

N° 424455
Société Orange

3^e et 8^e chambres réunies
Séance du 19 octobre 2020
Lecture du 13 novembre 2020

CONCLUSIONS

M. Laurent Cytermann, Rapporteur public

L'affaire Orange est singulière par les montants en jeu, de l'ordre de 1,9 milliards d'euros en droits et intérêts de retard. Mais son principal intérêt jurisprudentiel tient à ce qu'elle se situe au croisement de deux grandes problématiques de la fiscalité des sociétés : la déduction des provisions et le traitement des fusions. Votre première décision sur cette affaire (CE, Plen., 5 décembre 2016, *Société Orange*, n° 398859, Rec.) avait surtout porté sur le premier volet, c'est-à-dire sur les conséquences à tirer de l'absence de déduction par France Telecom SA, devenue la société Orange, de provisions pour dépréciations des titres de sa holding, compte tenu de la règle d'intangibilité du bilan d'ouverture du premier exercice non prescrit. Comme il arrive souvent lors d'un second examen après cassation, le débat contentieux s'est quelque peu déplacé et vous constaterez que les questions les plus difficiles relèvent aujourd'hui du second volet, plus particulièrement du traitement fiscal à appliquer à ce qu'il est convenu d'appeler le « mali de fusion ».

Nous rappellerons d'abord les faits et les principales étapes de la procédure. La société France Telecom SA était la société mère d'un groupe fiscalement intégré (GFI). Elle détenait à 100 % une société holding, la Compagnie générale des communications (Cogecom), qui avait pour objet de détenir et de gérer les principales participations du groupe. Dans le contexte de l'éclatement de la « bulle internet » au début des années 2000, des filiales du groupe ont rencontré des difficultés qui ont conduit Cogecom à passer des provisions pour dépréciations. Ces provisions ont été déduites fiscalement par Cogecom, celle-ci enregistrant des pertes cumulées en 2000-2004 de 12,7 milliards d'euros pour le résultat imposable au taux normal et de 10,3 milliards pour celui imposable au régime du long terme¹. La société mère France Telecom SA a elle-même inscrit en comptabilité des provisions pour dépréciation des titres de Cogecom, pour des montants de 9,069 milliards en 2002 et 3,446 milliards en 2003, mais elle ne les a pas déduites de son résultat imposable. Le 5 décembre 2005, Cogecom a fait l'objet d'une transmission universelle de patrimoine (TUP) au profit de FTSA avec effet rétroactif

¹ Les plus-values à long terme sont celles qui portent sur des titres de participation détenus depuis au moins deux ans (article 39 *duodecies* du CGI). Dans le cadre de l'impôt sur les sociétés, elles sont soumises à un taux plus faible : pour les années en litige, le taux normal était de 33,1/3 % et le taux réduit de 15 % (article 209).

sur le plan fiscal au 1^{er} janvier 2005, placée sous le régime de faveur prévu par l'article 210 A du code général des impôts (CGI). FTSA a déterminé le mali de confusion en soustrayant à l'actif net comptable de Cogecom qui lui était transmis, évalué à 16,945 milliards, la valeur comptable des titres de Cogecom détenus par elle et qui étaient annulés, soit 18,433 milliards. Il s'agissait de la valeur comptable nette de ces titres, c'est-à-dire après application des dépréciations mentionnées ci-dessus, pour un montant de 11,519 milliards². La société a considéré que la différence, soit 1,488 milliards, devait être regardée intégralement comme un mali technique, donc non déductible. La provision de 11,519 milliards a été annulée en comptabilité, puisque les titres avaient disparu, mais sans qu'une reprise de provision correspondante soit ajoutée au résultat imposable. En outre, la société France Telecom a déduit de son résultat pour 2005, par une opération extracomptable, un montant équivalent à cette provision correspondant à sa moins-value sur les titres de Cogecom, qu'elle a réparti entre 2,940 milliards comme moins-value de long terme, déductible des plus-values de long terme, et 8,578 milliards comme moins-value de court terme, déductible du résultat imposable au taux normal.

A l'issue d'une vérification de comptabilité portant sur l'exercice 2005, l'administration fiscale a considéré, dans le cadre d'une proposition de rectification du 23 décembre 2008, que France Telecom aurait dû déduire de son résultat imposable les provisions inscrites en 2002 et 2003 et, en conséquence, ajouter à son résultat de 2005 la reprise de provision correspondante. Il en est résulté un rehaussement du résultat imposable 2005 sous le régime du long terme d'un montant net de 11,320 milliards³. En revanche, l'administration n'a alors pas remis en cause la déduction extra-comptable opérée par FTSA à hauteur de 2,940 milliards à long terme et 8,578 milliards à court terme. Par ailleurs, l'administration a tiré les conséquences de ce rehaussement sur l'exercice 2006, par le jeu de la réduction des moins-values de long terme imputables sur cet exercice. L'avis de mise en recouvrement, portant sur les suppléments d'impôt sur les sociétés et de contributions additionnelles à cet impôt⁴ dus au titre des exercices 2005 et 2006, a été émis le 9 mars 2011. France Telecom, devenue en cours de procédure la société Orange, a contesté vainement ces impositions jusqu'à votre décision du 5 décembre 2016.

