



LE PRINCIPE DE NEUTRALITE FISCALE DES FUSIONS

PAR

Olivier Fouquet

Président de Section (h) au Conseil d'Etat

Sur les arrêts

CE 11 février 2013 n°356519, min. c/Sté Heineken France	4
CE 20 mars 2013 n°349669, Société Générale.....	8

Avec l'aimable autorisation de la revue administrative

[l'article 210 A du code général des impôts](#)

[BOFIP Régime spécial des fusions](#)

Par deux décisions successives, CE 11 février 2013 n°356519, min. c/Sté Heineken France, rendue aux excellentes conclusions de Benoît Bohnert (BDCF 5/13) n°54 et CE 20 mars 2013 n°349669, Société Générale, rendue aux conclusions également excellentes d'Emmanuelle Cortot-Boucher (BDCF 6/13) au cours de séances présidées par le président Alain Ménéménis, le Conseil d'Etat vient de réaffirmer avec force *le principe de neutralité fiscale des fusions placées sous le régime de faveur* de l'article 210 A du CGI. Il règle, en outre, dans sa seconde décision, la question controversée de la qualification à donner aux gains réalisés par l'actionnaire personne morale lorsque les actions qu'il détient sont rachetées par la société dont il est actionnaire. **Les deux espèces sont d'autant plus intéressantes que, pour l'application du même principe de neutralité, l'administration avait soutenu dans chacune des affaires deux thèses radicalement opposées.**

1) **Dans la première affaire Heineken**, la question posée était celle de savoir si, *en cas d'apport partiel d'actif*, les titres apportés devaient être regardés comme détenus par la société bénéficiaire de l'apport depuis la date d'acquisition de ces titres par la société apporteuse ou seulement depuis la date de l'apport nécessairement postérieure. Selon la date retenue, la durée de détention pouvait faire basculer la plus-value ou la moins-value réalisée dans le régime des plus-values ou moins-values à court terme ou dans le régime des plus-values et des moins-values à long terme.

En l'espèce, la Sté BFH avait apporté en 1998, sous le régime de faveur, à la Sté BF des titres de la Sté PACA, acquis précédemment entre 1991 et 1998. Un an plus tard, en 1999, la Sté BF a procédé à la dissolution de la Sté PACA par confusion du patrimoine. L'annulation par la Sté BF des titres de la Sté PACA a conduit à la constatation d'une moins-value. Pour qualifier la nature de la moins-value (à court terme imputable sur les résultats ou à long terme imputable seulement sur des moins-values de même nature), *il fallait apprécier la durée de détention*. Pour la Sté BF, le délai de détention des titres de la Sté PACA courait à compter de la date d'apport en 1998, de sorte que la moins-value, née de leur annulation un an plus tard en 1999, avait été réalisée moins de deux ans après leur acquisition et devait être qualifiée de moins-value à court terme, déductible des résultats. Pour l'administration, le délai de détention courait à compter de la date d'acquisition des titres de la Sté PACA par la Sté apporteuse BHF, de sorte que la moins-value née de leur annulation avait été réalisée plus de deux ans après l'acquisition et devait être qualifiée de moins-value à long terme, imputable seulement sur les plus-values à long terme.

La solution dépendait de l'analyse de l'opération d'apport partiel d'actif placée sous le régime de faveur de l'article 210 A du CGI. Le régime fiscal de faveur avait-il pour effet de rabaisser l'opération d'apport partiel d'actif à *une simple opération intercalaire* ? Ou bien l'apport partiel d'actif, nonobstant le régime fiscal favorable sous lequel les parties avaient choisi de le placer, gardait-il sa valeur de cession opérant le transfert des titres d'un patrimoine à un autre ?

