

N° 426473  
Ministre de l'action et des comptes publics  
c/ Société Orange

3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> chambres réunies  
Séance du 2 mars 2020  
Lecture du 18 mars 2020

## CONCLUSIONS

### M. Laurent Cytermann, Rapporteur public

Y a-t-il lieu, pour déterminer le résultat imposable de la société absorbante, de tenir compte d'une augmentation de capital de la société absorbée souscrite par la société absorbante au cours de la période dite intercalaire, qui sépare la date d'effet de la fusion de la date à laquelle elle est définitivement conclue ? Voici la question posée par la présente affaire.

La société CGBC, créée en 2006, était un opérateur virtuel de télécommunications mobiles<sup>1</sup>. La société Orange France en a pris progressivement le contrôle et détenait 75,5 % de son capital en avril 2009, date à laquelle CGBC a cessé toute activité opérationnelle. Orange France a racheté les autres parts jusqu'à en détenir la totalité le 19 janvier 2010. Le 5 février 2010, elle a procédé à une augmentation de capital de 6 millions d'euros afin de combler la situation nette négative de sa filiale, qui s'élevait à 5 742 102 euros à la clôture de l'exercice 2009. Le 11 février 2010, Orange France a décidé la dissolution sans liquidation de la société CGBC par confusion de patrimoine conformément à l'article 1844-5 du code civil, avec effet fiscal rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 2010. La fusion a été placée sous le régime de faveur prévu par l'article 210 A du code général des impôts (CGI). Au titre de l'exercice 2010, Orange France a déclaré une moins-value de 18 592 484 euros, correspondant à la différence entre la valeur comptable des titres annulés, soit 19 177 484 euros, montant qui tenait compte de l'augmentation de capital de 6 millions, et l'actif net comptable positif transmis par la filiale dans le cadre de la transmission universelle de patrimoine (TUP), soit 585 000 euros.

Orange France a fait l'objet d'une vérification de comptabilité et l'administration fiscale a remis en cause la prise en compte de l'augmentation de capital dans le calcul de la moins-value, ramenant celle-ci à 13 177 484 euros. Ceci correspond très exactement à la valeur comptable des titres annulés sans l'augmentation de capital, l'administration retenant par

---

<sup>1</sup> C'est-à-dire un opérateur ne possédant pas d'infrastructures de communications et fournissant son service en recourant aux infrastructures d'un autre opérateur.

ailleurs une valeur d'actif net apporté égale à zéro. Il en est résulté un rehaussement en base de 5 512 257 euros, qui n'a cependant pas donné lieu à un supplément d'imposition car le résultat restait déficitaire. La SA Orange, venant aux droits de la société Orange France, a contesté ce rehaussement. Alors que le tribunal administratif de Montreuil avait rejeté sa requête, la cour administrative d'appel de Versailles, par un arrêt du 6 novembre 2018, a annulé ce jugement et rétabli la moins-value d'annulation des titres de CGBC à la hauteur initialement déclarée par la société. Le ministre se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

1. Il soutient d'abord que l'arrêt est entaché de contradiction de motifs et d'insuffisance de motivation. La cour a en effet d'abord affirmé, de manière générale, que les variations de capital effectuées au cours de l'exercice durant lequel la fusion est devenue définitive sont réputées ne jamais avoir eu lieu, avant de tenir compte en l'espèce de l'augmentation de capital. Si l'on peut en effet s'interroger sur la cohérence entre ces deux parties de l'arrêt, nous croyons que si vous étiez d'accord avec la solution retenue par la cour, vous pourriez aisément neutraliser le premier temps de son raisonnement. L'essentiel est de savoir si la cour a bien jugé en tenant compte de l'augmentation de capital pour le calcul de la moins-value.

2. Et telle est la question soulevée par le moyen d'erreur de droit. Il faut ici présenter votre jurisprudence sur la prise en compte des opérations intervenues au cours de la période intercalaire.

Lors d'une fusion ou d'une scission, les sociétés peuvent conventionnellement décider de lui donner effet à une date antérieure à celle de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération ; cette faculté de donner un effet rétroactif à la fusion est aujourd'hui expressément reconnue par l'article L. 236-4 du code de commerce. La pratique est habituelle en raison du délai nécessaire à la finalisation de l'opération, notamment pour l'évaluation des apports et la réunion des organes délibérants des deux sociétés. Dans le cas prévu par l'article 1844-5 du code civil, où la société absorbante est l'unique associée de la société absorbée, la rétroactivité n'est pas possible sur le plan comptable<sup>2</sup> mais elle est admise sur le plan fiscal (cf. pour une illustration récente CE, Plen., 24 avril 2019, *Société Fra SCI*, n° 412503 : RJF 7/19, n° 681).

