certains schémas d'optimisation fiscale* », Droit et Patrimoine 2013, n°225.

**Gérard NOTTE :**

- « *Projet de troisième loi de finances rectificative pour 2012* », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°47, 22 novembre 2012, act. 718.

**Laurent OLLEON :**

- « *Exit l'exit tax* », Revue de jurisprudence fiscale 5/04, pages 347 et suivantes.

**Eve D'ONORIO DI-MEO :**

- « *L'exit tax à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes* », Fiscalité européenne et Droit international des affaires, n°136, 2004.

- « *L'article 167 bis du CGI condamné par le droit communautaire* », Bulletin Joly des Sociétés, 1<sup>er</sup> mai 2004, n°5, pages 692 et suivantes.

**Hervé ORHAN :**

- « *L'insécurité fiscale partagée par l'entreprise et son dirigeant* », Droit fiscal, n°18, 2 mai 2013, 270.

**Annabelle PANDO :**

- « *Donation avant cession de titres : le Conseil d'Etat écarte l'abus de droit* », Les Petites affiches, n°49, 8 mars 2012, pages 3 et suivantes.
- « *La troisième loi de finance rectificative pour 2012 chasse les schémas d'optimisation fiscale* », Les Petites affiches, n°23, 31 janvier 2013, page 4.
- « *Plus-value de cessions de valeurs mobilières : les réformes* », Les Petites affiches, 4 avril 2013, n°68, Pages 3 et suivantes.

**Bruno PAYS :**

- « *Donner, apporter, vendre : des stratégies patrimoniales alternatives ?* », Bulletin fiscal Francis Lefebvre, n°12, 1<sup>er</sup> décembre 2003, pages 877 à 882.
- « *Evolutions récentes de la doctrine du Comité de l'abus de droit* », Annales des loyers, n°7, Juillet 2010, pages 2008 à 2017.
- « *De l'apport-cession à la cession-emploi : une analyse comparée des dispositifs issus des articles 150-0 B et 150-0 D bis du CGI* », Bulletin fiscal Francis Lefebvre, 1<sup>er</sup> décembre 2012, n°12, pages 875 à 879.

**Olivier PEIFFERT et Ludovic BERNARDEAU :**

- « *Jurisprudence de la CJCE : fiscalité directe (juil./déc. 2012)* », Droit fiscal, n°6, 7 février 2013, 137.

**Frédérique PERROTIN :**

- « *Transfert du domicile fiscal hors de France et exit tax* », Les Petites affiches, 2 avril 2012, n°66, page 3 et suivantes.
- « *Exit tax : les commentaires de Bercy* », Les Petites affiches, n°232, 20 novembre 2012, pages 4 et suivantes.
- « *Chronique de contentieux fiscal, spécial abus de droit : le point sur les opérations d'apport-cession en sursis d'imposition* », Les Petites affiches, 20 février 2013, n°37, pages 4 et suivantes.

**Nicolas PETIT, Claude J. BERR, Delphine DERO-BUGNY, Stéphanie FRANCO, Charlotte LOUSBERG :**

- « *Cour de justice et Tribunal de l'Union européenne* », Journal du droit international (Clunet), n°2, Avril 2012, chron. 3.

**Eric PICHET :**

- « *La réforme de la fiscalité patrimoniale de 2011 : sa logique, ses risques, ses coûts* », Droit fiscal, n°22, 2 juin 2011, 367.
- « *La réforme de la fiscalité patrimoniale de 2011 : réévaluation après l'épreuve parlementaire* », Eric Pichet, Revue de Droit fiscal, n°30, 28 juillet 2011, 438.
- « *La Doctrine budgétaire et fiscale actuelle : contraintes, mise en œuvre et conséquences* », Droit fiscal, n°46, 15 novembre 2012, 513.

**Jean-Luc PIERRE :**

- « *Transfert du domicile fiscal d'une personne physique hors de France* », Note sous Conseil d'Etat, neuvième et dixième sous-section, 10 novembre 2004, De Lasteyrie du Saillant, requête numéro 211341, Droit des sociétés, n°1, Janvier 2005, comm. 20.
- « *Répression des abus de droit* », Procédures, n°12, Décembre 2006, comm. 284.
- « *Apport en société d'un fonds de commerce suivi de la cession des droits sociaux émis en contrepartie de l'apport* », Droit des sociétés, n°6, Juin 2007.
- « *Apport de titres par un particulier à une société soumise à l'impôt sur les sociétés : différé d'imposition de la plus-value d'apport* », Note sous Cour administrative d'appel de Douai, 2<sup>e</sup> ch., 11 décembre 2007, n° 06-1458, Bauchart, Droit des sociétés n°4, Avril 2008, comm. 88.
- « *Apport de titres par un particulier à une société soumise à l'impôt sur les sociétés : différé d'imposition de la plus-value d'apport* », Note sous Cour administrative d'appel de Nancy 7 février 2008 n° 06-327, 1<sup>e</sup> ch., Picoux, Droit des sociétés, n°5, mai 2008, comm. 111.
- « *Apport de titres par un particulier à une société soumise à l'impôt sur les sociétés : non-imposition de la plus-value d'apport* », Note sous Cour administrative d'appel de Bordeaux, 4<sup>e</sup> ch., 9 octobre 2008, n° 07BX00352, Dufaur-Dessus, Droit des sociétés, n°2, février 2009, Comm. 42.
- « *Apport de titres ou d'une activité professionnelle par une personne physique à une société : remise en cause du différé d'imposition de la plus-value d'apport* », Note sous Conseil d'Etat, 8 octobre 2010 n°313139, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., min.c/ Bauchart, Droit des sociétés n° 1, Janvier 2011, comm. 20
- « *Apport de titres par une personne physique à une société : remise en cause du différé d'imposition de la plus-value d'apport* », Note sous Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 3 février 2011, n°329839, Conseil et Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 11 février 2011, n°314950, Picoux, Droit des sociétés, n°7, Juillet 2011, comm. 143.
- « *Transfert de domicile d'une personne physique hors de France* », Droit des sociétés, n°10, Octobre 2011, comm. 183.

- « *Apport de titres par une personne physique à une société : remise en cause du différé d'imposition de la plus-value d'apport* », Note sous Cour administrative d'appel de Paris, 9<sup>e</sup> ch., 1<sup>er</sup> juin 2011, n° 09PA07171, Vicidomini, Droit des sociétés, n°3, Mars 2012, Comm. 55.
- « *Dernières lois fiscales* », Droit des sociétés, n°3, Mars 2012, étude 5.
- « *Effets du transfert du siège de direction effective d'une société d'un État de l'Union européenne vers un autre État de l'Union européenne* », Droit des sociétés, n°4, Avril 2012, comm.72.
- « *Transfert du domicile d'une personne physique hors de France* », Note sous Cour administrative d'appel de Paris, 2<sup>e</sup> ch., 1<sup>er</sup> février 2012, n°10PA01518, Coutre, Droit des sociétés, n°8, Août 2012, comm. 155.
- « *Apport de titres par une personne physique : remise en cause du différé d'imposition de la plus-value d'apport* », Note sous Conseil d'Etat, 10e et 9e ss-sect., 27 juillet 2012, n° 327295, Berjot, Droit des sociétés, n°11, Novembre 2012, Comm. 193.
- « *Dernières lois fiscales* », Droit des sociétés, n°3, Mars 2013, Etude 6.
- « *Apport-cession. Remise en cause du différé d'imposition de la plus-value d'apport* », Note sous les avis 2012-30, 2012-44 et 2012-45 du Comité de l'abus de droit fiscal, Droit des sociétés, n°3, Mars 2013, comm. 58.

**Roland POIRIER :**

- « *Apports-cessions : absence d'abus de droit en cas de réinvestissement dans une activité économique* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°3, 20 janvier 2011, 1045.
- « *Opérations d'apport-cession : bilan d'étape sur un parcours accidenté* », Droit fiscal, n°42, 20 octobre 2011, comm. 566.

**Eric PORNIN et Daniel FAUCHER :**

- « *Cession de titres précédée d'une donation l'effacement des plus-values à l'aune de l'abus de droit* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°29, 18 juillet 2003, 1450.

**Eric PORNIN et Daniel GUTMANN :**

- « *Octobre 2011 – octobre 2012 : la fiscalité du patrimoine en évolution constante* », Droit et Patrimoine 2013, Chronique de Droit fiscal n°222.

**Emmanuelle PROST et Olivier RENAULT :**

- « *Les risques et dangers du report d'imposition dans le cadre du nouveau régime des apports-cessions* », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°17, 25 avril 2013, 1257.

**Emmanuel RAINGEARD DE LA BLETIERE :**

- « *Droit de l'Union européenne : chronique de l'année 2011* », Droit fiscal, n°9, 1<sup>er</sup> mars 2012, 161.
- « *Droit de l'Union européenne : chronique de l'année 2012* », Droit fiscal, n°9, 28 février 2013, 169.

**Olivier RENAULT et Emmanuelle PROST :**

- « *Les risques et dangers du report d'imposition dans le cadre du nouveau régime des apports-cessions* », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°17, 25 avril 2013, 1257.

**Christophe RONTCHEVSKY et Jean TOUTTEE :**

- « *Apports avant cession : une jurisprudence qui pose question* », Feuilles Rapides Fiscaux 14/11, 23 mars 2011, pages 41 et suivantes.

**Pierre SAPPEY :**

- « *Apport-cession de titres : le Comité de l'abus de droit fiscal révisé sa position* », Option Finance, n°1176, 4 juin 2012.

**Anne SIMONET :**

- « *L'exit tax s'accommodera mal des conventions internationales* », AGEFI Actifs, 22 avril 2011.

**Frédéric SUBRA et Mathieu LE TACON :**

- « *La réforme de la fiscalité patrimoniale* », La Semaine Juridique Edition Générale, n°41, 10 octobre 2011, 1100.

**Michel TALY, Gauthier BLANLUET, Daniel GUTMANN, Philippe MARTIN, Véronique BIED-CHARRETON, Alexandre GARDETTE :**

- « *La localisation des centres de décision : critères et enjeux* », Compte-rendu de la soirée de l'IFA du 7 novembre 2012, Droit fiscal n° 13, 28 Mars 2013, 214.

**Emmanuel TAUZIN :**

- « *Les montages d'apport-cession en droit fiscal : où commence l'abus de droit en cas de report d'imposition ?* », Les Petites Affiches, n°125, 24 juin 2011, pages 11 à 21.

**Frédéric TEPER :**

- « *Transferts de sièges, transferts d'actifs au sein de l'Union européenne* », Droit fiscal, n°47, 22 novembre 2012, 530.

- « *Aménagement des conséquences fiscales du transfert de siège ou d'établissement dans certains Etats européens* », Notes de Frédéric TEPER, Droit fiscal, n°5, 31 janvier 2013, 127.

**Frank THIERY et Pascal JULIEN SAINT-AMAND :**

- « *Apport en sursis d'imposition* », Droit et Patrimoine 2011, n°205.

**Régis TORLET et Eric MEIER :**

- « *Report d'imposition de plus-values : dans quels cas l'abus de droit est-il caractérisé ?* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°47, 25 novembre 2010, act. 629.

**Betty TOULEMONT et Hervé ZAPF :**

- « *Commentaire des principales dispositions de la troisième loi de finances rectificative pour 2012* », Gazette du Palais, n°33, 2 février 2013, pages 29 et suivantes.