Vous inscrivant dans le sillage de votre décision *SAS Foncière du Rond-Point* (CE, Plen., 23 décembre 2013, n° 346018, Rec.), vous avez confirmé que la déduction des provisions inscrites en comptabilité du résultat imposable, et par voie de conséquence le rapport de leur reprise à ce même résultat, n'était pas une faculté mais une obligation. Vous avez pour la première fois combiné cette jurisprudence avec la règle d'intangibilité du bilan d'ouverture du premier exercice non prescrit rétablie par la loi de finances rectificative pour 2004⁵. Vous

² Il s'agit du montant cumulé des provisions inscrites en 2002 et 2003, moins une reprise intervenue en 2004 à hauteur de 996 millions d'euros, que France Telecom SA n'avait pas non plus rapportée à son résultat imposable.

³ La différence entre les 11,519 milliards comptabilisés en provision par FTSA et les 11,320 milliards rajoutés au résultat imposable par l'administration s'explique par une correction de 199 milliards opérée par cette dernière sur les dépréciations.

⁴ Contribution de 1,5 % sur l'impôt sur les sociétés et contribution sociale sur cet impôt de 3,3 %.

⁵ Quelques mois après le revirement de jurisprudence opéré par la décision *Min. c/ Société Ghesquière*

avez censuré l'arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles, qui avait jugé que cette règle d'intangibilité n'était pas applicable lorsque l'omission de déduction fiscale des provisions présentait un caractère délibéré, affirmant ainsi le caractère entièrement objectif de la règle d'intangibilité.

Vous êtes saisis aujourd'hui du second arrêt de la cour de Versailles, rendu le 24 juillet 2018, qui a à nouveau rejeté la requête de la société Orange. Comme l'avait pressenti votre rapporteur public Vincent Daumas, la cour a été conduite, dans l'identification du premier exercice non prescrit, à opérer ce qu'on pourrait qualifier de dissociation de la provision. En effet, à l'issue d'une autre vérification de comptabilité, l'administration fiscale avait adressé le 4 juillet 2007 à France Telecom une proposition de rectification portant sur l'exercice 2004, et la cour a considéré que cette notification avait eu pour effet d'interrompre la prescription de cet exercice, mais seulement à hauteur du supplément notifié de résultat imposable, soit 2,343 milliards d'euros. La cour a ensuite tiré les conséquences de cette dissociation :

- S'agissant du surplus de provision en litige, soit 8,977 milliards, la cour a considéré que le premier exercice non prescrit était 2005. Le bilan d'ouverture de cet exercice étant intangible, l'administration ne pouvait le rectifier en y inscrivant la provision, ce qui faisait par suite obstacle à l'inscription de sa reprise au bilan de clôture.

- A hauteur des 2,343 milliards d'euros, le premier exercice non prescrit était 2004 et l'administration avait donc pu légalement rectifier le résultat imposable de 2005. La cour a procédé aux corrections symétriques auxquelles était tenue l'administration (cf. sur ce point également vos décisions *SAS Foncière du Rond-Point* et *Orange*) mais n'en a tiré aucune conséquence : d'une part, les exercices 2002 et 2003 étaient prescrits ; d'autre part, s'agissant de l'exercice 2004, la provision devait bien être inscrite en déduction du résultat imposable de France Télécom, mais elle devait ensuite être neutralisée par application des règles propres aux groupe fiscalement intégrés, qui prévoient la neutralisation des provisions pour dépréciation des participations intra-groupe (cf. les articles 223 B et 223 D du code général des impôts (CGI)).

Si la cour s'était arrêtée là, la société Orange aurait eu gain de cause pour la plus grande part. Mais la cour a fait droit à ce qu'elle a regardé comme une demande de substitution de motifs de l'administration, tendant à l'imposition des 8,977 milliards non plus dans le cadre de la reprise de provision mais de la remise en cause de la moins-value de confusion avec Cogecom déclarée par France Télécom. La cour a considéré que la société n'avait pas justifié du calcul de son mali déductible au regard des règles comptables.

Nous en venons au pourvoi de la société Orange qui, après deux premiers moyens portant sur des questions de régularité externe, conteste presque chacune des étapes du raisonnement de la cour.

1. La société soutient en premier lieu que la cour a commis une erreur de droit en considérant que le tribunal administratif de Montreuil n'avait pas entaché son jugement d'irrégularité en

Equipement (CE, Ass., 7 juillet 2004, n° 230169, Rec.).

ne rouvrant pas l'instruction à la suite d'une note en délibéré et en ne répondant pas au moyen soulevé par cette note. Dans le cadre d'une autre procédure, la société Orange avait contesté les décisions de l'administration ayant minoré ses résultats déficitaires et ses moins-values de long terme au titre des exercices 2000 à 2004. Le jugement rendu sur cette demande y a partiellement fait droit ; lu le 20 juin 2013, il est intervenu entre la clôture de l'instruction de la procédure portant sur les exercices 2005 et 2006, le 21 mai 2013, et la lecture du jugement rendu sur cette dernière procédure le 4 juillet 2013. Dans sa note en délibéré du 28 juin 2013, la société se prévalait du rétablissement partiel de ses moins-values de long terme pour que les conséquences en soient tirées sur le résultat de l'exercice 2005.

