N° 451564
SAS Adis

8ème et 3ème chambres réunies

Séance du 1er septembre 2021
Lecture du 13 septembre 2021

CONCLUSIONS

M. Romain VICTOR, rapporteur public

1.- Ce recours en excès de pouvoir intéresse la fiscalité des opérations de fusion-absorption.

2.- Issu de l'article 2 de la loi du 5 janvier 1988 relative aux fusions et aux scissions de sociétés commerciales[1], l'article L. 236-4 du code de commerce dispose, à son 1°, que la fusion prend effet, en cas de création d'une ou plusieurs sociétés nouvelles, à la date d'immatriculation, au registre du commerce et des sociétés, de la nouvelle société ou de la dernière d'entre elles. Cette règle ne connaît aucun tempérament.

En revanche, le 2° du même article prévoit, dans les autres cas, donc en cas de fusion-absorption, que si la fusion prend effet, en principe, à la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération, les parties au contrat de fusion peuvent stipuler que l'opération prendra effet à une autre date.

Cette date d'effet conventionnelle peut être postérieure à la fusion, sous réserve de n'être pas postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la société absorbante. Cependant, les fusions avec effet différé demeurent rares d'autant qu'elles peuvent impliquer des ajustements en cas de modification de la valeur des sociétés participantes.

Beaucoup plus usuelles sont, en revanche, les clauses d'effet rétroactif, qui permettent aux actionnaires des sociétés participantes, dans le cadre de leurs négociations, souvent longues et complexes, de s'entendre sur la valeur respective de ces sociétés et d'arrêter une parité d'échange des droits sociaux, à partir d'une date pivot qui correspond souvent au dernier arrêté comptable, sur la base de laquelle seront établis les différents documents obligatoires (rapports des commissaires aux comptes, rapport du commissaire à la fusion, rapport des conseils d'administration) appelés à être soumis aux assemblées générales extraordinaires des sociétés absorbée et absorbante.

[1] Loi n° 88-17, ayant inséré dans la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales un article 372-2.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Là encore, une borne est fixée par le code de commerce, qui prévoit que la date d'effet ne peut pas être antérieure à la date de clôture du dernier exercice clos de la société absorbée.

La réalisation d'une fusion avec effet rétroactif fait naître une période intercalaire comprise entre la date d'effet convenue entre les parties et la date de réalisation définitive de la fusion, pendant laquelle la société absorbée poursuit son activité. Toutes les opérations réalisées par cette dernière pendant cette période sont réputées avoir été accomplies par la société absorbante, qui les reprend dans les comptes établis à la clôture de l'exercice au cours duquel la fusion a produit ses effets, sous réserve des opérations réciproques qui doivent être éliminées[2]. L'article R. 236-1 du code de commerce prévoit à cet égard qu'au nombre des indications que doit comporter le projet de fusion que les sociétés participantes sont tenues d'établir en application de l'article L. 236-6 de ce code, figurent « *les dates auxquelles ont été arrêtés les comptes des sociétés intéressées utilisés pour établir les conditions de l'opération* ».

La fixation d'une date d'effet rétroactif ne change rien au fait que la transmission universelle du patrimoine de l'absorbée au profit de l'absorbante s'opère à la date à laquelle la fusion est réalisée.

3.- Dans ses commentaires au Bofip sous la référence BOI-IS-FUS-40-10-20, relatifs à la portée de l'effet rétroactif des fusions et opérations assimilées, dont la dernière version a été publiée le 3 octobre 2018 mais qui reprennent des éléments de doctrine plus anciens et identiques, l'administration fiscale s'attache à préciser comment « *la date d'effet rétroactif est limitée dans le temps* », c'est-à-dire à déterminer la portée fiscale d'une clause d'effet rétroactif. Elle traite ainsi, dans un paragraphe 110, du cas où la date d'effet rétroactif est antérieure à la date de l'ouverture de l'exercice de la société absorbante et, dans des paragraphes 80 et 90, du cas (d'occurrence sans doute assez rare) dans lequel la société absorbée n'a clos aucun exercice au cours de l'année civile précédant la fusion.

