

N° 412964
Société HighCo

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies
Séance du 19 juin 2019
Lecture du 10 juillet 2019

CONCLUSIONS

Mme Emilie Bokdam-Tognetti, rapporteur public

Par dérogation au principe selon lequel le gain net ou la perte dégagée par la cession d'un titre de participation détenu depuis moins de deux ans relève du régime du court terme et est pris en compte pour le calcul du bénéfice imposable au taux normal, le a septies du I de l'article 219 du CGI, dans sa rédaction issue de la loi de finances pour 2011, instaure un régime de report d'imposition dans le cas des cessions intervenant entre sociétés liées.

L'imposition, entre les mains de la société cédante, des plus-values et moins-values de cession de titres de participation détenus depuis moins de deux ans par cette société est ainsi reportée à la survenue du premier des trois événements suivants : a) la date à laquelle l'entreprise cédante cesse d'être soumise à l'IS ou est absorbée par une entreprise qui n'est pas liée à l'entreprise détenant les titres cédés – en d'autres termes, la sortie du groupe de la cédante ; b) la date à laquelle les titres cédés cessent d'être détenus par une entreprise liée à l'entreprise cédante, c'est-à-dire la sortie du groupe de la cédée ; lorsque l'absorption de la société cédée fait disparaître celle-ci, cette opération n'est toutefois pas regardée comme une sortie du groupe lorsque l'absorption est le fait d'une autre entreprise liée (ou qui le devient à cette occasion) ; c) à défaut, la date correspondant à l'expiration d'un délai de deux ans, décompté à partir du jour où l'entreprise cédante a acquis les titres.

Ce régime, d'application obligatoire en cas de moins-value et facultative en cas de plus-value – il ne concerne aujourd'hui plus que les moins-values – a donc pour effet, à moins que la cédante ou la cédée aient cessé d'appartenir au même groupe avant l'expiration du délai de deux ans décompté à partir de l'acquisition initiale des titres par la cédante, de faire relever le gain net de cession ou la perte réalisée par cette dernière du régime du long terme.

En l'espèce, dans le cadre d'une réorganisation de son groupe, ayant conduit deux de ses filiales à en absorber deux autres, la société Highco SA, actionnaire (quasi)unique des deux sociétés absorbées a reçu en échange, consécutivement à l'annulation des titres des sociétés absorbées, des titres des deux sociétés absorbantes. Elle a constaté, à cette occasion, deux moins-values à court

terme d'un montant total de 8 426 618 euros, qu'elle a regardées comme placées en report d'imposition en vertu du a septies du I de l'article 219 du CGI. Elle a déposé auprès de l'administration fiscale un tableau d'état de suivi des reports d'imposition faisant état de ces moins-values relatives à l'exercice clos le 31 décembre 2010.

Se ravisant toutefois sur l'analyse de ces moins-values, et estimant qu'elle avait, en l'absence de cession des actions de ses filiales, fait une application erronée des dispositions du a septies du I de l'article 219 du code en reportant leur imposition, la société a sollicité l'imputation de ces moins-values sur ses résultats de l'exercice clos en 2010. L'administration fiscale a rejeté cette réclamation : elle a admis que ces moins-values ne provenaient pas de cessions au sens du a septies du I de l'article 219 du code, mais estimé que la société devait être regardée, en ne déduisant pas ces moins-values, comme ayant opté pour le sursis d'imposition ouvert par le 7 bis de l'article 38 du code.

La société HighCo SA a porté le litige devant le tribunal administratif de Marseille, qui a fait droit à sa demande. Devant la cour administrative d'appel de Marseille, le ministre a changé son fusil d'épaule et soutenu l'applicabilité des dispositions du a septies du I de l'article 219 du code. La cour a suivi cette analyse par l'arrêt attaqué (publié à la RJF 2017 n° 1160).

Par une décision du 30 mai 2018 (RJF 2018 n° 886), vous avez refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité dirigée contre le a septies du I de l'article 219 du CGI, dans sa rédaction issue de l'article 13 de la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011. Vous avez en revanche réservé le point de savoir si, en faisant application de ces dispositions à l'espèce et en jugeant que les opérations d'échange de titres dans le cadre d'une fusion s'analysaient du point de vue de l'actionnaire comme des cessions au sens de cet article, la cour a commis une erreur de droit. C'est l'unique moyen du pourvoi, qu'il vous reste aujourd'hui à trancher.