La cour a fait application de votre jurisprudence *Leniau* (CE, Sect., 12 juillet 2002, n° 236125, Rec.) en considérant que le jugement du 20 juin 2013 ne traduisait ni une circonstance de fait dont la société n'aurait pu faire état avant la clôture de l'instruction ni une circonstance de droit nouvelle. Nous partageons son analyse car indépendamment de la procédure parallèlement engagée par la société pour le rétablissement de ses déficits au titre de 2000-2004, rien ne lui interdisait de se prévaloir de ces derniers dans le cadre de la contestation des suppléments d'imposition de 2005, ce qui était d'ailleurs l'unique voie ouverte (CE, 6 juillet 1990, *SARL Jam Taxis*, n° 66632, Tab. : RJF 10/90 n° 1271 ; CE, 10 avril 2002, *Larmeroux*, n° 203312, Tab. : RJF 7/02 n° 796) avant que la loi de finances pour 2003 ne permette la contestation directe des déficits⁶. Le fait que la cour se soit fondée sur les critères énoncés, quant à la décision de rouvrir l'instruction, par la décision *Leniau*, plutôt que sur ceux affirmés par votre jurisprudence plus récente (CE, Sect., 5 décembre 2014, *M. Lassus*, n° 340943, Rec.)⁷, n'a aucune incidence en l'espèce.

2. Vous accueillerez en revanche le deuxième moyen, qui se rapporte également au rétablissement des déficits 2000-2004 et critique cette fois-ci la régularité de l'arrêt lui-même. La société avait demandé dans son premier mémoire produit après cassation que dans l'hypothèse où la cour maintiendrait les rehaussements prononcés sur 2005 en tout ou partie, il soit imputé sur ces derniers une somme de 239 708 891 euros correspondant aux moins-values de long terme dont la société contestait parallèlement la minoration. La cour n'a pas répondu à ce moyen qui était opérant. Elle avait pourtant dans un arrêt du même jour donné gain de cause à la société pour environ 43 millions sur le long terme. Les circonstances invoquées en défense par le ministre, tenant au caractère alors non définitif de l'arrêt ayant donné gain de cause à la société et à l'absence de jonction des deux requêtes, sont sans incidence sur l'obligation de la cour de répondre à ce moyen.

3. Il est ensuite soutenu que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que les corrections symétriques restaient sans incidence sur le rehaussement des bases d'imposition de l'exercice 2005 à hauteur de 2,343 milliards.

⁶ Cf., prévoyant cette voie de réclamation, le deuxième alinéa de l'article L. 190 du LPF.

⁷ Qui unifie les critères employés pour les circonstances de fait et les circonstances de droit, le juge n'étant tenu de rouvrir l'instruction dans les deux cas que si la partie qui les invoque n'était pas en mesure de le faire avant la clôture de l'instruction et si elles sont susceptibles d'exercer une influence sur le jugement de l'affaire.

La société ne conteste pas le raisonnement de la cour sur la dissociation de la provision selon la date du premier exercice non prescrit mais nous souhaiterions y revenir quelques instants. La cour a fait application de la jurisprudence *Sicof* (CE, Plen., 14 juin 1989, *Société industrielle et commerciale de l'Ouest de la France*, n° 54770, Tab.), selon laquelle, lorsqu'un acte tel qu'une proposition de rectification a interrompu la prescription et que le nouveau délai qui en découle n'est pas expiré, l'exercice concerné doit être regardé comme non prescrit pour l'application du principe d'intangibilité du bilan d'ouverture mais uniquement à hauteur des redressements notifiés. La décision *Sicof* a été rendue alors que le principe d'intangibilité ne résultait que de la jurisprudence du Conseil d'Etat, avant son abandon par la décision *Min. c/ Société Ghesquière Equipement* (CE, Ass., 7 juillet 2004, n° 230169, Rec.), et c'est à notre connaissance la première fois qu'il en est fait application dans le cadre issu de la LFR 2004. Le 4 bis de l'article 38 du CGI dispose que « *l'actif net d'ouverture du premier exercice non prescrit déterminé, sauf dispositions particulières, conformément aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 169 du livre des procédures fiscales ne peut être corrigé des omissions ou erreurs entraînant une sous-estimation ou surestimation de celui-ci* ». Nous nous sommes demandés si en renvoyant aux deux premiers alinéas de l'article L. 169, qui fixent le délai de prescription de droit commun de trois ans et le délai spécial de dix ans en cas d'activité occulte, le législateur avait bien entendu appliquer l'ensemble du régime de la prescription, y compris les causes d'interruption qui figurent à l'article L. 189, ou seulement une forme de régime simplifié. Cette interrogation peut être nourrie par le fait que dans ses conclusions sur la décision *Ghesquière*, le président Collin mentionnait la complexité induite par la jurisprudence *Sicof* parmi les arguments plaidant en faveur de l'abandon du principe d'intangibilité ; or l'on sait que le législateur a entendu remédier à certaines des critiques formulées contre l'ancien régime jurisprudentiel. Toutefois, nous n'avons trouvé dans les travaux préparatoires à la LFR 2004 aucun point d'appui à cette idée de régime simplifié, le rapport de la commission des finances au Sénat indiquant même que « *le bilan d'ouverture du premier exercice non prescrit serait défini en fonction du droit général de reprise de l'administration* ». Vous confirmerez donc le maintien de la jurisprudence *Sicof*, dont vous serait au demeurant délicat de remettre en cause l'application en l'espèce car il ne s'agit pas d'une question de champ d'application de la loi.

