

Impôt sur les sociétés

36 La réforme du régime de faveur des fusions : un grand bond en avant, mais pas une révolution culturelle

Par

Dominique VILLEMOT,

avocat,

cabinet Villemot, Barthès & Associés



1 – Si les mesures fiscales des lois de finances de cet automne qui ont le plus attiré l'attention sont la suppression de l'ISF, la création du PFU, les exonérations de taxe d'habitation ou la baisse du taux de l'impôt sur les sociétés, pour les fiscalistes d'entreprise c'est pourtant indiscutablement l'importante réforme de notre régime de faveur des fusions qui constitue la réforme fiscale la plus novatrice.

Depuis le 1^{er} janvier 1992, date d'entrée en vigueur de la directive fusion, notre droit national est en effet en contravention avec le droit de l'Union européenne sur plusieurs points. Il aura fallu attendre 26 ans ! Il aura surtout fallu attendre une condamnation de la France par la CJUE (*CJUE, 1^{re} ch., 8 mars 2017, aff. C-14/16, Euro Park Service : Dr. fisc. 2017, n° 20, comm. 306, note N. de Boynes*) et l'arrêt du Conseil d'État tirant les conséquences de cette décision, considérant que l'Administration ne pouvait, à l'occasion d'une procédure de vérification, refuser le régime de faveur à une fusion/absorption d'une société française par une société étrangère au simple motif que l'opération n'avait pas été agréée par l'Administration (*CE, 9^e et 10^e ch., 26 juin 2017, n° 369311, Sté Euro Park Service : Dr. fisc. 2017, n° 43-44, comm. 526*).

2 – Signalons, sans prétendre à l'exhaustivité, les points les plus significatifs de l'article 23 de la loi de finances rectificative pour 2017 (*L. n° 2017-1775, 28 déc. 2017, art. 23 : Dr. fisc. 2018, n° 1, comm. 38, note Ch. Ménard*).

- Conséquence immédiate de l'arrêt de la CJUE, l'exigence systématique d'un agrément préalable pour les apports à une société étrangère, posée jusque-là par l'article 210 C, 2 du CGI, est supprimée. À cette occasion, l'article 210 B est réécrit, afin de ne plus faire de distinction entre opérations franco-françaises et opérations avec des sociétés étrangères. Désormais, toutes les fusions

éligibles au régime de faveur, y compris celles impliquant des sociétés étrangères, bénéficient de l'application de ce régime de plein droit.

Quant aux apports partiels d'actif et aux scissions, la réponse à la question de savoir s'ils bénéficient du régime de faveur de plein droit ou sur agrément dépend de la consistance des apports. Si les apports portent sur une ou plusieurs branches complètes d'activité ou sur des participations assimilées à des branches complètes, l'opération bénéficie de plein droit du régime de faveur ; en cas contraire, il est nécessaire de solliciter un agrément.

- Cette distinction est d'autant plus importante que **les opérations d'apport partiel d'actif et de scission portant sur des branches complètes d'activité sont dispensées de l'engagement de conserver les titres reçus en rémunération de l'apport pendant trois ans.**

C'est une révolution dans notre droit fiscal.

En revanche, les opérations ne portant pas sur des branches complètes d'activité et donc soumises à agrément, n'obtiendront l'agrément que si cet engagement de conserver les titres pendant trois ans est pris. Cela permet de mettre notre régime des apports partiels d'actif en conformité avec la directive, puisque cette dernière ne régit que les apports partiels d'actif portant sur des branches complètes d'activité. Le sujet reste cependant entier s'agissant des scissions pour lesquelles la directive n'impose pas que l'opération porte sur des branches complètes d'activité pour pouvoir bénéficier du régime de faveur.

- Les fusions, les scissions et les apports partiels d'actif d'une branche complète d'activité au profit des sociétés étrangères ne bénéficient du régime de faveur que **si les éléments apportés sont effectivement rattachés à un établissement stable français** de la société étrangère (*CGI, art. 210 C, 2 modifié*). Cette condition est

conforme à l'article 4, 2 de la directive n° 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009.

Cette nouvelle rédaction ne visant que les apports partiels d'une branche complète d'activité, elle ne concerne pas les apports de participations assimilées à une branche complète d'activité ; l'article 210 B, 1 précise en effet que « *L'article 210 A s'applique à l'apport partiel d'actif d'une branche complète d'activité ou d'éléments assimilés* ». Cela est confirmé par le rapport de la Commission des finances de l'Assemblée nationale (AN, comm. fin., rapp. n° 432, 1^{er} déc. 2017).

