

L'INCOMPLÈTE ADAPTATION DU RÉGIME FISCAL DES FUSIONS DE SOCIÉTÉS ET OPÉRATIONS ASSIMILÉES À LA DIRECTIVE COMMUNAUTAIRE DU 23 JUILLET 1990

Philippe DEROUIN

par

et

Gilbert LADREYT

Avocats au Barreau de Paris
Gide-Loyrette-Nouel

1. — La Directive du Conseil des Communautés européennes 90/434 du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions (*J.O.C.E. L. 225/1, 20 août 1990 : Droit fiscal 1990, n. 40, comm. 1807 ; commentaires : P. Dibout : Droit fiscal 1990, n. 49, p. 1654-1660 ; D. Berlin : J.-Cl. Europe, Fasc. 1650, n. 31 s.*), faisait obligation aux États membres de la Communauté européenne de prendre les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à ses dispositions avant le 1^{er} janvier 1992 (*Dir. 90/434, art. 12*).

A cet effet l'article 25 de la loi de finances rectificative pour 1991 (*n. 91-1323, 30 déc. 1991 : Droit fiscal 1992, n. 2-3, comm. 47*) comporte certains aménagements du régime fiscal français des fusions et opérations d'échange d'actions dont le Gouvernement a relevé qu'il « ne respecte pas l'ensemble des principes définis par la Directive » (*V. exposé des motifs de l'article 19 du projet de loi : Droit fiscal 1991, n. 50, p. 1819-1820*).

2. — Le Gouvernement et le Parlement ont ainsi montré que, contrairement à ce que pourrait donner à penser une application littérale de l'intitulé ou de l'article 1^{er} de la Directive, l'institution du « régime fiscal commun » des fusions et opérations assimilées dans la Communauté prévue par la directive n'implique pas seulement une adaptation des règles relatives aux fusions transfrontalières concernant des sociétés d'États membres différents, de manière à faire disparaître les discriminations qui pourraient exister à l'égard des opérations impliquant des sociétés étrangères établies dans d'autres États membres de la Communauté, mais bel et bien une harmonisation des législations. La Directive du 23 juillet 1990 a d'ailleurs été arrêtée sous le visa, notamment, de l'article 100 du Traité C.E.E. relatif au rapprochement des législations. Elle souligne très clairement, en son troisième considérant, que les différences entre les régimes internes en vigueur dans les États membres sont telles qu'une extension, au plan communautaire, de ces règles internes n'aurait pas suffi à éviter des distorsions de sorte que seul un régime fiscal commun constitue une solution satisfaisante. D'ailleurs on aurait eu peine à imaginer concrètement dans chaque État membre, la coexistence de deux ou trois régimes fiscaux des fusions : l'un réservé aux opérations purement internes, l'autre régissant toutes les opérations impliquant des sociétés de deux ou plusieurs États membres, le troisième concernant les opérations avec les sociétés établies hors de la communauté européenne. La distinction entre les deux premières catégories d'opérations (fusions purement internes et fusions intracommunautaires) aurait été contraire à la poursuite de l'objectif général qui est de créer un marché commun présentant les caractéristiques d'un marché intérieur unique. Peu importe donc que les sociétés participant à l'opération aient leur siège à Paris, Bordeaux, Berlin, Munich, Milan, Amsterdam, Athènes, Dublin ou Birmingham, c'est le « régime fiscal commun » des fusions et opérations assimilées qui s'applique.

Autrement dit, et pour faire le parallèle avec l'évolution observée en matière d'impôts indirects, il ne s'agit pas seulement d'éliminer les distorsions fiscales aux frontières (Cp. *Traité C.E.E., art. 95 à 98*) mais d'instaurer les éléments essentiels d'un régime fiscal uniforme (Cp. *Traité C.E.E., art. 99*). En ce sens le « régime fiscal commun » des fusions et opérations assimilées est l'équivalent, en la matière, du « système commun de T.V.A. » établi par les 2^e et 6^e Directives des 11 avril 1967 et 17 mai 1977 et du droit d'apport harmonisé par la Directive 69/335 du 17 juillet 1969 modifiée.