La réponse du Conseil d'Etat, conférant à l'opération d'apport partiel d'actif le caractère *d'une simple opération intercalaire*, n'est pas à nos yeux une surprise. Il nous semble que la jurisprudence était déjà largement engagée dans le sens de cette analyse de l'opération. Par une décision CE 19 avril 1989 n°58897, Sté Alice Pressing (RJF 6/89 n°667, concl. M. Liebert-Champagne Dr. fisc. 28/89 comm. 1475), la Haute juridiction s'était référée à « la stricte neutralité fiscale des fusions » (même si elle avait constaté que dans cette espèce un texte exprès dérogeait à ce principe). Par une décision CE 23 novembre 2001 n°205001, SA Roy Frères et Anselmo (RJF 2/02 n°138, concl. J. Courtial p ; 109), s'agissant de l'absence de dotation de la réserve spéciale par une société qui avait absorbé une société ayant réalisé une plus-value à long terme, la Haute juridiction a fait prévaloir la continuité fiscale du régime des plus-values à long terme réalisées par la société absorbée, y compris pour celles réalisées au cours du dernier exercice avant la fusion.

Nous sommes néanmoins frappés par la motivation de la décision du Conseil d'Etat. Les motifs font en effet ressortir que la neutralité fiscale des fusions placées sous le régime de faveur *résulte de l'esprit de la loi*, bien davantage que de sa lettre. En premier lieu, la haute juridiction a éprouvé le besoin d'aller rechercher quelles étaient *les intentions des auteurs de la loi d'origine 12 juillet 1965, modifiée par la LFR du 30 décembre 1991*. En second lieu, le juge s'est référé à la *directive fusion du 23 juillet 1990* que la LFR du 30 décembre 1991 a eu pour objet de transposer, sans distinction entre les opérations transfrontalières et les opérations purement françaises. Il en déduit que « le législateur a entendu assurer la neutralité au plan fiscal des opérations de fusion des sociétés et, à cette fin, sauf s'il en a disposé autrement, regarder de telles opérations comme des opérations intercalaires ». Il donne une nouvelle fois la clé de la jurisprudence de la CJCE Leur-Bloem du 17 juillet 1997 : « il en résulte qu'eu égard à cet objectif et en l'absence de dispositions contraires ... ces éléments doivent être regardés comme figurant dans le patrimoine de la société bénéficiaire de l'apport depuis la date de leur acquisition ... par la société absorbée ». Autrement dit pour l'application du régime de faveur, la bonne interprétation est celle qui découle de l'objectif de la directive, et par voie de conséquence de l'intention du législateur national, sans qu'y fassent obstacle les omissions ou les imperfections de la loi : seule une disposition expressément contraire pourrait faire obstacle à cette interprétation. Le Conseil d'Etat confirme sa jurisprudence CE 17 juin 2011

n°314667, Sté Finaparco et n°324392, SARL Méditerranée Automobiles : RJF 10/11 n° 1035, chron. C. Raquin TJF 11/11 p. 1019, concl. P. Collin BDCF n° 110 et a contrario sa jurisprudence CE 30 janvier 1993 n°346683, Sté Ambulances de France que nous avons commentée à Dr. fisc. 10/12 comm. 185.

2) **Dans l'affaire Société générale**, la question posée était celle de savoir comment il fallait analyser l'opération par laquelle les actions de la Sté SGDC, apportés par la Sté GF à la Sté GB, sont ensuite rachetées à la Sté GB par la Sté SGDC elle-même. Dans une telle hypothèse, fallait-il distinguer entre *la plus-value dégagée par l'apport*, en sursis d'imposition sous le régime de faveur, *et le boni distribué* égal à la différence entre le prix de rachat et la valeur d'apport ? La plus-value aurait été imposable au taux réduit de l'impôt sur les sociétés selon le régime des plus-values à long terme, alors que le boni distribué résultant du rachat aurait été placé sous le régime mère-fille de l'article 216 du CGI. Ou bien fallait-il considérer l'opération comme unique, de sorte que les titres de la Sté SGDC, rachetés par celle-ci à la Sté GB bénéficiaire de l'apport, devaient être regardés comme ayant été acquis non pas à la valeur d'apport mais au prix auquel la Sté apporteuse GF les avait acquis ? Dans ce cas, la différence entre le prix de rachat et le prix d'acquisition par la société apporteuse devait dans sa totalité être qualifié de boni distribué justiciable du régime mère-fille. On ne s'étonnera pas que l'administration en tenait pour la première thèse, tandis que la société défendait la seconde.