**Jean TOUTTEE et Christophe RONTCHEVSKY :**

- « *Apports avant cession : une jurisprudence qui pose question* », Feuilles Rapides Fiscaux 14/11, 23 mars 2011, pages 41 et suivantes.

**Stanislas VAILHEN :**

- « *Petite rétroactivité fiscale et droit au respect des biens : un avertissement du juge au législateur* », Droit fiscal, n°26, 28 juin 2012, comm. 355.
- « *Rétroactivité de la loi fiscale : les remords valent mieux que les regrets – Questions à Stanislas Vailhen* », Hebdo édition fiscale, n°519, 14 mars 2013, n° LXB : N6072BT3.

**Marc VASLIN et Tristan ANDOUARD :**

- « *Exit tax : quelques réponses mais encore beaucoup de questions* », Option Finance, n°1172, 7 mai 2012, page 33.

**Marc VASLIN et Lara DESPICHT :**

- « *L'apport-cession est mort, vive l'apport-cession* », Option Finance, n°1203, 7 janvier 2013, page 40.

**Hervé ZAPF :**

- « *Réforme de la fiscalité du patrimoine : une réforme en demi-teinte ?* », Les Nouvelles Fiscales 2011, n°1069, pages 4 à 6.

**Hervé ZAPF et Betty TOULEMONT :**

- « *Commentaire des principales dispositions de la troisième loi de finances rectificative pour 2012* », Gazette du Palais, n°33, 2 février 2013, pages 29 et suivantes.

**AUTRES ARTICLES :**

- « *Mutations d'immeubles – Cessions de droits sociaux* », Droit fiscal, n°25, 23 juin 1999, instr. 12231.
- « *Donation-partage de titres suivie de leur cession immédiate : remise en cause sur le fondement des deux branches de l'abus de droit* », Droit fiscal, n°28, 9 juillet 2009, comm. 411.
- « *Imposition des plus-values latentes et en report d'imposition lors du transfert du domicile fiscal hors de France (« exit tax »)* », Droit fiscal, n°30, 28 juillet 2011, comm. 445.
- « *Sélection de jugements des tribunaux administratifs* », Droit fiscal, n°38, 22 septembre 2011, 511.
- « *Pas d'abus de droit dans une donation-cession de titres si la donation n'est pas fictive* », Note sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 décembre 2011, n°330940, Actualités Francis Lefebvre, 12 janvier 2012.
- « *Elargissement du champ d'application de l'exit tax* », Droit fiscal, n°4, 26 janvier 2012, comm. 78.
- « *Modalités d'application de l'exit tax* », Droit fiscal, n°16, 19 avril 2012, act. 182.
- « *Apport-cession de titres : l'automaticité du sursis d'imposition n'exclut pas l'abus de droit* », Note sur l'instruction 13 L-2-12 du 24 avril 2012, Actualités Francis Lefebvre, 11 mai 2012.
- « *Taxation immédiate lors du transfert de domicile hors de France, des plus-values en report d'imposition (CGI, art. 167, 1 bis) : 1° Incompatibilité avec la liberté d'établissement – 2° Dégrèvement ne faisant pas obstacle, sous réserve de la prescription, au rétablissement de l'impôt au titre de l'année au cours de laquelle prend fin le report d'imposition* », Droit fiscal, n°20, 17 mai 2012, comm. 297.
- « *Abus de droit : l'articulation des critères de l'abus de droit en matière d'apport-cession de titres* », Feuilles rapides fiscaux Francis Lefebvre 28/12, 1<sup>er</sup> juin 2012, n°6.
- « *Condamnation de l'« exit tax » espagnole par la CJUE* », Hebdo édition fiscale, n°494, 19 juillet 2012, n° LXB N3035BTL.

- « *Apport-cession : date d'appréciation de l'existence d'un abus de droit* », Droit fiscal, n°30, 26 juillet 2012, comm. 401.
- « *Apport-cession de titres : l'automaticité du sursis d'imposition n'exclut pas l'abus de droit* », Note sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 27 juillet 2012 n°327295, Actualités Francis Lefebvre, 17 septembre 2012.
- « *Le Gouvernement présente le troisième projet de loi de finances rectificative pour 2012* », Note sur le troisième projet de loi de finances rectificative pour 2012 AN n°403, Actualités Francis Lefebvre, 15 novembre 2012.
- « *Projet de loi de finances rectificative pour 2012 : détail des mesures fiscales* », Note sur le troisième projet de loi de finances rectificative pour 2012 AN n°403, Actualités Francis Lefebvre, 23 novembre 2012.
- « *Ancienne « exit tax » : conformité à la libre circulation des capitaux, au principe de sécurité juridique* », Hebdo édition fiscale, n°507, 29 novembre 2012, n° LXB : N4610BTW.
- « *Commentaires administratifs de l'exit tax applicable depuis le 3 mars 2011* », Droit fiscal, n°48, 29 novembre 2012, comm. 535.
- « *Commentaires administratifs de l'exit tax applicable entre le 9 septembre 1998 et le 31 décembre 2004* », Droit fiscal, n°48, 29 novembre 2012, comm. 536.
- « *Présentation synthétique de la 3<sup>e</sup> loi de finances rectificative pour 2012* », Droit fiscal, n°1, 3 janvier 2013, act. 2.
- « *Réforme du régime d'imposition des plus-values sur valeurs mobilières et droits sociaux* », Droit fiscal, n°1, 3 janvier 2013, comm. 19.
- « *Sécurité juridique : dépôt de deux propositions de lois visant à encadrer la rétroactivité des lois fiscales* », Hebdo édition fiscale, n°513, 24 janvier 2013, n° LXB : N5359BTN.
- « *Aménagement de l'exit tax* », Droit fiscal, n°5, 31 janvier 2013, 126.
- « *L'exit tax (CGI, art. 167 bis ancien) ne méconnaissait pas le droit au respect des biens garanti par l'article 1er du protocole additionnel n° 1 à la Convention EDH* », Droit fiscal, n°6, 7 février 2013, comm. 145.

#### **RAPPORTS :**

- Rapport n°1861 fait au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi de finances pour 2000, Didier MIGAUD, 18 octobre 1999.

- Rapport Bruno GIBERT, « *Améliorer la sécurité du droit fiscal pour renforcer l'attractivité du territoire* », Fiche V « *Restreindre la rétroactivité fiscale* », septembre 2004.
- Rapport au Ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique « *Amélioration de la sécurité des relations entre l'Administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche* » présenté par Monsieur Olivier FOUQUET, Juin 2008.
- Rapport n° 3503 fait par la Commission des finances de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances rectificatives pour 2011 et présenté par Monsieur Gilles CARREZ, Rapporteur général, député, 1<sup>er</sup> juin 2011.
- Rapport n° 620 fait au nom de la Commission des finances sur le projet de loi de finances rectificative pour 2011 par M. Philippe MARINI, 15 juin 2011.
- Rapport n°148 de François MARC fait au nom de la Commission des finances sur le projet de loi de finances pour 2013 adopté par l'Assemblée Nationale, enregistré à la Présidence du Sénat le 22 novembre 2012.
- Rapport n°465 fait au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi de finances rectificative pour 2012 et présenté par Christian ECKERT, 28 novembre 2012.
- Rapport n°544 fait au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée Nationale, en nouvelle lecture, sur le projet de loi de finances rectificative pour 2012 et présenté par Christian ECKERT, 28 novembre 2012.
- Rapport n°213 de François MARC fait au nom de la Commission des finances sur le projet de loi de finances rectificative pour 2012 adopté par l'Assemblée Nationale, enregistré à la Présidence du Sénat le 12 décembre 2012.

#### **OUVRAGES :**

##### **Michel BOUVIER, Marie-Christine ESCLASSAN, Jean-Pierre LASSALE :**

- « *Finances publiques* », 8<sup>ème</sup> édition, LGDJ.

##### **Bernard CASTAGNEDE :**

- « *Précis de fiscalité internationale* », 3<sup>ème</sup> édition, PUF.

##### **Jean-Michel COMMUNIER :**

- « *Droit fiscal communautaire* », 2001, Editions Buylant.

**Maurice COZIAN et Florence DEBOISSY :**

- « *Précis de fiscalité des entreprises* », 34<sup>ème</sup> édition, Litec.

**Bruno GOUTHIÈRE :**

- « *Les impôts dans les affaires internationales* », Editions Francis Lefebvre..

**Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT sous la Direction de Serge GUINCHARD et Gabriel MONTAGNIER :**

- « *Lexique des termes juridiques* », 13<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2005.

**Pierre FERNOUX :**

- « *Gestion fiscale du patrimoine* », Collection pratiques d'experts, Groupe Revue Fiduciaire, 18<sup>ème</sup> édition – 2013.

**Philippe MERLE :**

- « *Droit commercial – sociétés commerciales* », 11<sup>e</sup> édition, 2007.

**Jean SCHAFFNER :**

- Dossiers internationaux, « *Luxembourg : juridique, fiscal, social, comptable* », Editions Francis Lefebvre, 2009.

**Etienne VON STRENG, Nicolas DE GOTTRAU, Christophe DE KALBERMATTEN :**

- Dossiers internationaux, « *Suisse : fiscal, bancaire et financier, juridique, social* », Editions Francis Lefebvre.

**Editions Francis Lefebvre :**

- Dossiers internationaux, « *Belgique : juridique, fiscal, social* », 8<sup>ème</sup> édition, 2010.
- Dossier internationaux, CMS Albinana & Suarez De Lezo « *Espagne, juridique, fiscal, social, comptable* », 2008.

***BASES DE DONNEES :***

- Doctrinal Plus
- Jurisclasseur
- Lamyline
- Lexbase
- Lextenso
- Navis : Fiscal et Patrimoine.

***PRINCIPAUX SITES INTERNET :***

- [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr)
- [www.europa.eu](http://www.europa.eu)
- [ww.impots.gouv.fr](http://ww.impots.gouv.fr)
- [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- [www.senat.fr](http://www.senat.fr)

## Table des annexes

---

- **Annexe 1 : Principaux articles du Code général des impôts :**
  - Article 150-0 B du CGI,
  - Article 150-0 B ter du CGI,
  - Article 167 bis du CGI.
  
- **Annexe 2 : Principaux articles des conventions fiscales internationales :**
  - **La détermination du domicile fiscal :**
    - Article 4 de la Convention modèle OCDE : Résident,
    - Article 1<sup>er</sup> de la Convention entre la France et la Belgique tendant à éviter les doubles impositions et à établir des règles d'assistance administrative et juridique réciproque en matière d'impôt sur le revenu du 10 mars 1964.
  - **La répartition du pouvoir d'imposition en matière de plus-values mobilières privées :**
    - Article 13 de la Convention modèle OCDE : Gain en capital,
    - Article 7, paragraphe 8-b) de la Convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République Italienne en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune et de prévenir l'évasion et la fraude fiscales du 5 octobre 1989,
    - Article 13, paragraphe 2-a) de la Convention entre la République française et le Royaume d'Espagne en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion et la fraude fiscales en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune du 10 octobre 1995.
  
- **Annexe 3 : Arrêts rendus par le Conseil d'Etat au sujet du nouveau dispositif d'exit tax :**
  - Conseil d'Etat, QPC, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 13 juin 2012, n°359314, M. Gibier,
  - Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., 12 juillet 2013, n°359314, M. Gibier.
  - Conseil d'Etat, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., 12 juillet 2013, n°359994, M. Aube-Martin,

# **Annexe 1**

## **Principaux articles du Code général des impôts**

**A jour au 30 septembre 2013**

### **Article 150-0 B du CGI**

---

Sous réserve des dispositions de l'article 150-0 B ter, 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'une opération d'offre publique, de fusion, de scission, d'absorption d'un fonds commun de placement par une société d'investissement à capital variable, de conversion, de division, ou de regroupement, réalisée conformément à la réglementation en vigueur ou d'un apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés.