La critique de la société se situe en aval : elle estime que la cour aurait dû annuler le rehaussement en raison de l'inscription de la provision, par voie de correction symétrique, dans le bilan de clôture de l'exercice 2004, tandis que le bilan d'ouverture de cet exercice, le premier non prescrit, serait resté intangible. Il en serait donc résulté une diminution du résultat 2004 équivalente à l'augmentation du résultat 2005 résultant de la reprise de la provision. Ceci est exact mais la cour n'a rien dit de contraire : tout en relevant la nécessité de cette correction symétrique, elle a ensuite fait application des règles de neutralisation propres aux GFI. Le quatrième alinéa de l'article 223 B dispose que le résultat d'ensemble du groupe est « *majoré du montant des dotations complémentaires aux provisions constituées par une société après son entrée dans le groupe, à raison des créances qu'elle détient sur d'autres sociétés du groupe ou des risques qu'elle encourt du fait de telles sociétés* » et le sixième alinéa de l'article 223 D prévoit une règle similaire pour les plus-values ou moins-values à

long terme d'ensemble. Vous faites application de ces règles aux provisions pour dépréciation d'actifs (CE, 27 mars 2019, *SA DPF Investissements*, n° 419613, Inédit). Selon la jurisprudence *Corbfi* (CE, 10 novembre 2010, n° 309148, Rec.), les règles de neutralisation propres aux GFI s'appliquent toujours après détermination du résultat individuel de chaque société selon les règles de droit commun ; la cour a donc eu raison d'inscrire la provision au résultat 2004 de France Telecom par application des corrections symétriques avant de la neutraliser au niveau du résultat d'ensemble du groupe. La société Orange se prévaut d'une lecture *a contrario* de la décision *Foncière du Rond-Point* pour en déduire que lorsqu'une perte est constatée au cours du premier exercice non prescrit par effet des corrections symétriques, le rehaussement est remis en cause, mais cette affaire ne portait pas sur un groupe fiscalement intégré et c'est en l'espèce le facteur déterminant.

L'effet asymétrique de ces règles de neutralisation en cas de fusion intra-groupe, qui conduisent à neutraliser la provision mais pas la reprise de provision, peut certes surprendre mais il n'existe aucun doute sur le fait que la loi conduit à cette solution. D'une part, la neutralisation des provisions intra-groupes figurait dès la création du régime d'intégration fiscale par l'article 68 de la loi de finances pour 1988 et elle vise à éviter un phénomène de double déduction, les provisions étant associées à des difficultés rencontrées par les filiales qui se traduisent déjà dans les pertes ou les moindres bénéfiques qui remontent au résultat d'ensemble. D'autre part, vous avez déjà jugé que la reprise de la provision ne devait pas être neutralisée lorsqu'à la date de la reprise, la société dépréciée était sortie du périmètre du groupe par l'effet de la fusion (cf. la décision *SA DPF Investissements* précitée et CE, 8 juillet 2015, *Min. c/ Société Peugeot*, n° 370656, Inédit). Ce troisième moyen sera donc écarté.

4. Le quatrième moyen est tiré de ce que la cour aurait commis une erreur de droit et dénaturé les pièces du dossier en jugeant que le ministre avait présenté une demande de substitution de motifs et non de compensation en sollicitant à titre subsidiaire la remise en cause de la déduction du mali.

La critique nous paraît imparable. Selon la formule déjà maintes fois citée à ce pupitre du président Arrighi de Casanova, « *à la différence de la substitution de base légale, qui confère un autre fondement juridique à la même imposition, la compensation vise à substituer un autre acte d'imposition, visant une autre matière imposable, à celui qui avait été établi* » (cf. ses conclusions sur CE, Sect., 28 juin 1991, *Min. c/ Société Blumet et Fils*, n° 63066, Rec.). De même, selon votre décision *Société GDF Suez Energie Services* (CE, 10 juillet 2017, n° 395318, Inédit), « *si la compensation permet de maintenir le montant d'une imposition à la charge du contribuable, elle entraîne une modification de la matière imposable par rapport à celle initialement retenue par l'administration dans son redressement alors que la substitution de base légale conduit au maintien de la même imposition sur un autre fondement légal* ».