Pour contester qu'un échange de titres à l'occasion d'une fusion puisse être regardée comme une cession à titre onéreux au sens de ces dispositions, la requérante fait d'abord valoir qu'il n'y a pas transfert de propriété des titres entre l'actionnaire de la société absorbée et l'absorbante ni rémunération de ce transfert par des titres de l'absorbante, mais disparition du patrimoine de l'actionnaire, par annulation, des titres de la société dissoute et attribution de nouveaux titres de la société absorbante. Elle relève également que, par une décision *Société Sofinad* du 8 juin 2005 (n° 270967, p. 239, RJF 2005 n° 885, concl. L. Vallée BDCF 2005 n° 107), vous avez jugé que les fusions et opérations assimilées rémunérées par des titres constituent des modalités de transmission d'un patrimoine et ne peuvent être regardées, de la part des sociétés absorbantes ou bénéficiaires des apports en cause, comme des acquisitions de biens à titre onéreux au sens du premier alinéa de l'article L. 123-18 du code de commerce. La société souligne enfin qu'au regard de l'objet anti-optimisation du report d'imposition prévu au a septies du I de l'article 219 du code, une approche large de la notion incluant les opérations de fusion ne serait pas nécessaire, de telles opérations de restructuration étant lourdes et coûteuses et ne constituant pas le support

privilegié d'opérations de circulation de titres intragroupe à des fins d'optimisation fiscale telles celles visées par le législateur.

Aucune des prémisses de ces arguments n'est inexacte. Et pourtant, ils n'emporteront pas votre conviction.

En vertu de l'article L. 236-1 du code de commerce, « *une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent. (...) Les associés des sociétés qui transmettent leur patrimoine dans le cadre (de ces) opérations (...) reçoivent des parts ou des actions de la ou des sociétés bénéficiaires et, éventuellement, une soulte en espèces dont le montant ne peut dépasser 10 % de la valeur nominale des parts ou des actions attribuées.* » L'article L. 236-3 du même code dispose que « *I. La fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires (...). Elle entraîne simultanément l'acquisition, par les associés des sociétés qui disparaissent, de la qualité d'associés des sociétés bénéficiaires, dans les conditions déterminées par le contrat de fusion.* » Le II prévoit qu'il n'est toutefois pas « *procédé à l'échange de parts ou d'actions de la société bénéficiaire contre des parts ou actions des sociétés qui disparaissent* » dans l'hypothèse d'actions autodétenues par l'absorbée ou déjà détenues par l'absorbante.

Ainsi, dans le cas d'une fusion, la propriété des titres de la société absorbée n'est pas transférée comme elle le serait dans le cadre d'une vente ou d'un apport classique, l'associé constatant dans ses comptes l'annulation des titres. Toutefois, cette annulation n'est que la conséquence nécessaire du transfert de la totalité du patrimoine de l'absorbante à l'absorbée, emportant sa disparition et ayant pour contrepartie l'attribution à l'associé de titres de la société absorbante, qui viennent remplacer les titres de l'absorbée dans son patrimoine. Les actionnaires de l'absorbée acquièrent, en rémunération de cet apport, la qualité d'associé de la cédante. L'attribution des titres de l'absorbante peut être complétée, le cas échéant, par une soulte.

Par une décision de Plénière du 20 octobre 1978, *Sieur X* (n° 4423, p. 382, RJF 12/78 n° 541 ; v. aussi CE, 10 juin 1983, n° 34049, RJF 8-9/83 n° 986), vous avez jugé qu'« *en cas de fusion de deux sociétés anonymes, l'échange auquel il est procédé des actions de la société absorbée contre des actions nouvellement émises par la société absorbante présente (...) le caractère d'une cession à titre onéreux des actions de la société absorbée* ». Dans ses conclusions sur cette affaire, votre commissaire du gouvernement J-F. Verny expliquait ainsi qu'« *en cas de fusion de sociétés, les actionnaires de la société absorbée abandonnent un élément de leur patrimoine : ils transfèrent à la société absorbante les droits qu'ils détenaient dans la société absorbée. En contrepartie, ils reçoivent des actions de la société absorbante. En échange des droits incorporels dont ils se sont dessaisis, ils en reçoivent d'autres d'une autre nature. L'opération s'analyse pour eux en une cession à titre onéreux.* »

Etait alors en cause l'application de l'article 150 quinquies du CGI, relatif aux cessions à titre onéreux des actions émises par les sociétés à prépondérance immobilière, mais la formulation de

votre décision, ne limitant pas la solution à l'application de ces dispositions, ne laissait guère de doute sur la portée de principe de cette affirmation. Dès 1979, vous avez ainsi jugé que « *le remplacement, dans le patrimoine d'un actionnaire, des actions d'une société absorbée par celles d'une société absorbante, présente, pour l'application de l'article 160 (relatif à l'imposition des plus-values de cessions de participations substantielles des personnes physiques), le caractère d'une cession à titre onéreux des titres de la société absorbée* » (CE, 19 décembre 1979, *M. X.*, n° 15705, RJF 1980 n° 112 ; CE, 27 juin 1979, *M. X.*, n° 12450, T. pp. 686-714-715, RJF 1979 p. 300 ; dans le même sens, v. CE, 3 avril 1981, n° 13886, RJF 1981 n° 585, Dr. fisc. 1981 n° 48, comm. 2174), et avez retenu la même qualification de cession à titre onéreux des titres des sociétés fusionnées s'agissant, en cas de fusion entre deux sociétés donnant naissance à une société nouvelle, de l'échange entre les actions de ces deux sociétés et les actions de la société nouvelle (CE, 27 juin 1979, n° 7286, RJF 9/79 n° 510).