Ces dispositions s'appliquent aux opérations d'échange ou d'apport de titres mentionnées au premier alinéa réalisées en France, dans un autre Etat membre de la Communauté européenne ou dans un Etat 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, ainsi qu'aux opérations, autres que les opérations d'apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés, pour lesquelles le dépositaire des titres échangés est établi en France, dans un autre Etat membre de la Communauté européenne ou dans un Etat 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.

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

---

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 est reportée si les conditions prévues au III du présent article sont remplies. Le contribuable mentionne le montant de la plus-value dans la déclaration prévue à l'article 170.

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.

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

1° De la cession à titre onéreux, du rachat, du remboursement ou de l'annulation des titres reçus en rémunération de l'apport ;

2° De la cession à titre onéreux, du rachat, du remboursement ou de l'annulation des titres apportés, si cet événement intervient dans un délai, décompté de date à date, de trois ans à compter de l'apport des titres. Toutefois, il n'est pas mis fin au report d'imposition lorsque la société bénéficiaire de l'apport cède les titres dans un délai de trois ans à compter de la date de l'apport et prend l'engagement d'investir le produit de leur cession, dans un délai de deux ans à compter de la date de la cession et à hauteur d'au moins 50 % du montant de ce produit, dans le financement d'une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale, agricole ou financière, à l'exception de la gestion d'un patrimoine mobilier ou immobilier, dans l'acquisition d'une fraction du capital d'une société exerçant une telle activité, sous la même exception, et qui a pour effet de lui en conférer le contrôle au sens du 2° du III du présent article, ou dans la souscription en numéraire au capital initial ou à l'augmentation de capital d'une ou plusieurs sociétés répondant aux conditions prévues au b du 3° du II de l'article 150-0 D bis. Le non-respect de la condition de réinvestissement met fin au report d'imposition au titre de l'année au cours de laquelle le délai de deux ans expire ;

3° De la cession à titre onéreux, 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, en cas de manquement à la condition de réinvestissement mentionnée au 2° du présent I.

II. - En cas de transmission par voie de donation ou de don manuel des titres mentionnés au 1° du I du présent article, le donataire mentionne, dans la proportion des titres transmis, le montant de la plus-value en report dans la déclaration prévue à l'article 170 si la société mentionnée au 2° du même I est contrôlée par le donataire dans les conditions prévues au 2° du III. Ces conditions sont appréciées à la date de la transmission, en tenant compte des droits détenus par le donataire à l'issue de celle-ci.

La plus-value en report est imposée au nom du donataire et dans les conditions prévues à l'article 150-0 A :

1° En cas de cession, d'apport, de remboursement ou d'annulation des titres dans un délai de dix-huit mois à compter de leur acquisition ;

2° Ou lorsque les conditions mentionnées au 2° du I du présent article ne sont pas respectées. Le non-respect de la condition de réinvestissement met fin au report d'imposition au titre de l'année au cours de laquelle le délai de deux ans expire. L'intérêt de retard prévu à l'article 1727, décompté de la date de l'apport des titres par le donateur, est applicable.

La durée de détention à retenir par le donataire est décomptée à partir de la date d'acquisition des titres par le donateur. Les frais afférents à l'acquisition à titre gratuit sont imputés sur le montant de la plus-value en report.

Le 1° du présent II ne s'applique pas en cas d'invalidité correspondant au classement dans la deuxième ou troisième des catégories prévues à l'article L. 341-4 du code de la sécurité sociale, de licenciement ou de décès du donataire ou de son conjoint ou partenaire lié par un pacte civil de solidarité soumis à une imposition commune.

III. - Le report d'imposition est subordonné aux conditions suivantes :

1° L'apport de titres est réalisé en France ou dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un Etat 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) 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.

IV. - 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 est reportée dans les mêmes conditions. Le contribuable mentionne le montant de cette plus-value et des plus-values antérieurement reportées dans la déclaration prévue à l'article 170.

Il est mis fin au report initial en cas de cession à titre onéreux, 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 du présent article, 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 du présent article.

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

VI. - Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent article, notamment les obligations déclaratives des contribuables et des sociétés bénéficiaires de l'apport des titres.

## Article 167 bis

---

I.-1. Les contribuables fiscalement domiciliés en France pendant au moins six des dix années précédant le transfert de leur domicile fiscal hors de France sont imposables lors de ce transfert au titre des plus-values latentes constatées sur les droits sociaux, valeurs, titres ou droits mentionnés au présent 1 qu'ils détiennent, directement ou indirectement, à la date du transfert hors de France de leur domicile fiscal lorsque les membres de leur foyer fiscal détiennent une ou plusieurs participations, directes ou indirectes, d'au moins 1 % dans les bénéfices sociaux d'une société, à l'exception des sociétés visées au 1° bis A de l'article 208, ou une ou plusieurs participations, directes ou indirectes, dans ces mêmes sociétés dont la valeur, définie selon les conditions prévues au 2 du présent I, excède 1,3 million d'euros lors de ce transfert.

Les contribuables fiscalement domiciliés en France pendant au moins six années au cours des dix dernières années sont imposables lors du transfert de leur domicile fiscal hors de France sur la valeur des créances trouvant leur origine dans une clause de complément de prix mentionnée au 2 du I de l'article 150-0 A.

2. La plus-value constatée dans les conditions du 1 du présent I est déterminée par différence entre la valeur des droits sociaux ou valeurs mobilières lors du transfert du domicile fiscal hors de France, déterminée selon les règles prévues aux articles 758 et 885 T bis, et leur prix d'acquisition par le contribuable ou, en cas d'acquisition à titre gratuit, leur valeur retenue pour la détermination des droits de mutation.

Lorsque les titres mentionnés au 1 du présent I ont été reçus lors d'une opération d'échange bénéficiant du sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B avant le transfert de domicile fiscal du contribuable, la plus-value constatée est calculée à partir du prix ou de la valeur d'acquisition des titres remis à l'échange diminué de la soulte reçue ou majoré de la soulte versée lors de l'échange.

Les créances mentionnées au second alinéa du 1 du présent I sont évaluées à leur valeur réelle au moment du transfert du domicile fiscal hors de France de leur titulaire.

2 bis. La plus-value latente calculée dans les conditions prévues au premier alinéa du 2 est réduite de l'abattement pour durée de détention prévu au 1 de l'article 150-0 D dans les conditions prévues à ce même 1.

Pour l'application du premier alinéa du présent 2 bis à l'abattement prévu au 1 de l'article 150-0 D, le transfert du domicile fiscal est assimilé à une cession à titre onéreux.

3. La plus-value calculée dans les conditions prévues au 2 est réduite de l'abattement pour durée de détention prévu à l'article 150-0 D ter, lorsque les conditions mentionnées au même article sont remplies.

Pour l'application du premier alinéa du présent 3 à l'abattement prévu à l'article 150-0 D ter, le transfert du domicile fiscal est assimilé à une cession à titre onéreux si les conditions suivantes sont cumulativement remplies :

a) Le contribuable a fait valoir ses droits à la retraite avant le transfert de son domicile fiscal ;

b) Le contribuable domicilié fiscalement hors de France cède les titres mentionnés au 1 dans les deux ans suivant son départ à la retraite.

4. Abrogé.

5. Les moins-values calculées selon les modalités prévues au 2 ne sont pas imputables sur les plus-values calculées selon les mêmes modalités ni sur d'autres plus-values, quelles que soient leurs modalités d'imposition.

II.-Lorsqu'un contribuable transfère son domicile fiscal hors de France, les plus-values de cession ou d'échange de droits sociaux, valeurs, titres ou droits mentionnés au 1 du I du présent article dont l'imposition a été reportée en application du II de l'article 92 B, de l'article 92 B decies et des I ter et II de l'article 160, dans leur rédaction en vigueur avant le 1er janvier 2000, de l'article 150-0 C, dans sa rédaction en vigueur avant le 1er janvier 2006, des articles 150-0 B bis, 150-0 B ter et 150-0 D bis sont également imposables lors de ce transfert.

II bis. 1.-L'impôt sur le revenu relatif aux plus-values et créances déterminées dans les conditions prévues aux I et II du présent article, à l'exception de celles imposées dans les conditions prévues au 2 du présent II bis, est égal à la différence entre, d'une part, le montant de l'impôt résultant de l'application de l'article 197 à l'ensemble des revenus de sources française et étrangère mentionnés au 1 de l'article 167 auxquels s'ajoutent les plus-values et créances imposables en vertu des I et II du présent article, à l'exception de celles imposées dans les conditions prévues au 2 du présent II bis, et, d'autre part, le montant de l'impôt établi dans les conditions prévues à l'article 197 pour les seuls revenus de sources française et étrangère mentionnés au 1 de l'article 167.

Le taux d'imposition des plus-values et créances mentionnées aux I et II du présent article et imposées dans les conditions du premier alinéa du présent 1 est égal au rapport entre, d'une part, l'impôt calculé dans les conditions du même premier alinéa et, d'autre part, la somme des plus-values et créances déterminées dans les conditions des I et II à l'exception de celles imposées dans les conditions du 2 du présent II bis.

2. Les plus-values et créances mentionnées aux I et II peuvent être, sur option du contribuable, imposées dans les conditions prévues au 2 bis de l'article 200 A lorsque les conditions prévues à ce même 2 bis sont remplies.

Pour l'application du premier alinéa du présent 2 aux plus-values latentes constatées dans les conditions du I, le transfert du domicile fiscal est assimilé à une cession à titre onéreux.

III.-Pour l'application du présent article, le transfert hors de France du domicile fiscal d'un contribuable est réputé intervenir le jour précédant celui à compter duquel ce contribuable cesse d'être soumis en France à une obligation fiscale sur l'ensemble de ses revenus.

IV.-Lorsque le contribuable transfère son domicile fiscal hors de France dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un autre Etat 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 ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement ayant une portée similaire à celle prévue par la directive 2010/24/ UE du Conseil, du 16 mars 2010, concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, il est sursis au paiement de l'impôt afférent aux plus-values constatées dans les conditions prévues au I du présent article ou aux plus-values imposables en application du II.

V.-1. Sur demande expresse du contribuable, il peut également être sursis au paiement de l'impôt afférent aux plus-values constatées dans les conditions prévues au I ou aux plus-values imposables en application du II lorsque le contribuable :

a) Transfère son domicile fiscal hors de France dans un Etat autre que ceux visés au IV ;

b) Après avoir transféré son domicile fiscal hors de France dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un autre Etat 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 ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement ayant une portée similaire à celle prévue par la directive 2010/24/ UE du Conseil, du 16 mars 2010, précitée, le transfère à nouveau dans un Etat autre que ceux mentionnés précédemment.

Dans les cas mentionnés aux a et b du présent V, le sursis de paiement est subordonné à la condition que le contribuable déclare le montant des plus-values constatées dans les conditions du I ou imposables en application du II, désigne un représentant établi en France autorisé à recevoir les communications relatives à l'assiette, au recouvrement et au contentieux de l'impôt et constitue auprès du comptable public compétent, préalablement à son départ, des garanties propres à assurer le recouvrement de la créance du Trésor.