La thèse de l'administration n'avait rien d'illogique. A la date de l'apport, il avait bien existé une plus-value en sursis d'imposition. Pourquoi aurait-il fallu requalifier cette plus-value en boni distribué au motif qu'in fine les titres désormais détenus par la société bénéficiaire de l'apport auraient été rachetés par la société émettrice ? Pourquoi cette plus-value aurait-elle changé de nature ? Après tout le caractère intercalaire de l'opération d'apport ne signifiait-il pas que la plus-value réalisée par la société apporteuse était reprise par la société bénéficiaire, de sorte qu'elle devrait donner lieu à imposition en cas de cession par la société bénéficiaire, sous quelle que forme que ce soit ?

Mais c'est là qu'intervient l'alchimiste fiscal de la fusion placée sous le régime de faveur. On voit bien que si l'objectif de neutralité fiscale de la fusion conduit dans l'affaire Heineken à regarder les titres apportés comme entrés dans le patrimoine de la société bénéficiaire de l'apport à la date à laquelle la société apporteuse les a acquis, de façon homothétique, en cas de rachat par la société émettrice des titres apportés, le prix de revient des titres rachetés est celui auquel la société apporteuse les avait acquis et non pas la valeur d'apport pour la société bénéficiaire. Dès lors le boni de distribution, calculé sur la différence entre le prix de rachat et le prix de l'acquisition initiale, peut être placé en totalité sous le régime mère-fille, sans être saucissonné.

Nous pensons que le Conseil d'Etat a appliqué le principe de neutralité fiscale des fusions placées sous le régime de faveur de la même façon dans la seconde affaire que dans la première.

3) Soulignons pour terminer que le Conseil d'Etat a tranché expressément à l'occasion de l'affaire Société Générale une question controversée. S'il résulte incontestablement des textes du CGI que le gain généré par le rachat par une société de ses propres actions par une personne physique a le caractère d'une distribution, il ne résulte en revanche d'aucun texte de ce code que le gain généré par le rachat à un actionnaire personne morale aurait parallèlement le caractère d'un produit de participation au sens de l'article 216 du CGI.

Il nous semble cependant qu'une décision CE du 18 mars 1992 n°94061-95794, Sté Péchiney (RJF 5/92 : n°637 avec nos conclusions publiées à Dr. fisc.12/93 comm.599) avait bien tranché la question sur le terrain de la loi dans le sens de la qualification du gain en produit de participation et non en gain en capital, même si le litige se bornait à l'interprétation de la doctrine administrative. C'est

d'ailleurs apparemment ce qu'ont pensé la CAA de Paris (RJF 12/91 n°1296) et son rapporteur public P. Ouardes (BDCF 12/11 n°138). Mais ce n'était pas l'avis de la majeure partie des praticiens : R. Streichenberger, RJF 2/96 p. 147 ; V. Dumont, BF Lefebvre 10/10 ; R. Schneider et O. Janoray, Dr. fisc. 47/11 comm. 600 ; A. de Bissy, Dr. fisc. 2/12 comm. 53. Finalement, la roulette russe du Contentieux nous a donné plutôt raison. Mais peut-être n'y avait-il pas tellement de balles dans le barillet. Car le rachat de ses titres par une société constitue bien pour ses actionnaires, qu'ils soient personnes physiques ou morale, un désinvestissement. Par ailleurs, on voit bien l'avantage simplificateur qu'il y a de raisonner de la même façon pour les deux catégories d'actionnaires. Mon ami Renaud Streichenberger avait bien voulu me dire, après avoir lu mes conclusions dans l'affaire Péchiney, que je n'avais rien compris. Finalement est-ce si sûr ?

4) En conclusion, ces affaires nous paraissent démontrer deux choses que nous ne trouvons pas négligeables. En premier lieu, le Conseil d'Etat n'est pas un juge de paix. Sa jurisprudence, qu'on l'apprécie ou non, est pensée et construite comme un ensemble homogène auquel se heurtent tant l'administration que le contribuable lorsqu'ils demandent au juge fiscal de faire du cas d'espèce. En second lieu, le Conseil d'Etat, sans infidélité aux règles d'interprétation des textes clairs, attache une grande importance aux objectifs poursuivis par le législateur européen et le législateur national, particulièrement quand ils coïncident, ce qui contribue à assurer la cohérence de sa jurisprudence. Mais il est vrai que cela ne suffit pas à éviter la complexité de cette jurisprudence. Le conseil capable de deviner, lorsque le contribuable entre dans son bureau, si celui-ci va perdre ou gagner, n'est pas encore né.