Ce sont ces commentaires dont la société Adis a demandé l'abrogation au ministre de l'économie, des finances et de la relance, qui a rejeté sa demande par un courrier du 24 février 2021, sous le timbre de la direction de la législation fiscale. Par une requête enregistrée le 10 avril 2021, la société vous a donc saisi d'un recours tendant à l'annulation de ce refus d'abroger les paragraphes 80, 90 et 110 du BOI précité.

L'intérêt pour agir doit être admis. La SAS Adis, constituée en 2016, exploite un hypermarché Auchan situé dans la banlieue d'Ajaccio (Corse-du-Sud). Elle a pour président M. Patrick Rocca et fait partie du groupe familial qui porte son nom et dont est membre la société civile Rocca. Au cours de l'année 2018, décision a été prise de fusionner les deux entreprises, par absorption de Rocca par Adis, peu de temps après que l'absorbée ait cédé à une filiale d'EDF[3] un terrain à Ajaccio, en vue de l'implantation d'une centrale électrique.

[2] Article 752-1 et suivants du PCG.
[3] La SAS EDF Production électrique insulaire (EDF-PEI).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

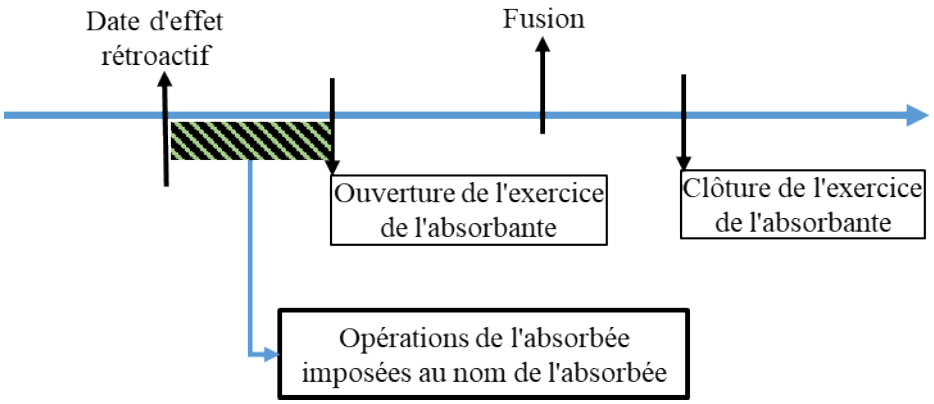
Le traité de fusion, stipulant une prise d'effet rétroactive au 1er janvier 2018, a été rédigé en avril de cette même année, soumis à une assemblée générale extraordinaire des actionnaires d'Adis en mai, le commissaire aux apports ayant déposé son rapport au mois de juin. En raison, selon la requête, d'un « *doute (...) sur la suffisance des actes accomplis pour l'achèvement de l'opération de fusion et son opposabilité aux tiers, la société Rocca, absorbée, a décidé de reporter la date de clôture de l'exercice au-delà du 31 décembre 2018* » et n'a procédé aux formalités de publicité qu'en juillet et septembre 2019, par le dépôt du traité de fusion au greffe du tribunal de commerce et la publication d'une annonce au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (Bodacc), une nouvelle assemblée générale extraordinaire ayant été tenue en octobre 2019.

La société civile Rocca étant soumise sur option à l'impôt sur les sociétés, l'opération a été placée sous le régime spécial des fusions de l'article 210 A du CGI.

Un différend est né, paraît-il, du refus de l'administration de faire produire des effets à la fusion au titre de l'année 2018. Celle-ci aurait en effet refusé toute rétroactivité fiscale à une date antérieure au 1er janvier 2019.

La requête, introduite dans les deux mois du refus d'abroger et dirigée contre un acte susceptible de faire l'objet d'un recours, ne se heurte pour le reste à aucune cause d'irrecevabilité.