Alors que selon la jurisprudence antérieure, la société absorbée devait être imposée d'après les bénéfices réalisés par elle jusqu'à la date où elle avait effectivement cessé d'assurer l'exploitation, vous avez accepté par votre décision *SA X* (CE, Sect., 12 juillet 1974, n° 81753, Rec.) de tirer les conséquences fiscales de cette rétroactivité, dans la limite du « butoir » constitué par le bilan de clôture de l'exercice précédant la fusion. Vous avez jugé que les conséquences des contrats conclus avec des tiers dans le cadre d'une gestion commerciale normale devaient être reprises dans le bilan de clôture de la période au cours de laquelle ces contrats avaient été conclus, mais ne pouvaient l'être dans le bilan précédent, celui-ci exprimant la situation de l'entreprise à une date à laquelle ces contrats n'avaient pas encore été conclus. De ce principe général, vous avez déduit que lorsque deux sociétés donnent un effet rétroactif à leur fusion, « rien ne s'oppose à ce que soient prises en compte toutes les conséquences de la date ainsi stipulée à laquelle les effets de la fusion remontent, à

<sup>2</sup> En l'espèce, l'effet comptable de la fusion a été fixé au 1<sup>er</sup> avril 2010.

*la condition que ces conséquences restent sans influence sur le bilan de clôture du ou des exercices précédents* ». En l'espèce, vous avez admis que la société requérante déduise de son résultat imposable les déficits issus de la reprise des opérations de la société absorbée à compter de la date d'effet conventionnellement et rétroactivement définie, dès lors que celle-ci était postérieure à la clôture de l'exercice précédent.

Vous avez ensuite constamment réaffirmé cette jurisprudence en lui donnant toute sa portée et en l'appliquant à diverses hypothèses. Les sociétés sont tenues de prendre en compte toutes les conséquences de la date d'effet qu'elles ont donné à leur opération et elles n'ont pas la faculté d'y renoncer (CE, 18 mars 1992, *SA Leybold-Heraeus-Sogev*, n° 62402, Rec. : RJF 5/92, n° 634). Parmi les pertes qui peuvent et doivent être ainsi rattachées au résultat de la société absorbante, figurent notamment les pertes associées à la liquidation d'une société détenue par la société absorbée (CE, 16 juin 1993, *SA Laboratoires Wellcome*, n° 70446, Rec. : RJF 7/93, n° 983). Par ailleurs, vous faites jouer la théorie dite du « prix d'acquisition » et refusez à une société absorbante le droit de déduire les charges nées chez la société absorbée antérieurement à la fusion, puisqu'elles sont réputées avoir minoré le prix d'acquisition des actifs (cf. notamment CE, 25 septembre 2013, *Société Oddo et Cie*, n° 356382, Tab. : RJF 12/13, n° 1122 et CE, 20 juin 2016, *SA Gecina*, n° 361832, Tab. : RJF 10/16, n° 812).

Comme le résumait le président Guillaume Goulard dans un commentaire : « *l'ensemble du raisonnement est fondé sur la prise en compte pleine et entière de la rétroactivité (...). A la date de rétroactivité, l'activité de la société absorbée est censée avoir pris fin et la société absorbante est réputée s'être substituée à elle* » (« Rétroactivité fiscale des fusions », RJF 7/93).

Pour revenir à notre affaire, la cour a repris le considérant de principe de votre jurisprudence mais a ensuite affirmé que « *l'application de ces principes (...) ne saurait, toutefois, faire obstacle (...) à la prise en compte, pour déterminer le montant de la plus ou moins-value de cession des titres annulés, de l'ensemble des éléments constituant le prix d'acquisition des titres annulés* ». Le ministre soutient que cette augmentation de capital intervenue durant la période intercalaire ne pouvait être prise en compte et vous ferez droit à son moyen.

Si l'on se réfère aux conclusions de son rapporteur public (RJF 2/19, C137), la cour semble avoir considéré que votre jurisprudence ne traite que de la question du rattachement des produits et charges provenant de l'exploitation des activités apportées durant la période intercalaire et ne concernerait donc pas la détermination de la moins-value d'annulation des titres, une telle opération n'ayant « pas d'incidence sur les résultats de la période intercalaire de l'absorbante et de l'absorbée ». La société Orange reprend devant vous cette thèse.