Le fait qu'il y ait identité de montant entre la reprise de provision inscrite par l'administration et la moins-value déduite par la société France Telecom peut donner l'impression qu'il s'agit de la même matière imposable, mais cette impression se dissipe vite. La reprise de provision

résulte de ce qu'une provision a perdu son objet, c'est-à-dire qu'elle se rapporte à une perte anticipée et probable, tandis que la déduction de la moins-value traduit une perte constatée. La reprise de provision est un supplément de produit tandis que la moins-value est inscrite en charge. Surtout, comme le souligne la société, la fiscalité de ces deux matières imposables n'est pas la même : la reprise de provision a été placée intégralement par l'administration sous le régime du long terme tandis que la moins-value avait été répartie par la société entre le long terme et l'imposition de droit commun. Il y a bien sûr un lien entre les deux écritures que constituent la reprise de provision et la déduction de la moins-value de fusion, qui tirent les conséquences d'une même opération, à savoir la TUP, mais il n'y a pas d'identité de matière imposable. Le ministre s'en remet d'ailleurs à votre sagesse sur cette question. Vous accueillerez ce moyen, ce qui vous dispensera d'examiner les autres moyens dirigée contre la partie de l'arrêt relative à la déduction du mali.

Vous annulerez donc l'arrêt attaqué en tant qu'il ne s'est pas prononcé sur l'imputation des moins-values de long terme rétablies par l'arrêt du même jour de la cour de Versailles et en tant qu'il s'est prononcé sur la déduction du mali. Après cette seconde cassation, vous statuerez définitivement dans cette mesure sur le règlement au fond.

5. Compte tenu de cette cassation partielle, une partie des suppléments d'imposition, liés à la reprise de la provision en 2005 à hauteur de 2,343 milliards d'euros, est devenue définitive. Dès lors, vous devez examiner les conclusions subsidiaires de la société tendant à l'imputation sur le résultat de l'exercice 2005 des moins-values de long terme rétablies par l'autre arrêt de la cour de Versailles du 24 juillet 2018. Cet arrêt, devenu définitif car il n'a pas été frappé de pourvoi, a rétabli des moins-values de long terme au titre des exercices 2001 à 2003, pour un montant cumulé de 43 453 697 euros. Vous ferez donc droit à cette imputation, à laquelle le ministre n'oppose aucun argument en défense.

6. Nous arrivons au dernier quartier de l'orange, mais ce n'est pas le plus digeste... Car il faut désormais vous prononcer sur la déduction de ce mali que nous avons déjà évoqué à plusieurs reprises. Rappelons que vous vous prononcez dans le cadre de l'effet dévolutif de l'appel sur la requête de la société Orange contre le jugement du tribunal administratif de Montreuil du 4 juillet 2013. Celui-ci ayant été infirmé par la partie de l'arrêt du 24 juillet 2018 devenue définitive, annulant la reprise de la provision à hauteur de 8,977 milliards, vous êtes saisis de conclusions subsidiaires du ministre tendant au maintien du montant de l'imposition par la remise en cause à la même hauteur de la déduction du mali. Pour les motifs déjà exposés, vous analyserez ces écritures comme une demande de compensation présentée sur le fondement de l'article L. 203 du LPF.

Celui-ci dispose que *« lorsqu'un contribuable demande la décharge ou la réduction d'une imposition quelconque, l'administration peut, à tout moment de la procédure et malgré l'expiration des délais de prescription, effectuer ou demander la compensation dans la limite de l'imposition contestée, entre les dégrèvements reconnus justifiés et les insuffisances ou omissions de toute nature constatées dans l'assiette ou le calcul de l'imposition au cours de l'instruction de la demande »*. Un obstacle évident se présente devant l'admission de cette

demande de compensation, avant même l'examen du bien-fondé de l'imposition demandée, et il explique sans doute l'effort tenté par la cour pour qualifier cette demande de substitution de motifs. En effet, les insuffisances ou omissions doivent avoir été constatées au cours de l'instruction de la demande, c'est-à-dire à compter de la réclamation contentieuse, et la compensation ne peut être accordée si la non-imposition « *résulte d'une volonté délibérée de l'administration exprimée antérieurement à la réclamation* » (décision *Blumet* précitée). Vous refusez de même la compensation lorsque l'administration « *disposait de l'ensemble des éléments propres à lui permettre d'établir au titre de la période litigieuse les rappels d'imposition dus par la société, avant que celle-ci n'introduise son action contentieuse* » (CE, 18 mai 2009, *SAEM Reims Développement*, n° 307711, Inédit). En l'espèce, l'administration avait bien sûr pris connaissance de la déduction du mali dans le cadre de la vérification de comptabilité et la proposition de rectification indique : « *La société aurait donc dû, en contrepartie de la déduction d'un mali fiscal (pour 8,578 milliards à court terme et 2,941 milliards à long terme), constater un profit à long terme de 11,519 milliards correspondant à l'annulation de la provision sur titres Cogecom* ». L'administration avait donc manifesté une « *volonté délibérée* » de ne pas remettre en cause la déduction du mali opérée par la société, pour ne rectifier que l'absence de reprise de la provision.