CE 11 février 2013 n°356519, min. c/Sté Heineken France

Conseil d'État

N° 356519

Mentionné dans les tables du recueil Lebon

8ème et 3ème sous-sections réunies

M. Maxime Boutron, rapporteur

M. Benoît Bohnert, rapporteur public

RICARD, avocat(s)

lecture du lundi 11 février 2013

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu le pourvoi du ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat, porte-parole du Gouvernement, enregistré le 6 février 2012 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat ; le ministre demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler les articles 1, 2 et 3 de l'arrêt n° 10VE02229 du 29 novembre 2011 par lesquels la cour administrative d'appel de Versailles, statuant sur la requête de la société Heineken France, venant aux droits de la société Brasserie Fischer, a annulé le jugement n° 0807231

du 7 mai 2010 du tribunal administratif de Cergy-Pontoise, déchargé la société des cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés, de contribution sur cet impôt et de contribution temporaire sur cet impôt, ainsi que des intérêts de retard correspondants, auxquelles elle a été assujettie au titre de l'année 1999 et mis à la charge de l'Etat le versement d'une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

2°) réglant l'affaire au fond, de rejeter la requête de la société Heineken France et de rétablir la société Brasserie Fischer au rôle d'impôt sur les sociétés, de contribution sur cet impôt et de contribution temporaire sur cet impôt au titre de l'année 1999 ainsi que des intérêts de retard correspondants à hauteur des montants dont la décharge a été prononcée ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 28 janvier 2013, présentée pour la société Heineken France ;

Vu la directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990 ;

Vu le code général des impôts et le livre des procédures fiscales ;

Vu la loi n° 65-566 du 12 juillet 1965 ;

Vu la loi n° 91-1323 du 30 décembre 1991 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Maxime Boutron, Auditeur,

- les observations de Me Ricard, avocat de la société Heineken France,

- les conclusions de M. Benoît Bohnert, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à Me Ricard, avocat de la société Heineken France ;

1. Considérant qu'en vertu du premier alinéa du 1 de l'article 210 A du code général des impôts, les plus-values nettes et les profits dégagés sur l'ensemble des éléments d'actif apportés du fait d'une fusion ne sont pas soumis à l'impôt sur les sociétés ; que l'application de ces dispositions est subordonnée à la condition que la société absorbante s'engage, dans l'acte de fusion, à respecter les prescriptions énoncées au 3 du même article ; qu'en particulier, la société absorbante doit se substituer à la société absorbée pour la réintégration des résultats dont la prise en compte avait été différée pour l'imposition de cette dernière ; qu'elle doit également calculer les plus-values réalisées à l'occasion de la cession des immobilisations non amortissables qui lui sont apportées d'après la valeur qu'elles avaient, du point de vue fiscal, dans les écritures de la société absorbée ;

2. Considérant qu'en adoptant ces dispositions, issues de l'article 15 de la loi du 12 juillet 1965 modifiant l'imposition des entreprises et des revenus de capitaux mobiliers et modifiées en dernier lieu, pour l'année d'imposition en litige, par l'article 25 de la loi du 30 décembre 1991 de finances rectificative pour 1991, lequel a eu pour objet de transposer la directive