Le montant des garanties que le contribuable est tenu de constituer préalablement à son transfert de domicile fiscal hors de France pour bénéficier du sursis de paiement prévu au présent 1 est égal à :

1° 19 % du montant total des plus-values et créances mentionnées aux I et II et imposées dans les conditions prévues au 2 du II bis ;

2° 30 % du montant total des plus-values et créances mentionnées aux I et II et imposées dans les conditions prévues au 1 du II bis.

Dans le mois suivant la réception de l'avis d'imposition émis au titre de l'impôt afférent aux plus-values et créances mentionnées au 2° du présent 1, le contribuable constitue, le cas échéant, un complément de garanties pour assurer le recouvrement de l'impôt calculé dans les conditions du 1 du II bis à hauteur de la différence entre ce montant d'impôt et le montant de la garantie constituée préalablement au transfert du domicile fiscal hors de France.

Lorsque le montant d'impôt calculé dans les conditions du 1 du II bis est inférieur au montant des garanties constituées préalablement au transfert de domicile fiscal hors de France, le contribuable peut demander au comptable chargé du recouvrement la levée de ces garanties à hauteur de la différence entre le montant de ces garanties et le montant d'impôt précité.

2. Lorsque le contribuable justifie que son transfert de domicile fiscal dans un Etat ou territoire qui n'est pas partie à l'accord sur l'Espace économique européen, mais qui a conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement ayant une portée similaire à celle prévue par la directive 2010/24/ UE du Conseil, du 16 mars 2010, précitée, obéit à des raisons professionnelles, aucune garantie n'est exigée pour l'application du sursis de paiement prévu au 1 du présent V.

VI.-Les sursis de paiement prévus aux IV et V ont pour effet de suspendre la prescription de l'action en recouvrement jusqu'à la date de l'événement entraînant leur expiration. Ils sont assimilés au sursis de paiement mentionné à l'article L. 277 du livre des procédures fiscales pour l'application des articles L. 208 et L. 279 du même livre.

VII.-1. Les sursis de paiement prévus aux IV et V expirent au moment où intervient l'un des événements suivants :

a) La cession, le rachat, le remboursement ou l'annulation des droits sociaux, valeurs, titres ou droits pour lesquels des plus-values ont été constatées dans les conditions du I ou dont l'acquisition a ouvert droit au bénéfice des dispositions mentionnées au II, à l'exception des cessions auxquelles les reports d'imposition prévus aux articles 150-0 B ter et 150-0 D bis s'appliquent (2). La cession s'entend des transmissions à titre onéreux, à l'exception des opérations d'échange entrant dans le champ d'application de l'article 150-0 B ;

b) La donation de droits sociaux, valeurs, titres ou droits pour lesquels des plus-values ont été constatées dans les conditions du I du présent article, sauf si le donateur démontre que la donation n'est pas faite à seule fin d'éluider l'impôt calculé en application du II bis, ou celle de titres pour lesquels des plus-values de cession ou d'échange ont été reportées en application de l'article 92 B decies, du dernier alinéa du 1 du I ter et du II de l'article 160, dans leur rédaction en vigueur avant le 1er janvier 2000, de l'article 150-0 C, dans sa rédaction en vigueur avant le 1er janvier 2006, ou de l'article 150-0 B bis.

Les droits, valeurs ou titres mentionnés aux a et b du présent 1 s'entendent de ceux mentionnés au 1 du I du présent article ou reçus lors d'une opération d'échange entrant dans le champ d'application de l'article 150-0 B intervenue après le transfert de domicile fiscal hors de France ;

c) Le décès du contribuable, pour l'impôt calculé en application du II bis afférent aux plus-values mentionnées à l'article 92 B decies, au dernier alinéa du 1 du I ter et au II de l'article 160, dans leur rédaction en vigueur avant le 1er janvier 2000, à l'article

150-0 C, dans sa rédaction en vigueur avant le 1er janvier 2006, ou à l'article 150-0 B bis ;

d) La perception d'un complément de prix, l'apport ou la cession de la créance pour les créances mentionnées au second alinéa du 1 du I du présent article ;

d bis) L'expiration du délai de réinvestissement mentionné au a du 3° du II de l'article 150-0 D bis, pour l'impôt afférent au montant de la plus-value de cession reportée en application du même article, net des prélèvements sociaux, qui n'a pas été réinvesti dans les conditions prévues à ce même a ;

e) La transmission, le rachat ou l'annulation, avant l'expiration du délai de cinq ans mentionné au III bis de l'article 150-0 D bis, des titres et droits reçus en contrepartie de l'apport en numéraire conformément au II du même article 150-0 D bis, pour l'impôt afférent aux plus-values de cession reportées en application dudit article ;

f) La cession à titre onéreux, 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 du même article.

2. A l'expiration d'un délai de huit ans suivant le transfert de domicile fiscal hors de France ou lorsque le contribuable transfère de nouveau son domicile fiscal en France si cet événement est antérieur, l'impôt calculé dans les conditions du II bis afférent aux plus-values latentes mentionnées au premier alinéa du 1 du I, est dégrevé d'office, ou restitué s'il avait fait l'objet d'un paiement immédiat lors du transfert de domicile fiscal hors de France, lorsque les titres mentionnés au même alinéa ou les titres reçus lors d'une opération d'échange entrant dans le champ d'application de l'article 150-0 B intervenue après le transfert de domicile fiscal hors de France demeurent, à cette date, dans le patrimoine du contribuable.

L'impôt calculé dans les conditions du II bis afférent aux plus-values latentes mentionnées au premier alinéa du 1 du I est également dégrevé, ou restitué s'il avait fait l'objet d'un paiement immédiat lors du transfert de domicile fiscal hors de France, en cas de décès du contribuable ou, pour sa fraction se rapportant aux droits sociaux, valeurs, titres ou droits donnés, en cas de donation des titres mentionnés au même alinéa ou des titres reçus lors d'une opération d'échange entrant dans le champ d'application de l'article 150-0 B intervenue après le transfert de domicile fiscal hors de France, si le donateur démontre que cette opération n'est pas faite à seule fin d'éviter l'impôt.

3. Lorsque le contribuable transfère de nouveau son domicile fiscal en France et que les titres auxquels se rapporte la plus-value imposable dans les conditions prévues au II figurent dans son patrimoine, il est, pour l'impôt afférent à ces titres, replacé dans la même situation fiscale que s'il n'avait jamais quitté le territoire français.

Lorsque le contribuable transmet à titre gratuit, alors qu'il est domicilié hors de France, des titres dont l'acquisition a ouvert droit au bénéfice des dispositions du II de l'article 92 B ou de celles du premier alinéa du 1 ou du 4 du I ter de l'article 160,

dans leur rédaction en vigueur avant le 1er janvier 2000, la fraction de l'impôt établi dans les conditions du II bis du présent article se rapportant aux titres ainsi transmis est dégrévée ou, si elle avait fait l'objet d'un paiement immédiat lors du transfert du domicile fiscal hors de France, restituée.

L'impôt établi dans les conditions du II bis du présent article et afférent aux plus-values de cession reportées en application de l'article 150-0 D bis est dégrévée, ou restituée s'il avait fait l'objet d'un paiement immédiat lors du transfert du domicile fiscal hors de France, à l'expiration du délai de cinq ans mentionné au deuxième alinéa du III bis du même article 150-0 D bis.

4. L'impôt calculé en application du II bis se rapportant aux créances mentionnées au second alinéa du 1 du I est dégrévée, ou restituée s'il avait fait l'objet d'un paiement immédiat lors du transfert du domicile fiscal hors de France, en cas de retour en France ou, lorsque le contribuable est encore fiscalement domicilié à l'étranger, lors de son décès ou de la donation des créances, si le donateur démontre que cette dernière opération n'est pas faite à seule fin d'éluider l'impôt établi dans les conditions du II bis. L'impôt est dégrévée ou restituée pour la fraction se rapportant à la créance encore dans le patrimoine du contribuable au jour du décès ou de la donation, déduction faite des éventuels compléments de prix perçus entre la date du transfert du domicile fiscal hors de France et celle du décès ou de la donation.

VIII.-1. Si, à la survenance de l'un des événements mentionnés aux a et b du 1 du VII, le montant de la plus-value de cession ou, en cas d'acquisition à titre gratuit, l'accroissement de valeur des titres depuis leur entrée dans le patrimoine du contribuable est inférieur au montant de plus-value déterminé dans les conditions du I, l'impôt calculé en application du II bis afférent à la plus-value latente constatée conformément au I sur les titres concernés par l'un des événements précités est retenu dans la limite de son montant recalculé sur la base de la différence entre le prix, en cas de cession ou de rachat, ou la valeur, dans les autres cas, des titres concernés à la date de l'événement mentionné aux a ou b du 1 du VII, d'une part, et leur prix ou valeur d'acquisition retenu pour l'application du 2 du I, diminué, le cas échéant, de la soulte reçue ou majorée de la soulte versée lors de l'échange entrant dans le champ d'application de l'article 150-0 B intervenu après le transfert de domicile fiscal hors de France, d'autre part.

Le surplus d'impôt est dégrévée d'office ou restituée s'il avait fait l'objet d'un paiement immédiat lors du transfert de domicile fiscal hors de France. Dans ce cas, le contribuable fournit, à l'appui de la déclaration mentionnée au IX, les éléments de calcul retenus.

2. Si, à la survenance de l'un des événements mentionnés aux a et b du 1 du VII, le contribuable réalise une perte ou constate que les titres ont une valeur moindre que leur valeur d'entrée dans son patrimoine, l'impôt calculé en application du II bis afférent à la plus-value latente constatée conformément au I sur les titres concernés par l'un des événements précités est dégrévée, ou restituée s'il avait fait l'objet d'un paiement immédiat lors du transfert de domicile fiscal hors de France.

3. Si, lors de la survenance de la cession à titre onéreux des titres, l'abattement prévu au 1 de l'article 150-0 D ou à l'article 150-0 D ter est supérieur à l'abattement

appliqué conformément, selon le cas, au 2 bis ou au 3 du I du présent article, l'impôt calculé en application du II bis afférent à la plus-value latente constatée conformément au I sur les titres concernés par ladite cession est retenu dans la limite de son montant assis sur l'assiette réduite de ce nouvel abattement.

La moins-value réalisée lors de l'un des événements mentionnés aux a et b du 1 du VII et relative à des titres pour lesquels une plus-value avait été constatée conformément au I lors du transfert de domicile fiscal du contribuable hors de France est également réduite, le cas échéant, du montant de l'abattement prévu au 1 de l'article 150-0 D ou à l'article 150-0 D ter.

4. Si, lors de la survenance de l'un des événements prévus au a du 1 du VII, du présent article le contribuable réalise une plus-value imposée en France conformément aux dispositions de l'article 244 bis B, l'impôt calculé dans les conditions du II bis afférent à la plus-value latente constatée conformément au I sur les titres concernés par l'un des événements précités est dégrévé ou restitué s'il avait fait l'objet d'un paiement l'année suivant le transfert de domicile fiscal hors de France.

La moins-value mentionnée au second alinéa du 3 du présent VIII, diminuée le cas échéant des abattements mentionnés au 1 de l'article 150-0 D et à l'article 150-0 D ter dans les conditions prévues au second alinéa du 3 du présent VIII, réalisée dans un Etat mentionné au IV est imputable, dans les conditions prévues au 11 de l'article 150-0 D, sur les plus-values imposables en application de l'article 244 bis B ou, lorsque le contribuable transfère de nouveau son domicile fiscal en France, sur les plus-values imposables conformément à l'article 150-0 A.