Il nous semble cependant que vous devez tenir compte de l'imbrication entre la reprise de la provision et la déduction du mali et de ce que l'annulation partielle de la première par l'arrêt de la cour rompt l'équilibre de la proposition de rectification. Par une décision *Petit* (CE, 31 mars 2010, n° 297305, Tab. sur un autre point), vous avez jugé qu'une insuffisance de base imposable pouvait être « *révélée* » par le jugement d'un tribunal administratif ayant remis en cause le chef de redressement initialement retenu par l'administration. Dans cette affaire, l'administration avait remis en cause des crédits d'impôt attachés à des distributions de fonds communs de placement, au motif que la souscription à ces fonds était constitutive d'un abus de droit. En première instance, le tribunal a considéré que les distributions étaient régulières et a donc rétabli les crédits d'impôt, mais ceux-ci ne pouvaient être consentis sans que soient imposées les distributions auxquelles ils étaient attachés, et vous avez jugé que l'administration devait donc être admise à présenter en appel une demande de compensation. Dans l'affaire *Orange*, la reprise de provision était considérée par l'administration comme une « *contrepartie* » de la déduction du mali et nous irions même plus loin : si la provision doit être reprise, c'est parce que la perte anticipée est devenue une perte définitive du fait de l'annulation des titres de participation de Cogecom. Tant la reprise de la provision que la déduction du mali procèdent du même fait générateur, c'est-à-dire la TUP de Cogecom à France Telecom.

Vous pourrez donc considérer, nous semble-t-il, que l'insuffisance liée à la déduction du mali a été révélée par l'arrêt de la cour et que la demande de compensation, qui peut être présentée « *pendant toute la durée du contentieux devant le juge administratif statuant au fond du litige* » (CE, 18 juillet 2018, *Société BNP Paribas*, n° 404226, Tab.), n'a pas été rejetée pour ce motif. Vous n'aurez toutefois pas nécessairement à trancher ce point si vous nous suivez en jugeant que la remise en cause de la déduction n'est pas fondée, comme nous allons maintenant l'exposer.

7. Le mali de confusion est précisément défini par la réglementation comptable, qui à la date des faits était constituée par le règlement n° 2004-01 du 4 mai 2004 du Comité de la réglementation comptable (CRC) relatif au traitement comptable des fusions et opérations assimilées⁸. Comme l'indique le §4.5 de ce règlement, « *lorsque la société absorbante a acquis des titres de la société absorbée antérieurement à la date de l'opération de fusion, un boni ou mali peut apparaître lors de l'annulation de ces titres auxquels se substituent les actifs et passifs de la société absorbée* ». Selon le §4.5.2, « *le mali de fusion représente l'écart négatif entre l'actif net reçu par la société absorbante à hauteur de sa participation détenue dans la société absorbée, et la valeur comptable de cette participation* ». D'un côté, la société absorbante reçoit l'actif net de la société absorbée, c'est-à-dire l'ensemble de ses actifs et de ses passifs évalués à leur valeur comptable⁹, de l'autre elle perd les titres de participation qu'elle détenait dans l'absorbée, qui sont annulés. Ce mali total se décompose en un « mali technique » et un « vrai mali ». Le mali technique correspond à une sorte de sur-valeur de la société absorbée qui ne se reflète pas dans sa valeur comptable : il comprend les plus-values latentes sur les actifs de l'absorbée et des passifs non comptabilisés tels que des provisions pour retraites ou des impôts différés¹⁰. Le vrai mali, qui est égal à la différence entre le mali total et le mali technique, est le seul déductible fiscalement¹¹. Une autre manière de l'exprimer est qu'il correspond à la différence entre la valeur de l'absorbée corrigée des éléments non comptabilisés et la valeur comptable des titres de participation, et donc à la dépréciation réelle de ces titres.

Notons, sur le plan du vocabulaire, que certaines de vos décisions ont qualifié de mali de confusion le seul actif net de la société absorbée, dans des cas où celui-ci était négatif (CE, 27 février 2006, *Société Meubles Rapp*, n° 260047, Rec. ; 28 février 2007, *SA Piquant Burotic*, n° 274461, Tab.). Ces décisions portent toutefois sur des exercices anciens, antérieurs à la LFR 2004 (article 42) qui a introduit dans plusieurs articles du CGI¹² la notion de mali technique et au règlement du CRC du 4 mai 2004, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005. En vertu du principe de connexion fiscal-comptable énoncé par l'article 38 *quater* de l'annexe III au code général des impôts¹³, la définition comptable doit en principe être appliquée pour établir l'assiette de l'impôt.

⁸ Aujourd'hui repris dans le Plan comptable général (cf. les articles 745-1 à 745-9).

⁹ L'évaluation des apports doit être faite à la valeur comptable lorsque les deux sociétés étaient sous contrôle commun (§4.3).

¹⁰ Cf. pour un exemple de prise en compte de ces impôts différés, CE, 18 janvier 2017, *Min. c/ Société Stago International*, n° 389004, Inédit.

¹¹ Comme l'expliquait Pierre Collin dans ses conclusions sur CE, 21 mai 2012, *Cazottes*, n° 326755, Inédit, ceci est lié au fait que le mali technique correspond à l'acquisition par l'absorbante d'un élément de patrimoine, puisqu'il reflète une valeur non inscrite dans la comptabilité de l'absorbée, et ne saurait donc comptabilisé comme une charge.

¹² Articles 54 *septies* et 210 A.

¹³ « *Les entreprises doivent respecter les définitions édictées par le plan comptable général, sous réserve que celles-ci ne soient pas incompatibles avec les règles applicables pour l'assiette de l'impôt.* ».