S'agissant des plus-values professionnelles, vous avez jugé, par une décision moins ancienne du 16 mai 2007, *Epstein* (n° 287599, T. p. 815, RJF 8-9/07 n° 892), qu'en cas de fusion de deux sociétés civiles professionnelles, l'échange des parts de la SCP absorbée contre des parts nouvellement émises par la société absorbante présente, au sens du I de l'article 151 octies du CGI, le caractère d'une cession à titre onéreux des parts de la société absorbée. De manière plus générale, pour les personnes physiques, il résulte de la combinaison des articles 150-0 A et 150-0 B du CGI que les échanges de titres dans le cadre d'opérations de fusions répondent à la définition de cessions à titre onéreux de droits sociaux.

Ainsi, pour l'application de dispositions fiscales relatives à l'imposition des gains nets retirés par un associé de la cession à titre onéreux d'actions ou parts qu'il détient au capital d'une société, vous jugez que constitue une telle cession le remplacement des titres de l'absorbée par des titres de l'absorbante auquel il est procédé en cas de fusion.

Si elle est publiée au Recueil, la décision *Société Sofinad* du 8 juin 2005 citée par le pourvoi, relative à un arrêté d'homologation d'un règlement du comité de la réglementation comptable relatif au traitement comptable des fusions et opérations assimilées rémunérées par des titres et retracées dans un traité d'apport, ne nous paraît pas conduire à vous écarter de cette ligne jurisprudentielle bien tracée. En effet, cette décision porte sur la notion d'acquisition au sens de l'article L. 123-18 du code de commerce prescrivant l'inscription au bilan des biens acquis à titre onéreux pour leur coût d'acquisition et des biens acquis à titre gratuit pour leur valeur vénale. Elle se place du point de vue de l'absorbante. Or la circonstance que les fusions constituent en droit commercial une modalité de transmission du patrimoine par l'absorbée à l'absorbante, lesquelles n'entretiennent pas des relations de vendeur à acheteur, et que ces opérations ne présentent par suite pas, pour l'absorbante, le caractère d'une acquisition au sens de l'article L. 123-18 du code de commerce mais d'un « mariage » (L. Vallée dans ses conclusions), n'exclut pas que, pour l'imposition du gain net résultant pour l'actionnaire de l'absorbée de l'échange des titres de cette société contre des titres de l'absorbante, cette opération soit regardée comme une cession à titre onéreux. Votre décision *Epstein* est d'ailleurs postérieure à la jurisprudence *Société Sofinad*.

Enfin, l'objet du a septies du I de l'article 219 du code – dont les travaux préparatoires n'apportent pas d'éclairage utile sur la question particulière des fusions - ne nous paraît pas dicter une solution contraire à la ligne jurisprudentielle ancienne et bien établie en matière d'imposition des plus- ou moins-values d'échange réalisés par les associés lors d'opérations de fusions.

Statuant sur la QPC, vous aviez relevé que ces dispositions ont pour objet de faire obstacle à une pratique d'optimisation fiscale consistant à céder à une filiale ou à une société sœur, dans les deux années de leur acquisition, des titres de participation ayant normalement vocation à être détenus sur le long terme, afin de constater des moins-values à court terme déductibles des résultats imposables à l'IS. Puis vous avez jugé que ces dispositions n'instituent pas de présomption de fraude ou d'évasion fiscale, mais se bornent à poser une règle d'assiette et à retenir des critères objectifs et rationnels en fonction du but poursuivi dès lors que la cession, dans les deux ans de leur acquisition, de titres de participation ayant subi une dépréciation est effectivement susceptible de caractériser une pratique d'optimisation fiscale au sein des groupes de sociétés.

Les fusions intragroupe constituent des opérations de restructurations lourdes qui n'ont en principe pas pour objet premier, pour les sociétés associées de l'absorbée, la réalisation de moins-values sur les titres de celle-ci. Mais elles peuvent à tout le moins avoir cet effet d'aubaine et permettre, en cas de fusion intragroupe intervenant moins de deux ans après l'acquisition de titres qui se sont dépréciés dans les comptes de l'associé, de bénéficier de la pratique d'optimisation à laquelle le législateur a entendu mettre un terme. A cet égard, le b du a septies (relatif à certains événements postérieurs à la cession proprement dite et, par suite, distincts de la fusion générant la plus-value initiale), qui dispose que l'absorption de la société cédée par une autre société liée ne met pas fin au report d'imposition, révèle la volonté du législateur de regarder les fusions-absorptions intragroupe intervenant dans le délai de deux ans comme des opérations pour lesquelles le régime de court terme ne doit pas s'appliquer.

Par suite, en jugeant que les moins-values constatées par la requérante à la suite de l'échange des titres de participation qu'elle détenait depuis moins de deux ans dans les sociétés absorbées entraînent dans le champ d'application du a septies du I de l'article 219 du CGI, la cour n'a pas commis d'erreur de droit.

Par ces motifs, nous concluons au rejet du pourvoi.