5. L'impôt éventuellement acquitté par le contribuable dans son Etat de résidence dans les cas prévus au a du 1 du VII est imputable sur l'impôt définitif dû en application du I et des 1 et 3 du présent VIII, à proportion du rapport entre l'assiette définitive de l'impôt calculée en application des mêmes I et 1 et 3 du présent VIII, d'une part, et l'assiette de l'impôt acquitté hors de France, d'autre part, et dans la limite de l'impôt définitif dû en France.

VIII bis.-1. Si, lors de la survenance de la cession à titre onéreux des titres, les conditions prévues au 2 bis de l'article 200 A sont remplies alors qu'elles ne l'étaient pas au titre de l'année du transfert de domicile fiscal hors de France et que le contribuable opte pour l'imposition de la plus-value latente constatée conformément au I du présent article dans les conditions prévues à ce même 2 bis, l'impôt sur le revenu calculé en application du 1 du II bis du présent article afférent à la plus-value latente constatée conformément au I sur les titres concernés par l'un des événements précités est retenu dans la limite de son montant recalculé en appliquant à la plus-value latente constatée dans les conditions du même I le taux de 19 %.

Le surplus d'impôt sur le revenu est dégrévé ou restitué. Dans ce cas, le contribuable fournit, à l'appui de la déclaration mentionnée au 3 du IX, les éléments de calcul retenus.

2. Le présent 2 est applicable lorsque les conditions suivantes sont remplies :

a) Les plus-values et créances déterminées dans les conditions prévues aux I et II ont

été imposées dans les conditions du 1 du II bis au titre de l'année du transfert de domicile fiscal hors de France ;

b) Le contribuable ne bénéficie pas du 1 du présent VIII bis au titre de la plus-value latente constatée conformément au I concernée par l'un des événements prévus au VII.

Lors de la survenance de chaque événement prévu au même VII, le montant d'impôt sur le revenu dû, à dégrever ou à restituer, est calculé en appliquant à la plus-value ou créance définitive concernée par ledit événement le taux d'imposition défini au second alinéa du 1 du II bis.

Cependant, sur demande expresse du contribuable, le montant d'impôt sur le revenu dû, à dégrever ou à restituer, peut être calculé en appliquant le premier alinéa du 1 du II bis à l'ensemble des plus-values et créances définitives puis en retenant le montant d'impôt ainsi calculé correspondant à la seule plus-value ou créance concernée par l'événement mentionné au VII.

Cette option, qui doit être exercée lors de la survenance du premier événement prévu au même VII affectant une plus-value ou une créance mentionnée aux I ou II, est irrévocable et s'applique à l'ensemble des plus-values et créances déterminées dans les conditions prévues à ces mêmes I et II.

Le surplus d'impôt sur le revenu est dégrevé ou restitué. Dans ce cas, le contribuable fournit, à l'appui de la déclaration mentionnée au 3 du IX, les éléments de calcul retenus.

IX.-1. Le contribuable qui transfère son domicile fiscal hors de France est tenu de déclarer les plus-values imposables en application des I et II sur la déclaration mentionnée au 1 de l'article 170 l'année suivant celle du transfert dans le délai prévu à l'article 175.

2. Lorsqu'il bénéficie du sursis de paiement, il déclare chaque année sur la déclaration mentionnée au 1 du présent IX le montant cumulé des impôts en sursis de paiement et indique sur un formulaire établi par l'administration, joint en annexe, le montant des plus-values constatées conformément aux I et II et l'impôt afférent aux titres pour lesquels le sursis de paiement n'est pas expiré.

3. Dans le délai prévu à l'article 175, il déclare, l'année suivant celle de l'expiration du sursis de paiement, sur le même formulaire joint à la déclaration prévue au 1 de l'article 170, la nature et la date de l'événement entraînant l'expiration du sursis de paiement ainsi que le montant de l'impôt exigible afférent aux plus-values constatées dans les conditions du I du présent article et modifiées, le cas échéant, dans les conditions du VIII, ou imposables en application du II. Il fournit, à l'appui de cette déclaration, les éléments de calcul retenus. L'impôt définitif est acquitté au moment du dépôt de ce formulaire.

Lorsque le contribuable n'a pas bénéficié d'un sursis de paiement en application des IV et V, il demande, lors de la survenance de l'un des événements prévus aux a et b du 1 du VII et lorsqu'il se trouve dans l'un des cas prévus aux 1 et 2 du VIII, la

restitution de l'impôt calculé en application du II bis et acquitté l'année suivant son transfert de domicile fiscal hors de France afférent à la plus-value latente constatée sur les titres concernés par l'un des événements précités.

Lors de la survenance de l'un des événements prévus aux 2 et 3 du VII, il déclare la nature et la date de ces événements et demande le dégrèvement ou la restitution de l'impôt calculé dans les conditions prévues au II bis afférent aux plus-values constatées sur les titres concernés par l'un des événements précités.

4. Le défaut de production de la déclaration et du formulaire mentionnés au 2 ou l'omission de tout ou partie des renseignements qui doivent y figurer entraîne l'exigibilité immédiate de l'impôt en sursis de paiement.

5. Dans les deux mois suivant chaque transfert de domicile fiscal, les contribuables sont tenus d'informer l'administration fiscale de l'adresse du nouveau domicile fiscal.

X.-Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent article, notamment les obligations déclaratives des contribuables.

## **Annexe 2**

### **Principaux articles des conventions fiscales internationales**

#### **La détermination du domicile fiscal**

##### **Article 4 de la Convention modèle OCDE : Résident**

1. Au sens de la présente Convention, l'expression « résident d'un État contractant » désigne toute personne qui, en vertu de la législation de cet État, est assujettie à l'impôt dans cet État, en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère de nature analogue et s'applique aussi à cet État ainsi qu'à toutes ses subdivisions politiques ou à ses collectivités locales. Toutefois, cette expression ne comprend pas les personnes qui ne sont assujetties à l'impôt dans cet État que pour les revenus de sources situées dans cet État ou pour la fortune qui y est située.

2. Lorsque, selon les dispositions du paragraphe 1, une personne physique est un résident des deux États contractants, sa situation est réglée de la manière suivante :

a) cette personne est considérée comme un résident seulement de l'État où elle dispose d'un foyer d'habitation permanent ; si elle dispose d'un foyer d'habitation permanent dans les deux États, elle est considérée comme un résident seulement de l'État avec lequel ses liens personnels et économiques sont les plus étroits (centre des intérêts vitaux) ;

b) si l'État où cette personne a le centre de ses intérêts vitaux ne peut pas être déterminé, ou si elle ne dispose d'un foyer d'habitation permanent dans aucun des États, elle est considérée comme un résident seulement de l'État où elle séjourne de façon habituelle ;

c) si cette personne séjourne de façon habituelle dans les deux États ou si elle ne séjourne de façon habituelle dans aucun d'eux, elle est considérée comme un résident seulement de l'État dont elle possède la nationalité ;

d) si cette personne possède la nationalité des deux États ou si elle ne possède la nationalité d'aucun d'eux, les autorités compétentes des États contractants tranchent la question d'un commun accord.

3 Lorsque, selon les dispositions du paragraphe 1, une personne autre qu'une personne physique est un résident des deux États contractants, elle est considérée comme un résident seulement de l'État où son siège de direction effective est situé

**Article 1<sup>er</sup> de la Convention entre la France et la Belgique tendant à éviter les doubles impositions et à établir des règles d'assistance administrative et juridique réciproque en matière d'impôt sur le revenu du 10 mars 1964**

1. La présente Convention a pour but de protéger les résidents de chacun des Etats contractants contre les doubles impositions qui pourraient résulter de l'application simultanée de la législation fiscale de ces Etats.

2. Une personne physique est réputée résident de l'Etat contractant où elle dispose d'un foyer permanent d'habitation.

a) Lorsqu'elle dispose d'un foyer permanent d'habitation dans chacun des Etats contractants, elle est considérée comme un résident de l'Etat contractant avec lequel ses liens personnels et économiques sont les plus étroits, c'est-à-dire de l'Etat contractant où elle a le centre de ses intérêts vitaux ;

b) Si l'Etat contractant où cette personne a le centre de ses intérêts vitaux ne peut être déterminé, elle est considérée comme un résident de l'Etat contractant où elle séjourne de façon habituelle ;

c) Si cette personne séjourne de façon habituelle dans chacun des Etats contractants ou qu'elle ne séjourne de façon habituelle dans aucun d'eux, elle est considérée comme un résident de l'Etat contractant dont elle possède la nationalité ;

d) Si cette personne possède la nationalité de chacun des Etats contractants ou qu'elle ne possède la nationalité d'aucun d'eux, les autorités compétentes des Etats contractants tranchent la question d'un commun accord.

3. Les personnes physiques dont le foyer permanent d'habitation se trouve à bord d'un navire exploité en trafic international sont considérées comme des résidents de l'Etat contractant où se trouve le siège de direction effective de l'entreprise. Il en est de même des personnes physiques qui ont leur foyer permanent d'habitation à bord d'un bateau servant à la navigation intérieure et dont l'activité s'étend au territoire des deux Etats contractants.

Si le siège de direction effective d'une entreprise de navigation maritime ou intérieure est à bord d'un navire ou d'un bateau, ce siège est réputé situé dans l'Etat contractant où se trouve le port d'attache ou, à défaut de port d'attache, dans l'Etat contractant dont l'exploitant a la nationalité.

4. Une personne morale est réputée résident de l'Etat contractant où se trouve son siège de direction effective.

Il en est de même des sociétés de personnes et des associations qui, selon les lois nationales qui les régissent, n'ont pas la personnalité juridique.

## **La répartition du pouvoir d'imposition en matière de plus-values mobilières privées**

---

### **Article 13 de la Convention modèle OCDE : Gain en capital**

1. Les gains qu'un résident d'un État contractant tire de l'aliénation de biens immobiliers visés à l'article 6, et situés dans l'autre État contractant, sont imposables dans cet autre État.
2. Les gains provenant de l'aliénation de biens mobiliers qui font partie de l'actif d'un établissement stable qu'une entreprise d'un État contractant a dans l'autre État contractant, y compris de tels gains provenant de l'aliénation de cet établissement stable (seul ou avec l'ensemble de l'entreprise), sont imposables dans cet autre État.
3. Les gains provenant de l'aliénation de navires ou aéronefs exploités en trafic international, de bateaux servant à la navigation intérieure ou de biens mobiliers affectés à l'exploitation de ces navires, aéronefs ou bateaux, ne sont imposables que dans l'État contractant où le siège de direction effective de l'entreprise est situé.
4. Les gains qu'un résident d'un État contractant tire de l'aliénation d'actions qui tirent directement ou indirectement plus de 50 pour cent de leur valeur de biens immobiliers situés dans l'autre État contractant sont imposables dans cet autre État.
5. Les gains provenant de l'aliénation de tous biens autres que ceux visés aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont imposables que dans l'État contractant dont le cédant est un résident.

### **Article 7, paragraphe 8-b) de la Convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République Italienne en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune et de prévenir l'évasion et la fraude fiscales du 5 octobre 1989**

8. [...]

b) Nonobstant les dispositions du paragraphe 4 de l'article 13, les gains provenant de l'aliénation d'actions ou de parts autres que celles visées à l'alinéa a et faisant partie d'une participation substantielle dans le capital d'une société qui est un résident d'un Etat sont imposables dans cet Etat, selon les dispositions de sa législation interne. On considère qu'il existe une participation substantielle lorsque le cédant, seul ou avec des personnes apparentées, dispose directement ou indirectement d'actions ou de parts dont l'ensemble ouvre droit à 25 pour cent ou plus des bénéfices de la société.