3. — Pour la mise en œuvre de ce « régime fiscal commun » des fusions et opérations assimilées, il faut donc s'inspirer des principes d'interprétation dégagés par la Cour de justice pour l'application du « système commun de T.V.A. » et du droit d'apport harmonisé.

C'est ainsi qu'en matière de T.V.A., la Cour de justice n'a pas hésité à se fonder sur les dispositions de la 1^{re} Directive et les considérants de la seconde pour affirmer que « le principe du système commun (de T.V.A.) consiste à appliquer aux biens et aux services... un impôt général sur la consommation » (*C.J.C.E. 5 mai 1982, aff. 15/81, Schul : Rec. C.J.C.E., p. 1409, concl. M^{me} Rozès*). De même, en matière de droit d'apport harmonisé, a-t-elle repris l'un des considérants de la Directive 74/553 du 7 novembre 1974 pour affirmer que « les principes sur lesquels est basé le droit d'apport harmonisé visent à ne soumettre à ce droit que les opérations qui sont l'expression juridique d'un rassemblement de capitaux et dans la mesure où celles-ci contribuent au renforcement du potentiel économique de la société » (*C.J.C.E. 15 juill. 1982, aff. 270/81, Felicitas Rickmers Linie KG & Co : Rec. C.J.C.E., p. 2771, concl. Sir Gordon Slynn*).

En conséquence, comme l'a fait la Cour de justice dans ces décisions, il convient de prendre en considération les principes et les objectifs essentiels du « régime fiscal commun » des fusions et opérations assimilées tels qu'ils sont énoncés dans les considérants de la Directive du 23 juillet 1990, à savoir notamment « que le régime fiscal commun doit éviter une imposition à l'occasion d'une fusion, d'une scission, d'un apport d'actifs ou d'un échange d'actions, tout en sauvegardant les intérêts de l'État de la société apporteuse ou acquise » (4^e considérant) ou encore, « que l'attribution aux associés de la société apporteuse de titres de la société bénéficiaire ou acquérante ne doit, par elle-même, donner lieu à aucune imposition dans le chef de ces associés » (8^e considérant), sous réserve toutefois des cas où l'opération « a pour objectif la fraude ou l'évasion fiscales » (9^e considérant).

4. — Au regard de ces principes, nous allons voir que, si l'article 25 de la loi de finances rectificative pour 1991 comporte des dispositions qui tendent effectivement à aligner le régime fiscal français des fusions et échanges d'actions sur le « régime fiscal commun » défini par la directive, notamment en ce qui concerne les plus-values réalisées par les entreprises à l'occasion de ces opérations, l'adaptation requise demeure incomplète et laisse subsister d'importants défauts de conformité de la législation française avec la Directive communautaire.

Ces défauts de conformité sont d'autant plus graves qu'ils pénalisent les entreprises françaises — c'est notamment le cas pour le maintien de la double imposition des plus-values réalisées lors d'apports partiels d'actif de branche d'activité dispensés d'agrément (*C.G.I., art. 210 B-1, al. 2*) — ou les actionnaires personnes physiques résidant en France, pour lesquels le régime du report d'imposition institué par l'article 24 de la loi n. 91-716 du 26 juillet 1991 (*Droit fiscal 1991, n. 31, comm. 1584*) n'assure pas la neutralité fiscale des fusions et autres échanges d'actions.

