

Notre régime fiscal des « fusions à l'anglaise » est-il soluble dans le droit communautaire ?

DANS NOTRE DROIT FISCAL INTERNE, les « fusions à l'anglaise » relèvent du régime des apports partiels d'actif portant sur une branche complète d'activité : en effet, l'apport d'une participation représentative de plus de 50 % du capital de la société dont les titres sont apportés, est assimilé à l'apport d'une branche complète d'activité. Il en est de même, sous certaines conditions, de l'apport d'une participation conférant à la société qui en est bénéficiaire, la détention directe de plus de 30 % des droits de vote de la société dont les titres sont apportés.

Ce traitement fiscal de droit interne doit s'apprécier au regard de la Directive européenne du 23 juillet 1990 « *concernant le régime applicable aux fusions, scissions, apports d'actif et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents* ».

La question se pose de savoir si, malgré les clarifications résultant de la loi de finances pour 2002, notre régime fiscal des « fusions à l'anglaise » est conciliable avec les dispositions de la Directive européenne : le rappel des traits caractéristiques de ce régime fiscal doit permettre de le situer au regard du droit communautaire, et d'apporter ainsi des éléments de réponse à la question posée.

I. Les traits caractéristiques de notre régime fiscal interne des « fusions à l'anglaise »

1. Les conséquences de l'extension aux « fusions à l'anglaise » de notre régime fiscal des fusions

A – L'extension du régime fiscal des fusions

L'assimilation à la branche complète d'activité permet d'appliquer les dispositions de l'article 210 A du CGI relatives au traitement des plus-values d'apport constatées dans le cadre d'une fusion classique.

B – Les conséquences

La société bénéficiaire de l'apport d'une participation substantielle au sens des dispositions légales rappelées en introduction, doit calculer

les plus-values de cession ultérieure des titres apportés d'après la valeur que ces titres avaient, du point de vue fiscal, dans les écritures de la société apporteuse : il s'agit là de l'application du régime classique du sursis d'imposition des plus-values d'apport sur éléments non amortissables de l'actif immobilisé dans le cadre d'une fusion soumise au régime de faveur en matière d'impôt sur les sociétés.

2. L'application du régime de l'apport partiel d'actif portant sur une branche complète d'activité

Ce régime comporte deux dispositions essentielles :

- l'obligation, pour la société apporteuse, de calculer les plus-values de cession ultérieure des titres qui lui ont été remis en échange de l'apport de sa participation substantielle, par référence à la valeur que les titres représentatifs de cette participation avaient dans ses propres écritures : il s'agit du même régime de sursis d'imposition de la plus-value d'échange, que celui qui s'applique à la plus-value d'échange de titres résultant d'une fusion ou d'une scission de sociétés, et qui est visé à l'article 38.7 bis du CGI ;
- l'adjonction d'une obligation spécifique de conservation, par la société apporteuse, des titres qu'elle a reçus en échange de l'apport de sa participation substantielle : la société apporteuse doit s'engager, dans l'acte d'apport, à conserver ces titres pendant trois ans.

3. L'extension de notre régime fiscal des « fusions à l'anglaise » aux apports transfrontaliers portant sur des participations substantielles

Cette extension n'est possible que par voie d'agrément, mais cet agrément n'est pas discrétionnaire. Il est, en effet, délivré lorsque : l'opération est justifiée par un motif économique, qu'elle n'a pas comme objectif ou comme un de ses objectifs principaux, la fraude ou l'évasion fiscales, et que ses modalités permettent d'assurer l'imposition future des plus-values mises en sursis d'imposition.



JEAN-JACQUES
CAPPELAERE
Fiscaliste

Pour garantir le respect de la troisième condition, l'administration exige principalement de la société apporteuse : qu'elle s'engage à conserver pendant trois ans les titres qu'elle a reçus en échange de l'apport de sa participation substantielle, et qu'elle s'engage à calculer les plus-values de cession ultérieure de ces titres par référence à la valeur que les titres apportés avaient, du point de vue fiscal, dans ses propres écritures.

Il y a ainsi transposition pure et simple de notre dispositif de droit interne. Il est exigé, en outre, de la société étrangère bénéficiaire de l'apport, qu'elle s'engage à conserver les titres qui lui ont été apportés, aussi longtemps que la société française apporteuse détient elle-même les titres qui lui ont été remis en contrepartie de son apport. Ainsi, le sursis d'imposition dont la société française apporteuse bénéficie, est subordonné, au-delà du délai de conservation de trois ans qui lui est propre, au respect de l'engagement pris par la société étrangère bénéficiaire de l'apport.

II. Les dispositions du droit communautaire

1. La Directive du 23 juillet 1990

A – L'approche des « fusions à l'anglaise » par la Directive

Le régime des « fusions à l'anglaise » ne relève pas de la définition de l'apport d'une branche complète d'activité, mais de celle de « l'échange d'actions ». En effet, aux termes du d/ de l'article 2 de la Directive, l'échange d'actions se définit comme « l'opération par laquelle une société acquiert, dans le capital social d'une autre société, une participation ayant pour effet de lui conférer la majorité des droits de vote de cette société, moyennant l'attribution aux associés de l'autre société, en échange de leurs titres, de titres représentatifs du capital de la première société et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des titres qui lui sont remis en échange ».

La société bénéficiaire de l'apport est dénommée la « société acquérante », et la participation apportée est définie comme la « société acquise ».

B – Le traitement fiscal européen des « fusions à l'anglaise » transfrontalières

Aux termes de l'article 8 d de la Directive, ce traitement consiste, comme dans notre droit interne, à surseoir à l'imposition de la plus-value

d'échange réalisée par la société apporteuse. Il s'apparente ainsi au sursis d'imposition de cette même plus-value dans notre droit interne ; il en diffère, toutefois, par le fait qu'il ignore : la taxation, au niveau de la société « acquérante » de la plus-value d'apport réalisée par la société apporteuse, lorsque les titres apportés viennent à être cédés par la société « acquérante », et l'obligation, pour la société apporteuse, de conserver pendant trois ans les titres reçus à l'échange et l'obligation subordonnée de conservation impartie à la société acquérante.

2. La liberté de circulation des capitaux

Elle résulte de l'article 56 du traité de Rome tel que modifié par l'Acte unique européen et par le traité de l'Union européenne. Cet article édicte, en effet, une interdiction générale de « toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers... ».

De par leur caractère général, les obligations de conservation des titres reçus à l'échange et des titres apportés sont susceptibles de s'analyser comme instituant une telle restriction.

Conclusion

Comme le montre Patrick Dibout dans la revue « Droit fiscal » n° 27 de 2002, la Cour de justice des Communautés européennes s'estime compétente pour juger de la conformité à la Directive « fusions », des opérations réalisées entre les sociétés implantées dans le même État membre, lorsque le législateur de cet État a entendu appliquer le même traitement aux opérations purement internes et à celles régies par la Directive, en sorte qu'il a aligné sa législation interne sur le droit communautaire. S'agissant de notre pays, l'identité de traitement vient d'être renforcée par la loi de finances pour 2002.

Cette évolution, conjuguée avec le fait que les obligations de conservation des titres sont une restriction à la liberté de circulation des capitaux, renforce le risque de voir notre régime fiscal des « fusions à l'anglaise » être déclaré incompatible avec le droit communautaire. ■

“ Les obligations de conservation des titres reçus à l'échange et des titres apportés sont susceptibles de s'analyser comme une restriction à la liberté de circulation des capitaux. ”