**Article 13, paragraphe 2-a) de la Convention entre la République française et le Royaume d'Espagne en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion et la fraude fiscales en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune du 10 octobre 1995.**

2. a) Les gains provenant de l'aliénation d'actions, parts ou autres droits (autres que les actions, parts ou droits visés au b du paragraphe 1) faisant partie d'une participation substantielle dans une société qui est un résident d'un État contractant sont imposables dans cet État. On considère qu'il existe une participation substantielle lorsque le cédant, seul ou avec des personnes apparentées, a détenu directement ou indirectement, à un moment quelconque au cours des douze mois précédant la date de la cession :

i) au moins 25 pour cent du capital de cette société ; ou

ii) des actions, parts ou autres droits dont l'ensemble ouvre droit à au moins 25 pour cent des bénéfices de la société.

## **Annexe 3**

<p style="text-align: center;"><b>Arrêts rendus par le Conseil d'Etat au sujet du nouveau dispositif d'exit tax</b></p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

**Conseil d'État**

**N° 359314**

Inédit au recueil Lebon

**8ème sous-section jugeant seule**

M. Gilles Bachelier, président

M. Patrick Quinqueton, rapporteur

Mme Nathalie Escaut, rapporteur public

**lecture du mercredi 13 juin 2012**

**REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu le mémoire, enregistré le 11 mai 2012 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présenté par M. Gilles A, demeurant ..., en application de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 ; il demande au Conseil d'Etat, à l'appui de sa requête tendant à l'annulation pour excès de pouvoir du décret n° 2012-457 du 6 avril 2012 relatif à l'imposition des plus-values et créances en cas de transfert du domicile hors de France, de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution du IV de l'article 48 de la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la Constitution, notamment son Préambule et ses articles 61-1 et 62 ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 ;

Vu la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011, notamment son article 48 ;

Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 2011-638 DC du 28 juillet 2011 ;

Vu le code de justice administrative, notamment son article R. 611-8 ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Patrick Quinqueton, Conseiller d'Etat,
- les conclusions de Mme Nathalie Escaut, rapporteur public ;

Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : " Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé (...) à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat (...) " ; qu'il résulte des dispositions de ce même article que le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux ;

Considérant que le I de l'article 48 de la loi du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011 rétablit au code général des impôts l'article 167 bis ; que cet article a pour objet l'imposition des plus-values latentes constatées, lors du transfert par les contribuables de leur domicile fiscal hors de France, sur les droits sociaux, les valeurs, les titres ou les droits que ces contribuables détiennent à la date de ce transfert ; que M. A soutient que les dispositions du IV de l'article 48 de cette loi, prévoyant que ce dernier article est applicable aux transferts du domicile fiscal hors de France intervenus à compter du 3 mars 2011, portent atteinte à une situation légalement acquise et méconnaissent par suite l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; qu'il fait également valoir que ces dispositions portent atteinte au droit de propriété garanti par les articles 2 et 17 de cette Déclaration ;

Considérant que le Conseil constitutionnel a été saisi, en application du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, de la loi du 29 juillet 2011 ; que les députés requérants contestaient la conformité à la Constitution des dispositions de l'article 48 de cette loi ; que, dans les considérants 29 à 31 de sa décision du 28 juillet 2011, le Conseil constitutionnel a examiné cet article ; qu'il a, par l'article 2 du dispositif de sa décision, déclaré conforme à la Constitution l'article 48 de cette loi ; que, par suite, et alors même que cet examen n'a pas expressément porté sur le IV de cet article, l'ensemble des dispositions de l'article 48 de la loi du 29 juillet 2011 a déjà été déclaré conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ; qu'ainsi, en l'absence de changement de circonstances, il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil Constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée ;

**D E C I D E :**

-----

Article 1er : Il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par M. A.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à M. Gilles A.

Copie en sera adressée, pour information, au Premier ministre et au ministre de l'économie, des finances et du commerce extérieur.

Copie en sera adressée au Conseil constitutionnel.

**Conseil d'État**

**N° 359314**

ECLI:FR:CESSR:2013:359314.20130712

Mentionné dans les tables du recueil Lebon

**8ème et 3ème sous-sections réunies**

M. Jean-Marc Vié, rapporteur

M. Benoît Bohnert, rapporteur public

**lecture du vendredi 12 juillet 2013**

**REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu la requête, enregistrée le 11 mai 2012 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par M. B...A..., demeurant... ; il demande au Conseil d'Etat d'annuler, pour excès de pouvoir, le décret n° 2012-457 du 6 avril 2012 relatif à l'imposition des plus-values et créances en cas de transfert du domicile hors de France et de mettre à la charge de l'Etat une somme de 7 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 26 juin 2013, présentée par M.A... ;

Vu la Constitution ;

Vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et son premier protocole additionnel ;

Vu la convention fiscale entre la France et la Suisse signée le 9 septembre 1966 ;

Vu l'accord entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, signé le 21 juin 1999 ;

Vu le code général des impôts et le livre des procédures fiscales ;

Vu la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 ;

Vu la décision n° 2011-638 DC du 28 juillet 2011 du Conseil constitutionnel ;

Vu la décision n° 359314 du 13 juin 2012 par laquelle le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a décidé qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par M.A... ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Jean-Marc Vié, Maître des Requêtes,
- les conclusions de M. Benoît Bohnert, rapporteur public ;

1. Considérant qu'en vertu du 1 et du 2 du I de l'article 167 bis inséré dans le code général des impôts par la loi du 29 juillet 2011 de finances rectificatives pour 2011, les contribuables fiscalement domiciliés en France pendant au moins six des dix années précédant le transfert de leur domicile fiscal hors de France sont imposables lors de ce transfert au titre des plus-values latentes constatées sur les droits et titres répondant à certains critères et déterminées par différence entre la valeur de ces droits et titres lors du transfert du domicile fiscal hors de France et leur prix d'acquisition par le contribuable ou, en cas d'acquisition à titre gratuit, leur valeur retenue pour la détermination des droits de mutation ; qu'en vertu du III du même article, le transfert hors de France du domicile fiscal d'un contribuable est réputé intervenir le jour précédant celui à compter duquel ce contribuable cesse d'être soumis en France à une obligation fiscale sur l'ensemble de ses revenus ; qu'en application du V du même article, lorsqu'un contribuable transfère son domicile fiscal dans un Etat autre qu'un Etat membre de l'Union européenne ou qu'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen présentant des garanties de coopération suffisantes en matière fiscale, il peut être sursis au paiement de l'impôt correspondant aux plus-values latentes sur sa demande expresse sous réserve qu'il constitue des garanties et désigne un représentant fiscal en France ; que ces dispositions sont applicables aux transferts de domicile fiscal intervenus à compter du 3 mars 2011 ;

2. Considérant que M.A..., qui était domicilié fiscalement en France jusqu'à la date du transfert de son domicile en Suisse le 6 avril 2011, demande l'annulation pour excès de pouvoir du décret du 6 avril 2012 relatif à l'imposition des plus-values et créances en cas de transfert du domicile hors de France, qui précise les obligations déclaratives lors du transfert du domicile fiscal d'un contribuable hors de France dans le cadre de l'imposition des plus-values latentes instaurée par l'article 167 bis du code général des impôts ;

Sur les moyens tirés de la rétroactivité de la loi et du décret :

3. Considérant, en premier lieu, qu'en dehors des cas et conditions où il est saisi sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, il n'appartient pas au Conseil d'Etat, statuant au contentieux, de se prononcer sur un moyen tiré de la non-conformité de la loi à une norme de valeur constitutionnelle ; que les moyens tirés de ce que l'article 167 bis du code général des impôts porte atteinte au droit de propriété garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, méconnaît les droits garantis par l'article 16 de cette déclaration et a un caractère rétroactif ne peuvent, par suite, qu'être écartés ;

4. Considérant, en second lieu, qu'en précisant qu'il s'appliquait aux transferts de domicile fiscal hors de France intervenus à compter du 3 mars 2011, le décret attaqué, pris en application de l'article 167 bis du code général des impôts, s'est borné à tirer les conséquences de cet article, selon lequel l'imposition qu'il institue s'applique aux transferts intervenus entre le 3 mars et le 11 mai 2011 ; que le moyen tiré de la

méconnaissance du principe de sécurité juridique qui résulterait de cette mention, ne peut, en conséquence, qu'être écarté ;

Sur le moyen fondé sur l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

5. Considérant qu'aux termes de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : " Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes " ; qu'à défaut de créance certaine, l'espérance légitime d'obtenir la restitution d'une somme d'argent doit être regardée comme un bien au sens de ces stipulations ;

6. Considérant qu'en instituant un mécanisme nouveau de taxation des plus-values latentes constatées par les contribuables qui transfèrent leur domicile fiscal hors de France à compter du 3 mars 2011, alors que le précédent dispositif de même nature avait été abrogé en 2005, le législateur ne peut être regardé comme ayant remis en cause un avantage fiscal dont les contribuables pouvaient escompter la pérennisation ; que la circonstance que de telles plus-values n'étaient auparavant pas imposées ne peut être regardée comme constituant un bien au sens de l'article 1er du premier protocole ; qu'ainsi, le législateur n'a privé les contribuables d'aucune espérance légitime de ne pas être imposés en France à raison des plus-values constatées à la date du transfert du domicile fiscal hors de France ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que l'article 167 bis du code général des impôts méconnaîtrait ces stipulations, y compris en ce qu'il prévoit son application à compter du 3 mars 2011, doit être écarté ;

Sur le moyen fondé sur le principe de libre circulation entre la France et la Suisse :

7. Considérant qu'aux termes de l'article 1er de l'accord du 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes : " L'objectif de cet accord, en faveur des ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne et de la Suisse, est : / a) d'accorder un droit d'entrée, de séjour, d'accès à une activité économique salariée, d'établissement en tant qu'indépendant et le droit de demeurer sur le territoire des parties contractantes (...) " ; que l'article 4 du même accord stipule que : " Le droit de séjour et d'accès à une activité économique est garanti sous réserve des dispositions de l'article 10 et conformément aux dispositions de l'annexe I " ; qu'aux termes de l'article 6 de ce même accord : " Le droit de séjour sur le territoire d'une partie contractante est garanti aux personnes n'exerçant pas d'activité

économique selon les dispositions de l'annexe I relatives aux non actifs " ; que, son article 16, intitulé " référence au droit communautaire ", stipule que : " 1. Pour atteindre les objectifs visés par le présent accord, les parties contractantes prendront toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalant à ceux contenus dans les actes juridiques de la Communauté européenne auxquels il est fait référence trouvent application dans leurs relations. / 2. Dans la mesure où l'application du présent accord implique des notions de droit communautaire, il sera tenu compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de sa signature. La jurisprudence postérieure à la date de la signature du présent accord sera communiquée à la Suisse. En vue d'assurer le bon fonctionnement de l'accord, à la demande d'une partie contractante, le comité mixte déterminera les implications de cette jurisprudence " ; qu'enfin, aux termes de l'article 21 du même accord : " (fiscalement en France) 3. Aucune disposition du présent accord ne fait obstacle à l'adoption ou l'application par les parties contractantes d'une mesure destinée à assurer l'imposition, le paiement et le recouvrement effectif des impôts ou à éviter l'évasion fiscale conformément aux dispositions de la législation fiscale nationale d'une partie contractante ou aux accords visant à éviter la double imposition liant la Suisse, d'une part, et un ou plusieurs Etats membres de la Communauté européenne, d'autre part, ou d'autres arrangements fiscaux " ;