En outre, si la loi maintient l'exigence d'un agrément administratif préalable pour de nombreuses opérations entrant dans le champ de la directive, les conditions d'octroi de cet agrément devraient être définies précisément, sinon par la loi elle-même du moins par le pouvoir réglementaire en application de l'article 1649 *nonies* du C.G.I., de manière à satisfaire aux exigences de la directive qui ne permet de refuser le bénéfice du régime fiscal commun des fusions et opérations assimilées que lorsque l'opération a pour objectif la fraude ou l'évasion fiscales (*art. 11-1-a de la Directive 90/434 ; à rapprocher de : Cons. const. déc. n. 87-237 D.C., 30 déc. 1987 : Droit fiscal 1988, n. 1-2, comm. 5 ; L. Philip, « La jurisprudence constitutionnelle en matière d'agréments fiscaux » : Droit fiscal 1988, n. 43, p. 1228 s. et concl. O. Fouquet sous Cons. d'État, 24 fév. 1988, req. 76.603 : R.J.F. 1988, p. 149*). L'arrêté du 24 mai 1971 (*Droit fiscal 1971, n. 23, comm. 880*) relatif aux conditions d'octroi de l'agrément prévu à l'article 210 B-1 du C.G.I. doit, à tout le moins, être réécrit en ce

sens, car, depuis le 1^{er} janvier 1992, il se trouve entaché d'illégalité sur de nombreux points (sur l'illégalité d'un acte réglementaire devenu incompatible avec une directive communautaire, v. *Cons. d'État, Ass.*, 3 fév. 1989, req. 74.052, *Cie Alitalia : Droit fiscal* 1989, n. 10, comm. 492 ; *R.J.F.* 1989, n. 299, p. 163, concl. N. Chahid Nourai, p. 125, et notre étude « L'application par le Conseil d'État des Directives communautaires en matière fiscale » : *L.P.A.* 1989, n. 149, p. 11).

Enfin si, dans certains cas, la doctrine administrative permet de pallier les imprécisions de la loi dans un sens conforme à la directive, il n'en va pas toujours ainsi et la Cour de justice considère que de simples circulaires ou instructions administratives n'assurent pas une mise en œuvre suffisante du droit communautaire.

Il conviendra donc vraisemblablement de revoir de nombreux aspects du dispositif législatif français dans des conditions plus appropriées à la technicité de la matière que la bousculade d'une fin de session budgétaire où se sont accumulés la brièveté des travaux en commission, l'absence de débat en séance publique sur les amendements présentés par les parlementaires (*J.O., Déb. Ass. Nat.*, 4 déc. 1991, p. 7190 et s.) et le silence gardé par le Ministre devant le Sénat (*J.O., Déb. Sénat*, 17 déc. 1991, p. 5501). Le « déficit démocratique » souvent déploré en matière communautaire a été particulièrement marqué au cas présent.

5. — Pour apprécier l'effort qui reste à accomplir, on confrontera les traits essentiels du dispositif français, tel que modifié par l'article 25 de la loi de finances rectificative, avec les dispositions de la Directive du 23 juillet 1990 en examinant successivement le champ d'application du régime fiscal des fusions (I), les dispositions relatives à l'imposition des sociétés participant à l'opération (II) puis la situation fiscale des actionnaires des sociétés concernées (III).

I. — CHAMP D'APPLICATION DU RÉGIME FISCAL DES FUSIONS ET OPÉRATIONS ASSIMILÉES

6. — L'article 25 de la loi de finances rectificative ne comporte aucune disposition tendant à préciser le champ d'application du régime fiscal des fusions alors pourtant que les dispositions actuelles de la loi fiscale sont extrêmement sommaires sur ce point et que la directive, au contraire, est relativement détaillée (*Dir. 90/434*, art. 2 et 3 et annexe). Nous allons voir ce qu'il convient d'en penser en examinant les opérations (A), puis les sociétés concernées (B).