Heureusement, car la simple détention de titres ne saurait à elle-seule constituer un établissement stable.

• Une **clause anti abus** est insérée à l'article 210-0 A du CGI selon laquelle « *Ne peuvent pas bénéficier des dispositions prévues (...) aux articles 210 A à 210 C (...) les opérations de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif ayant comme objectif principal ou comme un de leurs objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales (...) [L]'opération est regardée, sauf preuve contraire appréciée dans le cadre d'une procédure de contrôle contradictoire (...) comme ayant pour objectif principal ou pour un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales lorsqu'elle n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables, tels que la restructuration ou la rationalisation des activités des sociétés participant à l'opération* ». C'est la retranscription de l'article 15, 1, a de la directive.

S'agissant d'une clause anti-abus, et non d'une règle d'assiette, cette disposition ne devrait plus permettre, à notre avis, à l'Administration de mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal ni, en conséquence, d'appliquer la pénalité de 80 % pour abus de droit, et ce en application de la jurisprudence du Conseil d'État qui limite l'abus de droit aux hypothèses où le redressement ne peut pas être effectué sur un autre fondement (CE, 8^e et 3^e ss-sect., 5 mars 2007, n° 284457, SELARL Pharmacie de Chalonges : JurisData n° 2007-081090 ; Dr. fisc. 2007, n° 20, comm. 522, note O. Fouquet ; Procédures 2007, comm. 153, note J.-L. Pierre ; RJF 5/2007, n° 600, concl. P. Collin, p. 426 ; BGFE 2007, n° 7, p. 9 et s., obs. Y. de Givré. – Contra, V. pour une analyse s'appuyant sur la qualification de règle d'assiette de la mesure anti-abus et soutenant que l'Administration dispose du « choix des armes », F. Deboissy, *Articulation de la procédure d'abus de droit et des clauses anti-abus* : Dr. fisc. 2016, n° 49, étude 632).

Afin que les contribuables puissent s'assurer que leur opération n'entre pas dans le champ d'application de cette clause anti-abus, il est créé une nouvelle procédure de rescrit, codifiée à l'article L. 80 B du LPF.

2 – Il faut saluer ces évolutions positives qui éliminent plusieurs dispositions de notre régime national non conformes à la directive et vont ainsi faciliter les restructurations d'entreprises.

Pour autant, **il reste encore des discordances entre notre droit national et la directive.**

• Le régime de faveur sans agrément et sans engagement de conservation des titres est réservé « *à la scission de société comportant au moins deux branches d'activité lorsque chacune des sociétés bénéficiaires reçoit une ou plusieurs de ces branches* ». Or, l'article 2, b de la directive, qui définit l'**opération de scission** bénéficiant du régime de faveur, ne prévoit pas cette restriction aux seules scissions portant sur des apports de branches complètes d'activité.

• Surtout, **la double imposition potentielle des apports partiels d'actif est maintenue, même si son champ d'application est réduit** par le nouveau texte.

En effet, en cas d'apport partiel d'actif, le régime de faveur implique que soient calculées à partir des écritures fiscales de l'apporteuse :

– non seulement les plus-values futures sur les actifs apportés, ce qui est conforme à l'article 4, 4 de la directive,

– mais aussi les plus-values futures des titres reçus en rémunération de l'apport, condition supplémentaire qui n'est pas prévue par la directive et qui, de plus, est manifestement contraire à son esprit.

Cela dit, le champ d'application de cette exigence est réduit par les modifications introduites par la loi de finances rectificative.

En effet, à partir du moment où l'apport partiel d'actif portera sur une branche complète d'activité, l'opération bénéficiera du régime de faveur sans agrément. L'Administration ne pourra donc plus imposer, comme elle le faisait pour les apports de sociétés étrangères à des sociétés françaises, la création d'une holding en France pour porter les titres reçus en rémunération des apports, et ce afin d'aligner le régime de ces apports sur celui des apports franco-français et de les soumettre à cette double imposition potentielle des apports partiels d'actif. Seules les plus-values futures sur les actifs apportés resteront imposables en France, ce qui est conforme à la directive.