8. Considérant, en premier lieu, que les stipulations de l'article 43 du traité instituant la Communauté européenne, devenu l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui s'opposent à l'institution, par un Etat membre, de règles qui auraient pour effet d'entraver la liberté d'établissement de certains de ses ressortissants sur le territoire d'un autre Etat membre, ne peuvent être utilement invoquées par un contribuable ayant établi son domicile fiscal en dehors de l'Union européenne ; que la Confédération suisse n'ayant pas adhéré au marché intérieur de l'Union, l'interprétation du droit de l'Union concernant la liberté d'établissement ne peut être automatiquement transposée, en l'absence de stipulation expresse de l'accord du 21 juin 1999 ;

9. Considérant, en deuxième lieu, que les articles 1er, 4 et 6 de l'accord et l'annexe I à laquelle ils renvoient ont pour objet de définir les conditions du droit d'entrée et de séjour sur le territoire des parties contractantes ; que ces stipulations précisent également le droit de bénéficiaire dans le pays d'accueil d'un traitement équivalent à celui accordé par ce dernier à ses propres ressortissants en ce qui concerne l'exercice d'une activité ou les conditions de séjour en tant qu'inactif ;

10. Considérant, d'une part, que les dispositions de l'article 167 bis du code général des impôts n'ont ni pour objet ni pour effet de soumettre à de quelconques restrictions ou conditions l'exercice effectif, par les personnes qu'elles visent, de la liberté d'aller et venir ;

11. Considérant, d'autre part, que ces dispositions ne contreviennent pas davantage au principe de la libre circulation des travailleurs, dont le contenu est repris à l'article 7 de l'accord du 21 juin 1999, lequel se borne à reconnaître un droit à l'égalité de traitement en ce qui concerne l'accès à une activité économique et les conditions de son exercice dans le pays d'accueil ;

12. Considérant, enfin, que le droit d'établissement reconnu par l'article 4 de l'accord n'est pas comparable à la liberté d'établissement garantie par le droit de l'Union européenne ; que le paragraphe 1 de l'article 16 de cet accord n'a pas pour effet de rendre applicables toutes les dispositions de ce droit mais est limité aux droits et obligations qui découlent des actes du droit dérivé de l'Union mentionnés à l'annexe de ce même accord ; que le paragraphe 2 de l'article 16 ne permet d'invoquer la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de signature de l'accord que lorsque son application " implique des notions du droit communautaire " ;

13. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les dispositions de l'article 167 bis du code général des impôts, en prévoyant que le sursis de paiement n'est accordé aux contribuables transférant leur domicile fiscal en Suisse que sur demande expresse, qu'ils doivent désigner un représentant établi en France autorisé à recevoir les communications utiles de l'administration fiscale et constituer les garanties propres à assurer le recouvrement de l'imposition, ne portent pas une atteinte au droit d'établissement et à la liberté de circulation garantis par l'accord du 21 juin 1999, non plus qu'aux principes de libre circulation des personnes et des travailleurs ; qu'au surplus, ces mesures sont destinées à assurer l'imposition, le paiement et le recouvrement effectif des impôts ou à éviter l'évasion fiscale au sens des stipulations du 3 de l'article 21 de cet accord ;

Sur le moyen tiré de la convention fiscale franco-suisse du 9 septembre 1966 :

14. Considérant que, lorsqu'une somme peut être imposée en France sur le fondement d'une disposition du code général des impôts, il est fait échec à cette imposition lorsque celle-ci est réservée à un autre pays en application des stipulations d'une convention fiscale bilatérale ; que le juge de l'impôt doit alors constater, le cas échéant d'office, que, dans le cadre de la répartition du droit d'imposer convenue entre les Etats parties à cette convention, il y a lieu d'appliquer ces stipulations et non celles de la loi nationale prévoyant l'imposition en France ; qu'en revanche, et eu égard à l'objet d'une telle convention, un moyen tiré de la méconnaissance de ces stipulations par des dispositions législatives de portée générale ne saurait être utilement invoqué à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir contre des dispositions réglementaires prises pour l'application de telles dispositions ; que, par suite, le moyen tiré de ce que l'article 167 bis du code général des impôts, pour l'application duquel le décret attaqué a été pris, méconnaîtrait certaines stipulations

de la convention conclue entre la France et la Suisse en vue d'éviter les doubles impositions ne peut qu'être écarté ;

15. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la requête de M. A...doit être rejetée, y compris ses conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

**D E C I D E :**

-----

Article 1er : La requête de M. A...est rejetée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à M. B...A...et au ministre de l'économie et des finances.

**Conseil d'État**

**N° 359994**

ECLI:FR:CESSR:2013:359994.20130712

Inédit au recueil Lebon

**8ème et 3ème sous-sections réunies**

M. Jean-Marc Vié, rapporteur

M. Benoît Bohnert, rapporteur public

**lecture du vendredi 12 juillet 2013**

**REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu la requête, enregistrée le 5 juin 2012 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par M. C...A...B..., demeurant fiscalement en France; il demande au Conseil d'Etat d'annuler, pour excès de pouvoir, le décret n° 2012-457 du 6 avril 2012 et de mettre à la charge de l'Etat une somme de 7 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et son premier protocole additionnel ;

Vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu la convention fiscale entre la France et la Belgique signée le 10 mars 1964 ;

Vu le code général des impôts et le livre des procédures fiscales ;

Vu la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 ;

Vu la loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Jean-Marc Vié, Maître des Requêtes,

- les conclusions de M. Benoît Bohnert, rapporteur public ;

1. Considérant qu'en vertu du 1 et du 2 du I de l'article 167 bis inséré dans le code général des impôts par la loi du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011, les contribuables fiscalement domiciliés en France pendant au moins six des dix années précédant le transfert de leur domicile fiscal hors de France sont imposables lors de ce transfert au titre des plus-values latentes constatées sur les droits sociaux et valeurs mobilières répondant à certains critères et déterminées par différence entre la valeur de ces titres lors du transfert du domicile fiscal hors de France et leur prix d'acquisition par le contribuable ou, en cas d'acquisition à titre gratuit, leur valeur retenue pour la détermination des droits de mutation ; qu'en vertu du III du même article, le transfert hors de France du domicile fiscal d'un contribuable est réputé

intervenir le jour précédant celui à compter duquel ce contribuable cesse d'être soumis en France à une obligation fiscale sur l'ensemble de ses revenus ; que selon le IV du même article, lorsque le contribuable transfère son domicile fiscal hors de France dans un Etat membre de l'Union européenne, il est sursis au paiement de l'impôt correspondant aux plus-values constatées ; que l'impôt sur le revenu correspond à la plus-value latente n'est plus exigible à l'expiration d'un délai de huit ans suivant le transfert du domicile fiscal hors de France où à la date à laquelle le contribuable transfère de nouveau son domicile hors de France si cet événement est antérieur ;

2. Considérant que M. A...B..., qui était domicilié fiscalement en France jusqu'à la date du transfert de son domicile en Belgique le 30 décembre 2011, demande l'annulation pour excès de pouvoir du décret n° 2012-457 du 6 avril 2012 relatif à l'imposition des plus-values et créances en cas de transfert du domicile hors de France, qui précise les obligations déclaratives lors du transfert du domicile fiscal d'un contribuable hors de France dans le cadre de l'imposition des plus-values latentes instaurée par l'article 167 bis du code général des impôts ;

Sur le moyen tiré de la méconnaissance de la convention fiscale franco-belge du 10 mars 1964 :

3. Considérant que, lorsqu'une somme peut être imposée en France sur le fondement d'une disposition du code général des impôts, il est fait échec à cette imposition lorsque celle-ci est réservée à un autre pays en application des stipulations d'une convention fiscale bilatérale ; que le juge de l'impôt doit alors constater, le cas échéant d'office, que, dans le cadre de la répartition du droit d'imposer convenue entre les Etats parties à cette convention, il y a lieu d'appliquer ces stipulations et non celles de la loi nationale prévoyant l'imposition en France ; qu'en revanche, et eu égard à l'objet d'une telle convention, un moyen tiré de la méconnaissance de ces stipulations par des dispositions législatives de portée générale ne saurait être utilement invoqué à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir contre des dispositions réglementaires prises pour l'application de telles dispositions ; que, par suite, le moyen tiré de ce que l'article 167 bis du code général des impôts, pour l'application duquel le décret attaqué a été pris, méconnaît les stipulations de l'article 18 de la convention conclue entre la France et la Belgique en vue d'éviter les doubles impositions ne peut qu'être écarté ;

Sur les moyens tirés de la méconnaissance de l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

4. Considérant qu'aux termes de l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : " Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la

création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un Etat membre établis sur le territoire d'un État membre. / La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux. " ;

5. Considérant, en premier lieu, que le 5 du VIII de l'article 167 bis du code général des impôts institue un mécanisme d'élimination d'une éventuelle double imposition qui résulterait de l'application d'une convention fiscale en prévoyant que l'impôt acquitté hors de France est imputable sur l'impôt définitif dû à l'expiration du sursis de paiement consécutivement à la cession des titres, dans la limite de ce dernier et à proportion de la part d'assiette taxée en France, sous réserve, ainsi que le précise le décret attaqué, que l'impôt acquitté hors de France soit un impôt personnel sur le revenu assis sur les plus-values de cession de valeurs mobilières ou de droits sociaux et qu'il soit calculé à partir du prix ou de la valeur d'acquisition des titres retenu pour la détermination de la plus-value ; qu'ainsi, dans l'hypothèse où le contribuable qui a transféré son domicile hors de France dans un autre Etat membre fait l'objet, à l'occasion de la cession des titres, d'une imposition sur la plus-value résultant de cette cession, les sommes acquittées à ce titre peuvent intégralement venir en déduction de l'imposition due en France ; que, si le montant de l'impôt dû en France est supérieur à celui mis à la charge du contribuable à l'étranger, cette situation résulte du pouvoir de chaque Etat de définir son régime d'imposition et ne contrevient à aucun principe du droit de l'Union ;

6. Considérant, en deuxième lieu, que M. A...B...soutient que l'application de l'article 167 bis du code général des impôts combiné avec l'article 2 de la loi du 28 décembre 2011 de finances pour 2012 codifié à l'article 223 sexies du même code, qui a institué une contribution exceptionnelle sur les hauts revenus assise sur le revenu fiscal de référence du foyer fiscal passible de l'impôt sur le revenu, aurait pour effet d'augmenter des plus-values latentes sur les droits sociaux le revenu fiscal de référence servant de base à la contribution exceptionnelle et serait contraire au principe de liberté d'établissement en créant une discrimination entre les résidents français et les personnes ayant transféré leur domicile hors de France ; que, toutefois, un tel moyen ne saurait être utilement invoqué à l'appui de la contestation du décret attaqué qui a été pris pour la seule application de l'article 167 bis du même code, dont l'entrée en vigueur est antérieure à celle de l'article 223 sexies de ce code ;

7. Considérant, en troisième lieu, qu'un Etat membre est en droit d'imposer une plus-value latente sur son territoire même si elle n'a pas encore effectivement été réalisée dès lors qu'elle n'impose pas le recouvrement immédiat lors du transfert dans un autre Etat de l'Union ; que, si le contribuable ayant transféré son domicile hors de France est tenu de déclarer chaque année le montant des plus-values imposables et de l'impôt

en sursis de paiement, cette circonstance ne peut être regardée à elle seule comme le soumettant à un traitement disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi ; que par suite, le requérant n'est pas fondé à soutenir que l'article 167 bis du code général des impôts serait à cet égard contraire à la liberté d'établissement ;