A. — Les opérations concernées

7. — On a justement souligné que la loi du 12 juillet 1965, d'où sont issus les articles 210 A et suivants du C.G.I., ne fournissait aucune définition des fusions et opérations assimilées, laissant ainsi à la jurisprudence le soin d'en préciser les traits essentiels ainsi qu'elle l'avait fait antérieurement (P. Gastineau, « La notion fiscale de fusion et de scission », *J.-Cl. Sociétés, Fasc. 4120*, n. 55 et s., 125 et s.). L'article 25 de la loi de finances rectificative ne contient pas davantage de disposition à ce sujet. Il n'en résulte pas pour autant une absence de définition législative des fusions et scissions car, à la différence de la situation qui prévalait en 1965 — ou même en 1973 lors de l'introduction en droit français de la Directive du 9 avril 1973 relative au droit d'apport —, la loi du 5 janvier 1988 a mis en harmonie le droit français des sociétés avec les 3^e et 6^e Directives communautaires des 9 octobre 1978 (n. 78/855) et 17 décembre 1982 (n. 82/891) concernant les fusions et scissions de sociétés anonymes. La loi française contient désormais une définition synthétique des fusions et scissions de sociétés applicable à toutes les sociétés commerciales (art. 371 et s. de la loi du 24 juillet 1966 dans la rédaction issue de la loi du 5 janvier 1988) et définit un régime de dissolution sans liquidation, également inspiré de la 3^e Directive, qui est applicable à toutes les sociétés (C. Civ., art. 1844-5, dans la rédaction issue de ladite loi).

Les notions de fusions et de scissions de sociétés sont donc, tant au regard du droit des sociétés que du droit fiscal, celles du Code civil et de la loi sur les sociétés commerciales dans la rédaction issue de la loi du 5 janvier 1988 et interprétées, en tant que de besoin, à la lumière des 3^e et 6^e Directives communautaires.

1^o Fusions

8. — L'application des notions du droit des sociétés ne présente aucune difficulté particulière pour les fusions dont la Directive fiscale du 23 juillet 1990 reprend les définitions données par la 3^e Directive du 9 octobre 1978, qu'il s'agisse de la fusion par absorption (*Dir. 78/855*, art. 3) ou de la fusion par constitution d'une société nouvelle (*Dir. 78/855*, art. 4).

La notion de fusion pour l'application du régime fiscal commun s'entend donc de l'opération définie par les articles 371 et

suivants de la loi sur les sociétés commerciales et caractérisée par la transmission universelle de patrimoine à une société nouvelle ou préexistante, la dissolution sans liquidation de la ou des sociétés absorbées et l'échange de droits sociaux. Toutefois, sans que la qualification de fusion en soit affectée, l'échange de droits sociaux peut être accompagné d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale des parts ou actions (*Dir. 78/855*, art. 3 et 4 repris sous l'art. 371 al. 3 loi du 24 juillet 1966 modifiée) ou, même, n'a pas lieu d'être lorsque la société absorbante détient la totalité du capital de la société absorbée (*Dir. 78/855*, art. 19 repris sous l'art. 372-1, al. 2, de la loi du 24 juillet 1966 modifiée).

En outre, la Directive du 23 juillet 1990 considère également comme une fusion l'opération par laquelle « une société transfère, par suite et au moment de sa dissolution sans liquidation, l'ensemble de son patrimoine, activement et passivement, à la société qui détient la totalité des titres représentatifs de son capital social » (*Dir. 90/434*, art. 2 a, 2^e al.) c'est-à-dire l'opération visée par l'article 24 de la Directive 78/855 et introduite en droit français tant sous le couvert de la fusion sans augmentation de capital (art. 371-1, al. 2 et 378-1 de la loi du 24 juillet 1966 modifiée) que par l'article 1844-5 du Code civil qui régit la dissolution de la société à associé unique dans la rédaction issue de la loi du 5 janvier 1988. Or, jusqu'à présent, l'Administration fiscale française n'assimilait pas cette dernière opération à une fusion même lorsqu'elle concerne des sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés (compte rendu de la réunion du 14 mars 1989 du Comité fiscal de la mission d'organisation administrative). Au contraire, elle continuait de la soumettre au régime fiscal des dissolutions avec imposition des bénéfices et plus-values non encore taxés de la société dissoute et, en principe, du boni de liquidation entre les mains de la société mère l'associé unique encore que, s'agissant d'une société passible de l'impôt sur les sociétés, elle puisse bénéficier du régime des sociétés mères et filiales. A défaut de modification législative, seule de nature à apporter toute la sécurité juridique nécessaire, la doctrine administrative devrait, en tout état de cause, être modifiée sur ce point, de manière à faire disparaître la dualité de régime fiscal des fusions sans augmentation de capital et des dissolutions sans liquidation, dualité fondée sur un critère purement formel que rien ne justifie économiquement ou juridiquement, si ce n'est le souci de l'Administration de percevoir, en cas de fusion, le droit d'apport majoré de 1,20 %, dont on a montré par ailleurs qu'il était contraire à la Directive 69/335 du 17 juillet 1969 modifiée (v. notre étude « Droit d'apport majoré et droit communautaire » : *Droit fiscal* 1991, n. 15, p. 646).