4.- Il faut commencer par examiner la critique dirigée contre le paragraphe 110 des commentaires attaqués qui prend position sur le cas dans lequel la date d'effet rétroactif est antérieure à l'ouverture de l'exercice de la société absorbante au cours duquel l'opération de fusion a été approuvée. Il prévoit que, dans ce cas, les opérations réalisées par la société absorbée entre la date d'effet conventionnelle et celle de l'ouverture de l'exercice de la société absorbante doivent être imposées au nom de la société absorbée et que la date d'effet rétroactif reste sans influence sur le bilan de clôture de l'exercice précédent de la société



absorbante.

Ces énonciations sont conformes à votre jurisprudence qui fait de la date d'ouverture de l'exercice au cours duquel la fusion a été conclue une date pivot, pour l'établissement distributif de l'impôt entre la société absorbante et la société absorbée.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Par un arrêt de Section du 12 juillet 1974 (n° 81753, rec. p. 385, concl. D. Mandelkern Dr. Fisc. 1974 n° 49 c. 1525), vous avez jugé que, « *pour la détermination des bénéfices imposables de la société absorbante dans le cas de fusion de deux sociétés anonymes (...), le premier bilan dans lequel doivent être prises en compte les conséquences de la fusion est le bilan de clôture de l'exercice au cours duquel la convention de fusion a été définitivement conclue* » et « *que, si les deux sociétés sont convenues (...) de donner effet à la fusion a une date déterminée, antérieure à celle à laquelle la convention est définitivement conclue, 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 la condition que ces conséquences restent sans influence sur le bilan de clôture du ou des exercices précédents, donc sur les bénéfices imposables de ceux-ci* ».

Une décision de plénière fiscale du 16 mai 1975 (n° 92372, rec. p. 309, Dr. Fisc. 1976 n° 16 c. 584, concl. Schmelz, RJF 1975 n° 344) illustre parfaitement cette démarche. Dans cette affaire, la convention de fusion, conclue le 30 avril 1964, fixait une date d'effet rétroactif au 1er septembre 1963, soit à une date antérieure d'un mois à la date d'ouverture de l'exercice de la société absorbante au cours duquel la fusion avait eu lieu. La décision donne son effet à la clause de rétroactivité, mais un effet partiel, car elle n'admet d'en tirer des conséquences fiscales qu'à partir du 1er octobre 1963, date d'ouverture de l'exercice de l'absorbante au cours duquel la fusion a été approuvée, les profits et les charges de la société absorbée afférents à la période comprise entre le 1er et le 30 septembre 1963 étant imposables entre les mains de l'absorbée.

Cette solution revient à opérer une articulation entre, d'un côté, les règles du droit des sociétés, qui autorisent les sociétés participant à une opération de fusion-absorption à fixer conventionnellement une date d'effet rétroactif et, de l'autre, les règles du droit fiscal.

S'agissant de ces règles, la détermination des bénéfices industriels et commerciaux repose, on le sait, sur la théorie du bilan et sur les principes d'annualité de l'impôt et de spécialité des exercices, chaque opération étant à rattacher à un exercice donné, eu égard à la date de son fait générateur, clos au moins une fois par an. Or chacun comprend que les sociétés participant à une fusion ne sauraient, par la seule grâce de leur volonté commune, déroger aux règles d'assiette définies par le législateur. Comme le rappelait le président Arrighi de Casanova dans ses conclusions dans l'affaire *Sté Laboratoires Welcome* (8ème et 9ème ssr, 16 juin 1993, n° 70446, rec. p. 176, concl. J. Arrighi de Casanova, RJF 1993 n° 983, chron. G. Goulard p. 546), votre jurisprudence « *maintient fermement le principe suivant lequel le fait générateur de l'IS, qui est constitué par la clôture de l'exercice, ne peut être modifié conventionnellement* ». Et le président Fouquet relevait, dans ses conclusions dans l'affaire *SA Leybold-Heraeus-Sogev* (7ème et 8ème ssr, 18 mars 1992, n° 62402, rec. p. 118, RJF 1992 n° 634), que la théorie du bilan fait obstacle à ce que la société absorbante reprenne à son bilan de clôture des opérations réalisées avant le premier jour de son propre exercice par une société absorbée ayant commencé le sien auparavant.