90/434/CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, le législateur a entendu assurer la neutralité au plan fiscal des opérations de fusion des sociétés et, à cette fin, sauf lorsqu'il en a disposé autrement, regarder de telles opérations comme des opérations intercalaires ; qu'il en résulte qu'eu égard à cet objectif et en l'absence de dispositions contraires, lorsque des éléments de l'actif immobilisé ont été reçus en apport par une société à l'occasion d'une fusion placée sous le régime de l'article 210 A, ces éléments doivent être regardés comme figurant dans le patrimoine de la société bénéficiaire de l'apport depuis la date de leur acquisition ou de leur création par la société absorbée ; que les mêmes règles sont applicables dans le cas où des éléments de l'actif immobilisé ont été reçus en apport par une société à l'occasion d'un apport partiel d'actif placé sous le bénéfice des dispositions de l'article 210 B du même code ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article 39 duodecies du code général des impôts, applicable en matière d'impôt sur les sociétés en vertu de l'article 209 du même code : "4. Le régime des moins-values à court terme s'applique : / a Aux moins-values subies lors de la cession de biens non amortissables détenus depuis moins de deux ans ; / b Aux moins-values subies lors de la cession de biens amortissables, quelle que soit la durée de leur détention. Le cas échéant, ces moins-values sont diminuées du montant des amortissements expressément exclus des charges déductibles ainsi que de ceux qui ont été différés en contravention aux dispositions de l'article 39 B. / 5. Le régime des moins-values à long terme s'applique aux moins-values autres que celles définies au 4 (...)" ;

4. Considérant que, pour l'application de ces dispositions, lorsqu'une société a bénéficié d'un apport de titres placé sous le régime de l'article 210 A et a ultérieurement procédé à leur annulation à l'occasion d'une dissolution sans liquidation par confusion de patrimoine, il y a lieu, pour apprécier la durée de détention de ces titres, lesquels ne sont pas amortissables, et, par suite, pour déterminer le régime applicable, en vertu de l'article 39 duodecies du même code, à la moins-value réalisée, de retenir comme date d'acquisition, eu égard aux objectifs poursuivis par le législateur en adoptant ce régime et en l'absence de dispositions contraires, la date à laquelle les titres apportés sont initialement entrés dans le capital de la société ayant consenti l'apport et non celle de réalisation de l'apport ;

5. Considérant que la cour administrative d'appel de Versailles a souverainement relevé que la société Brasserie Fischer avait, le 30 juillet 1998, reçu de la société Brasserie Fischer Holding, dans le cadre d'un apport partiel d'actif placé sous le régime prévu à l'article 210 B du code général des impôts, lequel renvoie à l'article 210 A, 200 000 titres de la société "Provence Alpes Côte d'Azur" (Paca) et qu'ayant procédé, le 18 juillet 1999, à la dissolution sans liquidation par confusion de patrimoine de la société Paca, dont elle était actionnaire unique, elle avait, par voie de conséquence, annulé ces titres ; qu'en se fondant, pour juger que l'administration avait à tort regardé comme une moins-value à long terme la moins-value réalisée lors de cette annulation, que la société avait déduite de ses résultats en tant que moins-value à court terme, sur le fait qu'à la date à laquelle est intervenue leur annulation, ces titres étaient détenus depuis moins de deux ans par la société Brasserie Fischer, de sorte que, conformément aux dispositions de l'article 39 duodecies, la moins-value constatée à l'occasion de l'opération en cause, relevait du régime des moins-values à court terme, en dépit du fait que ces titres avaient été acquis en 1988, 1991 et 1996 par la société Brasserie Fischer Holding, la cour a commis une erreur de droit ; que, par suite, le ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat, porte-parole du Gouvernement, est fondé à demander l'annulation des articles 1, 2 et 3 de l'arrêt contre lequel il s'est pourvu en cassation ;

6. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

7. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit au point 4, que la société Heineken France, venant aux droits de la société Brasserie Fischer, n'est pas fondée à soutenir qu'il y a lieu, pour l'application des dispositions de l'article 39 duodecies du code général des impôts, d'apprécier la durée de détention des titres ayant fait l'objet d'un apport partiel d'actif placé sous le régime prévu à l'article 210 B du code général des impôts, lequel renvoie à l'article 210 A, en prenant en compte la date de leur apport à cette société le 30 juillet 1998, soit moins de deux ans avant l'annulation de ces titres le 18 juillet 1999, et non la date de leur acquisition par la société apporteuse en 1988, 1991 et 1996 ; que ces dernières dates étant antérieures de plus de deux ans à l'annulation des titres, c'est à bon droit que l'administration a estimé que la moins-value réalisée relevait du régime des moins-values à long terme et non de celui des moins-values à court terme retenu par la société ;

8. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société Heineken France n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a rejeté sa demande tendant à la décharge des cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés, de contribution sur cet impôt et de contribution temporaire sur cet impôt, ainsi que des intérêts de retard correspondants auxquels la société Brasserie Fischer a été assujettie au titre de l'année 1999 ;

9. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de l'Etat, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ;

DECIDE :

Article 1er : Les articles 1, 2 et 3 de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles du 29 novembre 2011 sont annulés.