8. Considérant, en quatrième lieu, qu'en vertu du b du 1 du VII de l'article 167 bis du code général des impôts, le sursis de paiement expire au moment où intervient la donation de titres pour lesquels des plus-values ont été constatées sauf si le donateur démontre que la donation n'est pas faite à seule fin d'é luder l'impôt ; qu'en vertu du 2 du VII du même article, l'impôt correspondant aux plus-values latentes est dégrèvé ou restitué s'il avait fait l'objet d'un paiement immédiat lors du transfert de domicile fiscal hors de France, pour sa fraction se rapportant aux titres donnés, lorsque ce contribuable donne ces titres à un tiers, s'il démontre que cette opération n'est pas faite à seule fin d'é luder l'impôt ; que le dernier alinéa du 3 du IX de l'article 167 bis prévoit que, à l'occasion de la donation, le contribuable déclare la nature et la date de cet événement et demande le dégrèvement ou la restitution de l'impôt correspondant aux plus-values constatées sur les titres concernés ; que le II de l'article 1er du décret attaqué, qui crée l'article 91 octodécies de l'annexe II au code général des impôts, indique que, dans cette hypothèse, le contribuable demande ce dégrèvement ou cette restitution, indique la nature et la date de l'événement et joint à l'appui de sa demande les éléments de calcul et les justificatifs correspondant au montant du dégrèvement demandé ;

9. Considérant qu'une mesure susceptible d'entraver la liberté d'établissement peut être justifiée par la raison impérieuse d'intérêt général de la lutte contre la fraude fiscale et la nécessité de préserver l'efficacité des contrôles fiscaux, dès lors que cette mesure restrictive respecte le principe de proportionnalité ; qu'une restriction injustifiée, même de faible portée ou d'importance mineure, est prohibée par l'article 49 du traité ;

10. Considérant que les dispositions du b du 1 du VII et le 2 du VII de l'article 167 bis du code général des impôts imposent au contribuable ayant transféré son domicile fiscal à l'étranger de démontrer que la donation des titres n'est pas réalisée dans un but exclusivement fiscal pour obtenir le maintien du sursis de paiement ainsi que le dégrèvement ou, s'il a été acquitté, le remboursement de l'impôt sur les plus-values latentes, alors qu'un contribuable qui conserve son domicile fiscal en France n'est soumis à aucun contrôle a priori de ses intentions en cas de donation de titres et n'est pas soumis à une imposition sur le revenu ;

11. Considérant que ni le transfert du domicile du contribuable hors de France ni la donation des titres avant l'expiration du délai de huit ans n'impliquent, en soi, une évasion fiscale ; que si, dans le cadre de l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale, des obligations particulières peuvent être mises à la charge des contribuables ayant transféré leur domicile fiscal hors de France, l'obligation qui leur est faite de

démontrer l'absence de montage destiné à éluder exclusivement l'impôt, sans que l'administration fiscale n'ait à fournir, à cet égard, le moindre indice d'abus, va au-delà de ce qu'implique normalement la lutte contre la fraude fiscale, dès lors que l'administration a les moyens d'obtenir de la part des autorités compétentes d'un Etat membre, notamment dans le cadre des directives relatives à l'assistance mutuelle des autorités compétentes des Etats membres dans le domaine des impôts directs, les informations relatives à la donation des titres ou valeurs mobilières ; que le principe de liberté d'établissement s'oppose, en conséquence, à ce que soit mise à la charge d'un contribuable ayant transféré son domicile hors de France la preuve de ce que la donation à laquelle il procède n'est pas faite à seule fin d'éluder l'impôt pour pouvoir bénéficier du maintien du sursis de paiement et du dégrèvement de l'impôt ou pour en obtenir la restitution s'il a été acquitté ;

12. Considérant qu'il suit de là que, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête sur ce point, M. A...B...est fondé à demander l'annulation du II de l'article 1er du décret attaqué créant l'article 91 octodécies inséré dans l'annexe II au code général des impôts en tant qu'il porte application des dispositions du b du 1 du VII, du 2 du VII de l'article 167 bis et du 3 du IX de l'article 167 bis relatives aux preuves à apporter par les contribuables ayant transféré leur résidence fiscale dans un Etat membre de l'Union européenne pour établir que les donations de titres n'ont pas un but exclusivement fiscal ;

13. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat le versement à M. A...B...de la somme de 1 500 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

**D E C I D E :**

-----

Article 1er : Le II de l'article 1er du décret n° 2012-457 du 6 avril 2012 créant l'article 91 octodécies inséré dans l'annexe II au code général des impôts est annulé en tant qu'il porte application des dispositions du b du 1 du VII, du 2 du VII de l'article 167 bis et du 3 du IX de l'article 167 bis du même code relatives aux preuves à apporter par les contribuables ayant transféré leur résidence fiscale dans un Etat membre de l'Union européenne pour établir que les donations de titres n'ont pas un but exclusivement fiscal.

Article 2 : L'Etat versera à M. A...B...la somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à M. C...A...B...et au ministre de l'économie et des finances.

## Index

---

*(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphe)*

### **Abattement pour durée de détention :**

- Abattement général : 108 et suivants
- Abattement pour les dirigeants de PME partant à la retraite : 118 et suivants

### **Abus de droit :**

- Absence d'appréhension du prix de cession : 521 et suivants
- Applicabilité à l'apport-cession : 463 et suivants
- Contrariété aux objectifs du législateur : 638 et suivants
- Définition : 456 et suivants
- Historique : 453 et suivants
- Procédure : 461
- Réinvestissement dans une activité économique : 543 et suivants
- Sanction : 461
- Soulte : 525 et suivants

### **Accord de Luxembourg :**

- Exit tax (Ancien) : 815 et suivants
- Exit tax (Nouveau) : 1026

### **Accord sur l'Espace économique européen : 1085 et suivants**

### **Apport à une société contrôlée par l'apporteur :**

- Champ d'application : 161 et suivants
- Conséquences : 185 et suivants
- Contrôle de la société bénéficiaire de l'apport : 653 et suivants
- Encadrement : 658 et suivants
- Sanction : 674 et suivants

### **Apport en société :**

- Définition : 6 et suivants,
- Traitement fiscal : 185 et suivants

### **Cession des titres apportés :**

- Sous 150-0 B du CGI : 197 et suivants
- Sous 150-0 B ter du CGI : 200 et suivants

**Cession des titres reçus en échange de l'apport :**

- Sous 150-0 B du CGI : 215 et suivants
- Sous 150-0 B ter du CGI : 218 et suivants

**Cessions intrafamiliales :** 142 et suivants

**Clarté, intelligibilité, accessibilité :** 953 et suivants

**Contribution exceptionnelle sur les hauts revenus :**

- Barème d'imposition : 98 et suivants
- Mécanisme de lissage : 100 et suivants
- Revenu fiscal de référence : 94 et suivants

**Conventions fiscales :**

- Exit tax (Ancien) : 800 et suivants
- Exit tax (Nouveau) : 1103 et suivants
- Répartition du droit d'imposer : 348 et suivants

**Différé de paiement :**

- Définition : 11

**Différé d'imposition :**

- Définition : 10, 12 et suivants
- Prise en compte de l'absence de liquidités : 7 et suivants,

**Directive Fusions :** 172 et suivants

**Domiciliation fiscale :** 321 et suivants

- Convention fiscale internationale : 333 et suivants
- Droit interne : 326 et suivants

**Donation avant cession :**

- Chronologie des opérations : 243 et suivants
- Dépossession effective : 270 et suivants
- 150-0 B ter du CGI : 297 et suivants

**Exit tax (ancien) :**

- Accord de Luxembourg : 815 et suivants
- Conditions de l'imposition : 744 et suivants
- Conventions fiscales : 800 et suivants
- Dégrèvements : 758 et suivants
- Liberté de circulation des capitaux : 807 et suivants
- Liberté d'établissement : 762 et suivants, 792 et suivants
- Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et les Libertés fondamentales : 836 et suivants
- Suppression : 786 et suivants
- Sursis de paiement : 751 et suivants
- Traité franco-suisse : 829 et suivants

**Exit tax (nouveau) :**

- Accord de Luxembourg : 1026
- Accord sur l'Espace économique européenne : 1085 et suivants
- Champ d'application : 861 et suivants
- Clarté, intelligibilité, accessibilité : 953 et suivants
- Combinaison avec 150-0 B du CGI : 900 et suivants
- Combinaison avec 150-0 B ter du CGI : 907 et suivants
- Conventions fiscales internationales : 1103 et suivants
- Critique : 950 et suivants
- Dégrèvements : 891 et suivants
- Détermination de l'impôt dû : 866 et suivants
- Fait générateur : 857 et suivants
- Liberté de circulation des capitaux : 1025
- Liberté de circulation des travailleurs : 1073 et suivants
- Liberté d'établissement : 1028 et suivants
- Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et les Libertés fondamentales : 994 et suivants
- Rétroactivité / rétrospectivité : 968 et suivants
- Sursis de paiement : 878 et suivants

**Exit tax (Société) :** 1029 et suivants

**Fraude fiscale :**

- Caractérisation : 699 et suivants
- L'éviter : 721 et suivants
- Sanctions : 709 et suivants

**Imposition des plus-values à l'étranger :**

- Allemagne : 377
- Belgique : 382
- Espagne : 378
- Luxembourg : 383
- Portugal : 379
- Royaume-Uni : 380
- Suisse : 384

**Impôt sur le revenu :**

- Assiette : 66 et suivants
- Barème progressif : 75 et suivants
- Champ d'application : 51 et suivants
- Fait générateur : 62 et suivants
- Régime des « *créateurs d'entreprise* » : 79 et suivants

**Jeunes entreprises innovantes :** 145 et suivants

**Liberté de circulation des capitaux :**

- Exit tax (Ancien) : 807 et suivants
- Exit tax (Nouveau) : 1025

**Liberté de circulation des travailleurs :** 1073 et suivants

**Liberté des choix fiscaux :** 1, 443

**Liberté d'établissement :**

- Exit tax (Ancien) : 762 et suivants, 792 et suivants
- Exit tax (nouveau) : 1028 et suivants

**Prélèvements sociaux :**

- CSG déductible : 88 et suivants
- Taux : 85 et suivants

**Principe de subsidiarité des conventions :** 322 et suivants, 343 et suivants

**Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et les Libertés fondamentales :**

- Exit tax (Ancien) : 836 et suivants
- Exit tax (Nouveau) : 994 et suivants

**Répartition du droit d'imposition :**

- Clause de participations substantielles : 356 et suivants
- Convention modèle OCDE : 350 et suivants
- Différé d'imposition : 364 et suivants

**Report d'imposition :**

- Champ d'application : 161 et suivants
- Définition : 14

**Report sous condition de emploi / report-exonération :**

- Comparaison avec l'apport-cession-délocalisation : 426 et suivants
- Dispositif : 130 et suivants

**Rétroactivité / rétroactivité :** 968 et suivants

**Soulte :**

- Abus de droit : 525 et suivants
- Caractéristiques : 191 et suivants
- Droits d'apport : 194

**Sursis d'imposition :**

- Champ d'application : 161 et suivants
- Définition : 15

**Traité Franco-suisse :** 829 et suivants

**Titres de participations :** 198 et suivants