2^o Scissions

9. — Si la notion de fusion au sens de la Directive du 23 juillet 1990 est plus large que celle qui prévaut en droit français des sociétés, l'inverse se produit en matière de scissions. Plus exactement, la Directive 90/434 n'impose l'application du régime fiscal commun qu'à une variété de scissions régies par la Directive 82/891 ou par la loi sur les sociétés commerciales : celle dans laquelle les actions nouvelles de chacune des sociétés bénéficiaires des apports sont attribuées aux actionnaires de la société scindée proportionnellement à leurs droits dans le capital de cette dernière (*Dir. 90/434*, art. 2 b), c'est-à-dire les scissions simplifiées, sans la faculté de retrait des actionnaires minoritaires envisagée en droit communautaire par l'article 5-2 de la Directive 82/891 ni, en droit français, l'exigence de l'intervention de commissaires à la scission (art. 383, al. 2, et 388, al. 3, de la loi du 24 juillet 1966).

On retrouve ici certaines des préoccupations de l'Administration fiscale française en la matière : le régime de faveur n'aurait pas normalement vocation à s'appliquer aux opérations qui, dans le cadre juridique des scissions de sociétés, équivalent économiquement à des ventes ou des partages d'actifs entre les actionnaires de la société scindée, sauf circonstances particulières telle que la préparation d'une transmission à titre gratuit de branches d'activités distinctes (V. A. 8 déc. 1980 : *Droit fiscal* 1981, n. 1, comm. 35, dont la portée est singulièrement réduite par la Rép. min. à M. Vallex : *J.O. Déb. Ass. Nat.*, 28 sept. 1987, p. 5400 : *Droit fiscal* 1987, n. 51, comm. 2296).

Toutefois, la directive ne permet pas de maintenir en l'état le dispositif français : s'il n'est point nécessaire de donner une définition « fiscale » de la scission de sociétés et s'il est concevable de maintenir le contrôle administratif préalable qu'assure l'exigence de l'agrément prévu en la matière par l'article 210 B-1 du C.G.I., au moins devrait-il être clairement précisé que cet agrément est de droit lorsque la scission correspond à la définition de la directive, c'est-à-dire que les titres représentatifs du capital social des sociétés bénéficiaires des apports sont attribués aux associés de la société scindée proportionnellement à leurs droits dans le capital de cette dernière (*Dir. 90/434*, art. 2 b), et que

l'agrément ne peut être refusé que si l'opération a pour objectif principal ou pour l'un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales (Dir. 90/434, art. 11-1 a).

3° Apports de branche d'activité

10. — Avec la notion de branche d'activité, on quitte le seul droit des sociétés pour introduire une notion économique commune au droit fiscal (C.G.I., art. 210 B-1 al. 2, et Ann. II, art. 301 E) au droit des entreprises en difficulté (art. 81, al. 3, de la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises), voire d'autres branches du droit économique, et qui est apparue en droit communautaire dès la Directive 69/335 du 17 juillet 1969 relative à l'harmonisation du droit d'apport en société (art. 7-1 b de la Directive 69/335, modifiée en dernier lieu par la Directive 85/303 du 10 juin 1985 qui a prévu l'exonération des apports de branche d'activité).