Votre jurisprudence fait donc de l'ouverture de l'exercice de réalisation de la fusion un butoir ou un point de départ pour la prise en compte des effets de la fusion, et ampute

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

potentiellement les effets d'une clause d'effet rétroactif, en lui interdisant de produire des conséquences sur l'imposition du résultat des exercices précédents, c'est-à-dire sur les bilans tant de la société absorbante que de la société absorbée – l'un n'allant pas sans l'autre, par construction.

Cette solution robuste a été maintes fois confirmée. On peut voir notamment la décision la décision *Sté Aussedat-Rey* (8ème et 9ème ssr, 6 mai 1993, n° 78156, T. p. 634, RJF 1993 n° 982) et les décisions *Sté Laboratoires Welcome* et *SA Leybold-Heraeus-Sogev* déjà mentionnées, ainsi que la décision *SA PPR* du 26 janvier 2011 (8ème et 3ème ssr, n° 312470, aux T.).

Vous pourrez apporter sur ce point une précision supplémentaire (qui n'était au mieux que latente dans vos décisions), en retenant que, dans le cas particulier où l'absorbante et l'absorbée clôturent à des dates différentes, la fusion ne saurait produire effet qu'à compter de la plus récente des deux dates d'ouverture des exercices au cours desquels la convention de fusion a été conclue, sans quoi l'on est inévitablement conduit à méconnaître la règle d'intangibilité du bilan. Ainsi, dans le cas d'une fusion décidée en juin d'une année N, avec effet rétroactif au 1er janvier de l'année N, date d'ouverture de l'exercice de la société absorbante, l'effet de la fusion sera le 1er janvier N si la société absorbée a clôturé avant cette date, mais il sera fixé à la date d'ouverture de l'exercice de l'absorbée au cours duquel la fusion a été conclue si cette date est postérieure au 1er janvier. En d'autres termes, si l'absorbée clôture plus tard que l'absorbante, la rétroactivité ne peut remonter à l'ouverture de l'exercice en cours de l'absorbante mais est bloquée par l'ouverture (et symétriquement la clôture de l'exercice précédent) de celui de l'absorbée.

Ceci étant précisé, le moyen tiré de ce que le paragraphe 110 des commentaires attaqués méconnaîtrait les dispositions du 2° de l'article L. 236-4 du code de commerce ne pourra qu'être écarté.

Outre qu'il est un peu étrange d'invoquer la méconnaissance d'une loi civile lorsqu'il est question de la légalité de commentaires de la loi fiscale, la requête ne parvient pas à convaincre qu'il serait impératif de modifier votre jurisprudence ancienne, constante et solidement assise sur les principes que nous avons rappelés.

Contrairement à ce que soutient la société Adis, les travaux préparatoires à l'adoption de la loi du 5 janvier 1988, dont est issu l'article L. 236-4, ne sont pas en ce sens que le législateur aurait entendu prêter à une clause d'effet rétroactif des conséquences fiscales différentes de celles qui résultaient de votre jurisprudence déjà bien établie.

Et l'invocation des dispositions propres au régime de l'intégration fiscale ne serait tenir lieu de démonstration pour la généralité des fusions.

5.- Nous en venons à la critique dirigée contre les paragraphes 80 et 90 des commentaires attaqués qui traitent du cas dans lequel l'absorbée n'a clos aucun exercice au cours de l'année civile N-1 précédant l'année N de la fusion.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Le paragraphe 80 énonce tout d'abord que l'effet rétroactif donné à l'opération ne saurait dispenser la société absorbée de déposer, au titre de l'année N-1, la déclaration provisoire de résultats conformément au deuxième alinéa de l'article 37 du CGI et au I de l'article 209 du même code, et que la clause d'effet rétroactif ne peut avoir pour conséquence de dispenser l'absorbée du respect de ses obligations déclaratives au titre de l'année précédant l'opération de fusion. En conséquence de quoi le paragraphe 90 indique que l'effet rétroactif est opposable à l'administration dans la limite du 1er janvier de l'année au cours de laquelle l'opération est approuvée.