Au regard de cette définition, la méthode suivie par France Telecom n'apparaît pas tout à fait orthodoxe, ce qui avait justifié la remise en cause de la déduction par l'arrêt de la cour du 24 juillet 2018. La société FT s'est conformée à la définition comptable en calculant son mali total par différence entre l'actif net comptable de Cogecom (16,945 milliards) et la valeur nette comptable de ses participations (18,433 milliards). Elle a considéré que l'intégralité de ce mali était un mali technique, sans justifier cette affirmation. La définition comptable impliquait donc que le vrai mali était nul. Pourtant, France Telecom a opéré un retraitement extracomptable pour déduire un montant correspondant à la provision pour dépréciation antérieurement passée, soit 11,519 milliards, qu'elle a qualifié de « mali fiscal ».

Nous croyons cependant que cette affaire met à jour une aporie entre votre jurisprudence sur la fiscalité des provisions et la doctrine comptable et que la société Orange ne pouvait procéder autrement qu'elle ne l'a fait, s'agissant de la déduction du mali, pour surmonter cette contradiction. Le §4.5.2 du règlement du CRC prévoit que le mali est calculé d'après la « valeur comptable » de la participation, sans préciser s'il s'agit de la valeur nette ou brute. Dans un avis du 4 mai 2005 (avis n° 2005-C)¹⁴, le comité d'urgence du Conseil national de la comptabilité a précisé que « *la valeur comptable à laquelle fait référence le paragraphe 4.5.2 du règlement n°2004-01 s'entend de la valeur comptable nette* », c'est-à-dire après dépréciation préalable (réponse à la question 13). Ceci implique que dans le calcul du mali de fusion, il est procédé comme si la perte correspondant à la dépréciation était déjà passée et ne pouvait donc être prise en compte comme une moins-value associée à cette fusion.

La société France Telecom s'est conformée à cette doctrine puisqu'elle a retenu un montant de 18,433 milliards pour la valeur des titres de Cogecom, qui résultait de l'application à la valeur comptable brute de 30,260 milliards des provisions pour dépréciations passées antérieurement à la date de la TUP¹⁵. Mais elle a considéré qu'elle était fondée à déduire en outre un mali fiscal correspondant à la provision non prise en compte dans le mali comptable. Elle se prévaut à cet égard de l'instruction fiscale 4 I-1-05 du 30 décembre 2005¹⁶. Celle-ci indique qu'il convient, dans le cas de l'absorption d'une société présentant un actif net positif, de « procéder à un retraitement extra-comptable ». Nous ne croyons pas que l'instruction, qui n'est pas il faut l'avouer d'une complète clarté, ait en tout état de cause la portée que la société lui prête. Ce retraitement n'est présenté que dans le cas de titres détenus depuis moins de deux ans pour tirer les conséquences de la différence de fiscalité entre la reprise de la provision, imposée sous le régime du long terme, et ce mali déduit du résultat imposé au taux normal. L'instruction n'affirme nulle part qu'il y aurait lieu de calculer un mali fiscal différent du mali comptable.

¹⁴ Dans l'organisation antérieure à la création de l'Autorité des normes comptables par l'ordonnance n° 2009-79 du 22 janvier 2009, coexistaient un Comité de la réglementation comptable, dont les règlements s'imposaient aux personnes tenues d'établir une comptabilité (article 1^{er} de la loi n° 98-261 du 6 avril 1998 portant réforme de la réglementation comptable et adaptation du régime de la publicité foncière), et un Conseil national de la comptabilité, qui avait un rôle consultatif (décret n° 96-749 du 26 août 1996).

¹⁵ Soit les 11,519 milliards déjà présentés et une provision additionnelle de 308 millions passée au cours de l'exercice 2005.

¹⁶ Dont le contenu figure toujours aujourd'hui dans l'instruction en vigueur (BOI-IS-FUS-10-50-20).

Un autre passage de l'instruction est en réalité plus important. Il y est affirmé que « *dans le cas où les titres ont fait l'objet, avant la fusion, d'une provision pour dépréciation, le vrai mali étant, sur le plan comptable, calculé à partir de la valeur nette comptable des titres, la provision pour dépréciation n'est pas reprise* ». On le comprend car l'absence de reprise de la provision pour dépréciation est une manière de compenser la non-prise en compte de cette dépréciation dans le calcul du mali comptable. Toutefois, cette manière de procéder se heurte désormais à votre jurisprudence. De manière générale, vous jugez que la reprise d'une provision entraîne une augmentation de l'actif net du bilan de clôture de l'exercice correspondant ; c'est votre jurisprudence *SAS Foncière du Rond-Point*, réaffirmée par la première décision *Orange* dans le contexte particulier d'une fusion. La voie de l'absence de reprise de la provision n'étant plus ouverte pour tirer les conséquences de sa non-prise en compte dans le mali comptable, seule reste ouverte celle d'une déduction extra-comptable.