Article 2 : La requête présentée par la société Heineken France devant la cour administrative d'appel de Versailles est rejetée.

Article 3 : La société Heineken France, venant aux droits de la société Brasserie Fischer est rétablie aux rôles de l'impôt sur les sociétés, de la contribution sur cet impôt et de la contribution temporaire sur cet impôt au titre de l'année 1999 ainsi que des intérêts correspondants, à concurrence des sommes dont cette société avait été déchargée.

Article 4 : Les conclusions présentées par la société Heineken France sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative devant le Conseil d'Etat et la cour administrative d'appel de Versailles sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée au ministre de l'économie et des finances et à la société Heineken France.

Résumé : 19-04-01-04-01 En adoptant les dispositions de l'article 210 A du code général des impôts (CGI), le législateur a entendu assurer la neutralité au plan fiscal des opérations de fusion des sociétés et, à cette fin, sauf lorsqu'il en a disposé autrement, regarder de telles opérations comme des opérations intercalaires. Il en résulte qu'eu égard à cet objectif et en l'absence de dispositions contraires, lorsque des éléments de l'actif immobilisé ont été reçus

en apport par une société à l'occasion d'une fusion placée sous le régime de l'article 210 A, ces éléments doivent être regardés comme figurant dans le patrimoine de la société bénéficiaire de l'apport depuis la date de leur acquisition ou de leur création par la société absorbée. Les mêmes règles sont applicables dans le cas où des éléments de l'actif immobilisé ont été reçus en apport par une société à l'occasion d'un apport partiel d'actif placé sous le bénéfice des dispositions de l'article 210 B du même code.

19-04-02-01-03-03 1) En adoptant les dispositions de l'article 210 A du code général des impôts (CGI), le législateur a entendu assurer la neutralité au plan fiscal des opérations de fusion des sociétés et, à cette fin, sauf lorsqu'il en a disposé autrement, regarder de telles opérations comme des opérations intercalaires. Il en résulte qu'en égard à cet objectif et en l'absence de dispositions contraires, lorsque des éléments de l'actif immobilisé ont été reçus en apport par une société à l'occasion d'une fusion placée sous le régime de l'article 210 A, ces éléments doivent être regardés comme figurant dans le patrimoine de la société bénéficiaire de l'apport depuis la date de leur acquisition ou de leur création par la société absorbée. Les mêmes règles sont applicables dans le cas où des éléments de l'actif immobilisé ont été reçus en apport par une société à l'occasion d'un apport partiel d'actif placé sous le bénéfice des dispositions de l'article 210 B du même code.,,2) Pour l'application des dispositions de l'article 39 duodecimes du CGI, applicable en matière d'impôt sur les sociétés en vertu de l'article 209 du même code, lorsqu'une société a bénéficié d'un apport de titres placé sous le régime de l'article 210 A et a ultérieurement procédé à leur annulation à l'occasion d'une dissolution sans liquidation par confusion de patrimoine, il y a lieu, pour apprécier la durée de détention de ces titres, lesquels ne sont pas amortissables, et, par suite, pour déterminer le régime applicable, en vertu de l'article 39 duodecimes du même code, à la moins-value réalisée, de retenir comme date d'acquisition, eu égard aux objectifs poursuivis par le législateur en adoptant ce régime et en l'absence de dispositions contraires, la date à laquelle les titres apportés sont initialement entrés dans le capital de la société ayant consenti l'apport et non celle de réalisation de l'apport.