La critique dirigée contre ces paragraphes nous paraît également vaine.

Le deuxième alinéa de l'article 37 du CGI, applicable aux sociétés soumises à l'IS en vertu du I de l'article 209 de ce code, constitue une manifestation du principe d'annualité de l'impôt, qui implique la clôture d'un exercice durant une année civile, pour les besoins de l'assujettissement à l'impôt sur les bénéfices. Ce texte prévoit ainsi que si aucun bilan n'est dressé au cours d'une année quelconque, l'impôt dû au titre de la même année est établi sur les bénéfices de la période écoulée depuis la fin de la dernière période imposée ou, dans le cas d'entreprise nouvelle, depuis le commencement des opérations jusqu'au 31 décembre de l'année considérée, ces mêmes bénéfices venant ensuite en déduction des résultats du bilan dans lesquels ils sont compris.

Pour les mêmes raisons que celles indiquées précédemment, nous ne voyons pas comment une stipulation du traité de fusion fixant une date d'effet rétroactif à la fusion pourrait amoindrir la portée impérative de ces règles fiscales, et exonérer la société absorbée de satisfaire à l'ensemble de ses obligations fiscales, notamment déclaratives, pour la période antérieure à la date à compter de laquelle la société absorbante se substitue fiscalement à elle.

Vous jugez en effet que, lorsque le deuxième alinéa de l'article 37 trouve à s'appliquer, l'exercice comptable se divise fiscalement en deux : il comprend deux périodes successives, dont les résultats propres doivent être imposés, respectivement, au titre de chacune des deux années civiles considérées, et qui, par suite, peuvent être vérifiées distinctement et, le cas échéant, donner lieu à un rehaussement du résultat imposable afférent à chacune d'entre elles (9ème et 10ème ssr, 3 nov. 2006, *Min. c/ Hayter*, n° 257338, RJF 2007 n° 52). Dans ses conclusions, votre commissaire du Gouvernement Stéphane Verclytte avait expliqué que le deuxième alinéa de l'article 37 du CGI instituait, sinon une véritable clôture comptable d'exercice au cours d'une année civile, une « clôture fiscale ». Et la décision retient, dans le cas d'un contribuable dont l'activité avait débuté le 1er août 1986, que l'exercice comptable ouvert à cette date et clos le 31 décembre 1987 s'analysait fiscalement comme comportant deux périodes d'imposition : celle du 1er août au 31 décembre 1986 et celle du 1er janvier au 31 décembre 1987, « *dont les résultats propres devaient être imposés, respectivement, au titre de l'année 1986 et au titre de l'année 1987* ».

Cette solution, dont les prémices remontent à un arrêt de 1971 (7ème et 9ème ssr, 28 mai 1971, *Min. des finances c/ sieur X*, n° 63103, rec. p. 405), a encore été rappelée par une décision *SA Nobladis* (9ème et 10ème ssr, 28 juil. 2011, n° 314860, rec. p. 432) qui censure pour erreur de droit une cour ayant jugé que l'administration avait pu établir au titre de l'année

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

1995 les droits procédant de la rectification des résultats de la totalité de l'exercice ouvert le 1er janvier 1994 et clos le 31 janvier 1995.

Telle est donc la manière selon laquelle la loi fiscale concilie l'unicité et la non-annualité des exercices comptables avec l'annualité de l'impôt.

Et dès lors qu'on se range à l'idée que le principe d'annualité commande cette clôture fiscale au 31 décembre de l'année N-1, alors on voit bien que la fusion réalisée en année N avec une société absorbée n'ayant pas établi de bilan en N-1 ne peut produire d'effet qu'à compter du 1er janvier N, sauf à méconnaître la théorie du bilan et l'intangibilité des bilans précédemment clôturés.

Il nous semble donc que les commentaires attaqués « tournent » et ne méconnaissent pas les dispositions qu'ils ont pour objet d'éclairer.

PCMNC au rejet de la requête, y compris les conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.