Il nous paraît en effet exclu qu'une société ayant passé une provision pour dépréciation de titres de participation soit, au titre de l'exercice d'annulation de ces titres, à la fois imposée sur la reprise de provision et dans l'impossibilité de déduire une perte devenue définitive. Une telle situation conduirait, sinon à une double imposition, du moins à une imposition sans rapport avec la matière imposable. Un exemple très schématique permet de s'en convaincre. Une société A détient des titres de participation d'une société B d'une valeur de 1 000. Elle inscrit lors de l'année N – 1 une provision pour dépréciation de 200, qu'elle déduit de son résultat imposable. Au cours de l'année N, la société A absorbe la société B et elle reçoit un actif net de 700 en contrepartie de l'annulation de ses titres. Le mali comptable est égal à 100 (la valeur des titres annulés prise en compte étant de 100), mais la perte de valeur réelle subie par la société A est de 300. La reprise de provision de 200 étant imposée, la société A doit être admise à déduire un mali fiscal additionnel de 200 en plus du mali comptable de 100.

Nous vous invitons donc à juger que **dans le cas d'une TUP, passée sous le régime de faveur, lorsque les titres de participation ont fait l'objet, avant la confusion, d'une provision pour dépréciation, la société absorbante est fondée à déduire, en complément du vrai mali déterminé selon le plan comptable général, une moins-value représentative de la perte réelle de valeur subie du fait de l'annulation de ses titres.**

Nous ferons deux dernières remarques, l'une propre au cas d'espèce et l'autre de portée plus générale.

Dans la présente affaire, vous vous situez par hypothèse dans une situation où aucune provision n'a été inscrite et où aucune reprise de provision n'est imposée. En effet, vous vous prononcez sur la demande de compensation présentée par l'administration pour la part de provision de 8,977 milliards, pour laquelle la cour, dans une partie de son arrêt devenue définitive, a jugé impossible la reprise en raison de l'intangibilité du bilan d'ouverture de l'exercice 2005. Toutefois, nous ne croyons pas que cela modifie la démonstration. L'annulation des titres entraîne toujours une perte définitive que la définition du mali

comptable ne permet pas de prendre en compte, rendant nécessaire une déduction extra-comptable.

De manière plus générale, le ministre soutient que pour les groupes fiscalement intégrés, la dépréciation des titres traduit des pertes qui ont déjà été imputées au résultat d'ensemble et que leur prise en compte dans le mali de fusion entraînerait une double déduction. Il invoque sur ce point votre décision *Piquant Burotic*, où vous avez en effet jugé que lorsque l'actif net reçu était négatif, la charge déductible est égale aux seuls déficits de l'absorbée encore susceptibles d'être imputés sur des résultats futurs, ce qui exclut notamment ceux qui ont déjà été intégrés au résultat d'ensemble. Cette jurisprudence ne concerne toutefois que les situations où l'actif net de l'absorbée est négatif, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, et elle porte d'ailleurs sur un état du droit révolu puisque depuis la LFR 2004, le II *bis* de l'article 209 du CGI exclut toute déduction de la perte correspondant à un actif net négatif. Si l'on suivait le raisonnement du ministre, le calcul deviendrait impraticable puisque l'actif net de la société reçue est toujours la résultante des bénéfices ou des pertes qui se sont sédimentés au fil du temps et qui ont tous été imputés au résultat d'ensemble. Vous rejetterez donc la demande de compensation.

Vous accorderez par suite la décharge à la société à concurrence de la réduction en base de son résultat de long terme à hauteur de 8 976 669 762 euros et du surplus de moins-values de long terme reportables d'un montant de 43 453 697 euros. Le ministre avait présenté devant la cour une demande subsidiaire tendant à la non-prise en compte dans le calcul du mali d'une dépréciation additionnelle de 308 millions d'euros sur les titres de Cogecom passée en 2005 avant la fusion, mais France Telecom l'avait déjà exclue de son calcul.

* *
*

Après dix ans de procédure contentieuse, marquée par de multiples rebondissements liés à l'application combinée des règles d'intangibilité du bilan d'ouverture, d'intégration fiscale et de calcul du mali de fusion, l'observateur le plus tenace peut se sentir gagné par un léger tournis et se demander si tout ceci conduit à un résultat sensé. En réalité, l'issue du litige se résume assez simplement : l'administration était fondée à imposer la reprise de la provision l'année de la fusion, mais elle s'est heurtée en partie à la règle d'intangibilité du bilan d'ouverture, pour une fois favorable au contribuable ; la société Orange a déterminé valablement le mali de fusion déductible. Ainsi se soldent ces lointaines mais coûteuses éclaboussures de la bulle internet.

PCMNC :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il ne s'est pas prononcé sur l'imputation des moins-values de long terme rétablies par l'arrêt du même jour de la cour de Versailles et en tant qu'il s'est prononcé sur la déduction du mali ;
- à ce qu'il soit fait droit à la demande de décharge de la société Orange à concurrence de la réduction en base de son résultat de long terme à hauteur de 8 976 669 762 euros et

du surplus de moins-values de long terme reportables d'un montant de 43 453 697 euros ;

- à ce que le jugement du tribunal administratif de Montreuil soit réformé en ce qu'il a de contraire à la présente décision ;

- à ce qu'il soit mis à la charge de l'Etat le versement à la société Orange d'une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.