CE 20 mars 2013 n°349669, Société Générale

Conseil d'État

N° 349669

Publié au recueil Lebon

3ème et 8ème sous-sections réunies

Mme Anne Egerszegi, rapporteur

Mme Emmanuelle Cortot-Boucher, rapporteur public

SCP BARTHELEMY, MATUCHANSKY, VEXLIARD, avocat(s)

lecture du mercredi 20 mars 2013

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu le pourvoi du ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat, porte-parole du gouvernement, enregistré le 27 mai 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat ; le ministre demande au Conseil d'Etat d'annuler l'arrêt n° 09PA05607 du 15 mars 2011 par lequel la cour administrative d'appel de Paris, faisant droit à l'appel des sociétés Société Générale et Génébanque contre le jugement du 26 juin 2009 du tribunal administratif de Paris, a annulé ce jugement et déchargé la société Société Générale des cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés, de contribution additionnelle de 10% et de contribution temporaire de 15% auxquelles elle a été assujettie, en sa qualité de société intégrante du groupe fiscal auquel appartient la société Génébanque, au titre de l'exercice clos au cours de l'année 1997 ainsi que des intérêts de retard correspondants ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code général des impôts et le livre des procédures fiscales ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Anne Egerszegi, Maître des Requêtes,
- les observations de la SCP Barthélémy, Matuchansky, Vexliard, avocat des sociétés Société Générale et Génébanque,
- les conclusions de Mme Emmanuelle Cortot-Boucher, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Barthélémy, Matuchansky, Vexliard, avocat des sociétés Société Générale et Génébanque ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le 30 mars 1987, la société Généfinance a apporté à la société Génébanque des actifs comprenant des titres de la société Sogapec, ultérieurement devenue SG Capital Développement ; que ces titres, figurant au bilan de la société apporteuse pour un montant de 201 501 341 francs (30 718 681,41 euros), ont été inscrits à l'actif de la société bénéficiaire pour leur valeur d'apport, établie à 287 701 812 francs (43 859 858,50 euros) ; que la plus-value d'apport, d'un montant de 86 200 471 francs (13 141 177,09 euros), ainsi dégagée par la société Généfinance à l'occasion de cette opération a été placée sous le régime prévu aux articles 210 A et 210 B du code général des impôts ; qu'en 1997, la société SG Capital Développement a procédé au rachat de ses propres titres détenus par la société Génébanque au prix de 292 680 783 francs (44 618 897,73 euros), en vue de leur annulation ultérieure par voie de réduction de capital ; que la société Génébanque a constaté un gain de rachat d'un montant de 91 179 441 francs (13 900 216,17 euros), correspondant à la différence entre la valeur comptable des titres dans les écritures de la société Généfinance et le prix de rachat, qu'elle a retranché de son bénéfice net imposable au titre de l'exercice clos au cours de l'année 1997 en application du régime des sociétés mères et filiales organisé par les dispositions des articles 145 et 216 du code général des impôts ; qu'à l'issue d'une vérification de comptabilité de cette société, l'administration fiscale a exclu du

bénéfice de ce régime la fraction du montant du prix de rachat correspondant à la plus-value d'apport placée en sursis d'imposition, soit 86 200 471 francs (13 141 177,09 euros), qu'elle a soumise à l'impôt sur les sociétés au taux réduit de 19 % prévu par les dispositions de l'article 39 duodecies du code général des impôts dans leur rédaction alors applicable ; que les cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés et de contributions additionnelles issues de ce redressement ont été mises à la charge de la société Société Générale, en application de l'article 223 A du code général des impôts, en sa qualité de société intégrante d'un groupe fiscal dont fait partie la société Génébanque ; que, par un arrêt du 15 mars 2011, la cour administrative d'appel de Paris a annulé le jugement du tribunal administratif de Paris du 26 juin 2009 et déchargé la société Société Générale de ces suppléments d'impôts ; que le ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, porte-parole du gouvernement, se pourvoit en cassation contre cet arrêt ;

2. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 38 du code général des impôts dans sa rédaction applicable à l'exercice clos en 1997 : "1. (...), le bénéfice imposable est le bénéfice net, déterminé d'après les résultats d'ensemble des opérations de toute nature effectuées par les entreprises, y compris notamment les cessions d'éléments quelconques de l'actif, soit en cours, soit en fin d'exploitation./ 2. Le bénéfice net est constitué par la différence entre les valeurs de l'actif net à la clôture et à l'ouverture de la période dont les résultats doivent servir de base à l'impôt diminuée des suppléments d'apport et augmentée des prélèvements effectués au cours de cette période par l'exploitant ou par les associés. L'actif net s'entend de l'excédent des valeurs d'actif sur le total formé au passif par les créances des tiers, les amortissements et les provisions justifiés (...)" ; qu'aux termes de l'article 210 B du code général des impôts dans sa rédaction antérieure à l'année 1992 : " 1. Les dispositions de l'article 210 A s'appliquent aux scissions et aux apports partiels d'actif (...)" ; que l'article 210 A du même code dispose que la société bénéficiaire doit calculer les plus-values réalisées ultérieurement à l'occasion de la cession des immobilisations non amortissables d'après la valeur qu'elles avaient, du point de vue fiscal, dans les écritures de la société absorbée ;

3. Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 216 du code général des impôts, dans sa rédaction applicable à l'exercice clos en 1997 : " I. Les produits nets des participations, ouvrant droit à l'application du régime des sociétés mères et visées à l'article 145, touchés au cours d'un exercice par une société mère, peuvent être retranchés du bénéfice net total de celle-ci (...)" ;

4. Considérant que le gain net dégagé par un associé ou actionnaire passible de l'impôt sur les sociétés détenant des titres de participation à l'occasion du rachat par la société émettrice de ses propres actions, ne constitue pas un gain en capital mais un produit net de participation à concurrence, conformément aux dispositions du 2 de l'article 38 combiné avec l'article 209 du même code, de la différence entre le prix de rachat et la valeur d'acquisition des titres inscrite à son bilan d'ouverture ; que, dans le cas où l'actionnaire a acquis les titres à l'occasion d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des articles 210 A et 210 B du code général des impôts, qui instaure un sursis d'imposition, la valeur d'acquisition des titres ainsi apportés est celle qui était retenue dans les écritures de la société apporteuse ;

5. Considérant, par suite, qu'en jugeant que le gain de rachat correspondant à la différence entre le prix versé à la société Génébanque pour le rachat des titres SG Capital Développement et la valeur d'inscription comptable de ces titres, en 1987, dans les écritures de la société apporteuse Généfinance, lors de l'opération d'apport partiel d'actifs réalisée par cette société au profit de la société Génébanque, entrainé dans le champ des dispositions de l'article 216 du code général des impôts, y compris en tant qu'il incluait la somme égale à la plus-value d'apport, la cour n'a pas commis d'erreur de droit ; que, dès lors, le ministre n'est pas fondé à demander l'annulation de l'arrêt qu'il attaque ;

6. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat la somme globale de 3 000 euros à verser à la société Société Générale et à la société Génébanque au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

DECIDE :

Article 1er : Le pourvoi du ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, porte-parole du gouvernement, est rejeté.

Article 2 : L'Etat versera à la société Société Générale et à la société Génébanque la somme globale de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée au ministre de l'économie et des finances, à la société Société Générale et à la société Génébanque.

Résumé : 19-04-01-04-03 Le gain net dégagé par un associé ou actionnaire passible de l'impôt sur les sociétés (IS) détenant des titres de participation à l'occasion du rachat par la société émettrice de ses propres actions ne constitue pas un gain en capital mais un produit net de participations à concurrence, conformément aux dispositions du 2 de l'article 38 du code général des impôts (CGI) combiné avec l'article 209 du même code, de la différence entre le prix de rachat et la valeur d'acquisition des titres inscrite à son bilan d'ouverture. Dans le cas où l'actionnaire a acquis les titres à l'occasion d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des articles 210 A et 210 B du CGI qui instaure un sursis d'imposition, la valeur d'acquisition des titres ainsi apportés est celle qui était retenue dans les écritures de la société apporteuse.

[RJ1] Rapp., pour l'application de la retenue à la source, CE, 31 juillet 2009, Société Fiteco, n° 296052, p. 339 ; CE, 26 juillet 2011, Ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat c/ Société Pfizer Holding France, n° 325464, T. p. 896.,[RJ2] Cf., pour le caractère intercalaire d'une opération de fusion placée sous le régime des articles 210 A et 210 B du CGI, CE, 11 février 2013, Ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat, porte-parole du Gouvernement c/ Société Heineken France, n° 356519, à mentionner aux Tables.