De même, l'apport de participations par une société française à une société étrangère bénéficiera du régime de faveur de plein droit lorsque l'apport portera sur des éléments assimilés à une branche complète d'activité, sauf application éventuelle de la clause anti-abus. L'Administration ne pourra plus exiger, comme elle le faisait dans ses agréments, que la société étrangère bénéficiaire de l'apport conserve les titres apportés aussi longtemps que l'apporteuse conserve les titres émis en rémunération de l'apport. Seules les plus-values futures sur les titres reçus en rémunération de l'apport resteront donc imposables en France, ce qui est conforme à l'article 8, 4 de la directive. En effet, celle-ci n'assimile pas l'apport de titres à l'apport d'une branche complète d'activité, comme le fait notre droit national, mais le traite comme un échange de titres. Or, en cas d'échange de titres, ce n'est que la plus-value future sur les titres reçus en rémunération qui reste imposable à partir des valeurs fiscales des titres apportés à l'échange.

Ces progrès sont à noter, et il faut s'en féliciter.

Nous aurons donc désormais deux cas de figure :

– les apports par des sociétés étrangères à des sociétés françaises de branche complète d'activité ou les apports par des sociétés françaises à des sociétés étrangères de participations assimilés à une branche complète d'activité, opérations pour lesquelles la double imposition potentielle des apports partiels d'actif disparaît,

– les autres apports, pour lesquels cette double imposition est maintenue (parmi ceux-ci figurent les apports par des sociétés françaises à des sociétés d'autres États européens de branches complètes d'activité localisées en France : on peut penser que, dans ce dernier cas, la double imposition potentielle ainsi créée est contraire à la directive).

Cette différence de traitement est-elle, par ailleurs, susceptible d'être censurée par le Conseil constitutionnel dans le cadre d'une QPC ? Probablement oui, à la lumière de sa jurisprudence sur la discrimination par ricochet (Cons. const., 3 févr. 2016, n° 2015-520 QPC, Sté Metro Holding SA venant aux droits de la société CRFP Cash : Dr. fisc. 2016, n° 12, comm. 241, note E. Meier et M. Valetau ; RJF 4/2016, n° 366, note S. Austry et D. Gutmann, p. 418 ; D. 2016, p. 311 ; Rev. sociétés 2016, p. 388, note G. Parleani ; Constitutions 2016, p. 188 ; RTD eur. 2017, p. 39, étude A. Jauréguiberry ; Dr. & patr. 2017, n° 266, p. 97, chron. M. Bornhauser et P. Kouraleva-Cazals ; RFDA 2016, p. 1014, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; Cah. Cons. const. 2016, n° 52, p. 145, chron. S. Austry ; Option fin. 2016, p. 33, n° 1353, note É. Ginter ; JCP G 2016, 373, note M. Collet. – V. O. Fouquet, *La discrimination à rebours franco-européenne sanctionnée. À propos de Cons. const., 3 févr. 2016, Sté Metro Holding* : Dr. fisc. 2016, n° 6, act. 74. – G. Blanluet, *Discrimination à rebours : le droit interne à l'épreuve du droit de l'Union européenne. À propos de Cons. const., 3 févr. 2016, n° 2015-520 QPC, Sté Metro Holding* : Dr. fisc. 2016, n° 12, étude 233. –

E. Raingeard de la Blétière et Ph. Durand, Affaire Metro Holding : le principe constitutionnel d'égalité devant l'impôt au secours de la jurisprudence Leur-Bloem : Dr. fisc. 2016, n° 18-19, étude 309), sauf à considérer que cette différence de traitement s'explique par la répartition du pouvoir d'imposer les plus-values futures sur titres organisée par les conventions fiscales internationales, qui généralement réservent ce pouvoir à l'État de résidence du détenteur de ces titres, et par l'exigence de la directive, qui subordonne le bénéfice du régime de faveur aux fusions, scissions et apports partiels d'actif par lesquels les actifs apportés restent inscrits au bilan d'un établissement stable localisé dans l'État de la société apporteuse.

On peut d'ailleurs se demander si cette dernière exigence posée par la directive est conforme à la liberté d'établissement du TFUE.

On sait en effet que le droit de l'UE dérivé, dont font partie les directives, doit respecter le droit de l'UE primaire qui comprend les traités européens et leurs principes généraux, tels que définis par la CJUE.

3 – Cette réforme d'envergure du régime des fusions constitue indiscutablement un grand bond en avant, une étape importante vers une plus grande conformité au droit de l'Union européenne, qu'il faut saluer, mais ce rapprochement n'est pas encore total. De nouveaux contentieux sont probablement à prévoir : la révolution culturelle n'est pas achevée.