Or, cette conception restrictive de votre jurisprudence comme se limitant aux résultats issus de l'exploitation de la société absorbée durant la période intercalaire, à l'exclusion des opérations en capital, est d'ores et déjà invalidée par la décision *SA Laboratoires Wellcome*. Vous y avez affirmé la nécessité de prendre en compte dans les résultats de la société absorbante la moins-value résultant de la confusion de patrimoine opérée durant la période

intercalaire par la société absorbée avec une troisième société, pour la part correspondant aux pertes qui n'avaient pas déjà été prises en compte lors de la fixation du prix d'acquisition.

Il est vrai en revanche que la question soulevée ne correspond pas à l'une des hypothèses déjà traitées par votre jurisprudence. Il ne s'agit pas ici de rattacher au résultat de la société absorbante les conséquences d'opérations réalisées par la société confondue, mais de déterminer les implications d'une opération réalisée par la société confondante. Cependant, dès lors que cette opération a été réalisée avec la société confondue, il s'agit d'une opération réciproque et elle devait être neutralisée.

Selon l'article 752-1 du Recueil des normes comptables établi par l'Autorité des normes comptables (ANC), « *les opérations réciproques réalisées entre l'entité absorbée et l'entité absorbante (...) durant la période intercalaire, sont éliminées comptablement* ». Comme la société Orange l'indique elle-même, doivent ainsi être neutralisées la cession d'une immobilisation de la société absorbée à la société absorbante et les distributions de dividendes de l'une à l'autre. Il n'en va pas différemment d'une augmentation de capital. En l'espèce, l'augmentation de capital a certes accru de 6 millions d'euros la valeur comptable des titres de CGBC détenus par Orange France, ultérieurement annulés, mais elle a dans le même temps accru à due concurrence la valeur de l'actif net apporté à Orange France et réputé lui être déjà incorporé de par la rétroactivité de l'opération. Pour le dire autrement, Orange France et CGBC étant réputés ne former qu'une seule entité dès le 1<sup>er</sup> janvier 2010, l'augmentation de capital est une opération purement interne à cette entité et n'a donc aucune incidence sur son résultat. Il y a « unicité de sujet d'impôt » pour reprendre la formule employée par le ministre.

La doctrine invoquée par Orange ne vous convaincra pas de confirmer l'arrêt de la cour. Orange soutient que la position de l'administration revient à traiter différemment l'acquisition de titres de CGBC intervenue le 19 janvier 2010, qui serait prise en compte, de celle opérée le 11 février 2010 à travers l'augmentation de capital, qui serait exclue, alors que ces deux dates s'inscrivent dans la période intercalaire. Elle y voit une méconnaissance de la doctrine, qui prévoit que l'annulation de la participation dans la société absorbée est réputée intervenir à la date d'acquisition des titres si celle-ci est postérieure à la date d'effet de la fusion. Ce débat est largement inopérant pour le litige de cassation puisque la cour ne s'est pas placée sur le terrain de la doctrine mais sur celui de la loi. En tout état de cause, comme l'expose l'administration dans son mémoire en réplique, les deux opérations ne sont pas assimilables, ce qui justifie la différence de traitement fiscal : l'acquisition de titres du 19 janvier 2010 a été effectuée auprès de tiers, qui sont les associés fondateurs de CGBC, alors que l'augmentation de capital du 11 février constituait une opération réciproque entre la société confondante et la société confondue.

Enfin, la société Orange relève à juste titre que les extraits du Mémento comptable Francis Lefèbre sur les fusions et acquisitions invoqués par l'administration, selon lesquels « *la part de l'augmentation de capital souscrite par la société absorbante constitue une opération réciproque à éliminer en application du PCG, en contrepartie des titres reçus par la société absorbante* », ne concernent pas les confusions de patrimoine réalisées sur le fondement de l'article 1844-5 du code civil, puisque la rétroactivité n'est pas admise sur le plan comptable pour ces opérations. Toutefois, dès lors que la rétroactivité fiscale est admise, il nous paraît

logique de la mettre en œuvre de manière cohérente avec les principes comptables relatifs à la période intercalaire définis pour les autres fusions de sociétés.

**PCMNC :**

- à l'annulation de l'arrêt attaqué ;**
- au renvoi de l'affaire devant la cour administrative d'appel de Versailles.**