Alors qu'elle n'est pas définie par ces différents textes, la notion de branche d'activité a été précisée par la jurisprudence, notamment celle de la Cour de cassation qui a jugé qu'elle « désigne l'ensemble des éléments qui constituent une exploitation autonome susceptible de fonctionner par ses propres moyens » (Cass. com., 6 fév. 1990, *Sté. Naegelen Distribution : Droit fiscal* 1991, n. 7, comm. 281 ; Bull. Joly, § 119, p. 377 et la note ; v. également, dans les autres pays de la Communauté : *Tr. Amsterdam*, 2 janv. 1991, aff. 709/90, *Prudential Ltd* : T.L.E. 6/91, p. 6. — *Com. fisc. Tortona : Corriere tributario* 46/1991 et T.L.E. 28/91, p. 5). Cette définition est équivalente à celle que donne la Directive du 23 juillet 1990 (Dir. 90/434, art. 2 § 1) car la notion est, bien évidemment, unique (en ce sens, concl. Jacobs sur C.J.C.E., 13 déc. 1991, aff. C 164/90, *Muwi Bouwgroep*).

L'introduction du « régime fiscal commun » des fusions n'appelait donc aucune modification de la loi française sur ce point qui comporte d'ailleurs une certaine souplesse puisqu'elle permet de soumettre sur agrément au régime fiscal des fusions des opérations d'apports d'actifs qui ne portent pas nécessairement ou pas exactement sur des branches d'activité. Mais, comme on l'a exposé précédemment (*supra*, n. 4 et 9), cet agrément est de droit si l'opération satisfait aux conditions énoncées par la directive et n'a pas pour objectif principal la fraude ou l'évasion fiscales. A cet égard, si l'article 210 B-1 du C.G.I. dispense d'agrément les apports de branche d'activité pour les admettre au régime fiscal des fusions, c'est à la condition que la société apporteuse prenne un double engagement qui n'est pas prévu par la Directive du 23 juillet 1990. En effet, dans son article 9, elle se borne à énoncer que « les articles 4, 5 et 6 (concernant l'exonération des plus-values, bénéfices et provisions en cas de fusion) s'appliquent aux apports partiels d'actifs sans permettre aux États membres d'imposer des sujétions particulières en la matière ».

On est donc conduit à douter sérieusement que le double engagement — celui de conserver pendant cinq ans les titres reçus en rémunération de l'apport et, plus encore, celui de calculer ultérieurement les plus-values de cession afférentes à ces titres par référence à la valeur fiscale des biens apportés — requis par la loi française soit compatible avec la directive. En réalité, on verra plus loin que l'engagement relatif au calcul des plus-values tend à instaurer une double imposition, manifestement contraire au « régime fiscal commun » des fusions (V. *infra*, n. 21-24).

4° Échanges d'actions

11. — C'est le seul point sur lequel l'article 25 de la loi de finances rectificative pour 1991 modifie le champ d'application du régime des fusions en assimilant sous certaines conditions « les apports de participations portant sur plus de 50 % du capital de la société dont les titres sont apportés... à une branche complète d'activité ». Sans compter l'inélégance, voire l'incorrection, de la formule, cette disposition n'est pas heureuse et ne satisfait pas à plusieurs titres aux exigences de la directive.

Tout d'abord, la technique législative consistant à assimiler des participations dans une société donnée à une branche d'activité n'est pas satisfaisante car elle procède d'une confusion entre ces deux notions que les Directives communautaires distinguent très clairement et interdisent d'assimiler l'une à l'autre (v. C.J.C.E., 13 déc. 1991, aff. C 164/90, *Muwi Bouwgroep* précitée). Ainsi qu'on aura l'occasion de le montrer, les apports de branche d'activité et les échanges d'actions engendrent d'ailleurs des conséquences fiscales distinctes, voire opposées, que le dispositif français confond abusivement (v. *infra* n. 21-24 et n. 29).

En deuxième lieu, en ne modifiant que l'article 210 B du C.G.I. pour assimiler certains apports de participations à des apports de branche d'activité, le législateur a paru oublier que ce texte ne s'applique qu'aux opérations auxquelles participent exclusivement des sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés (C.G.I., art. 210 C-1). Or, si la directive suppose bien que la société acquéreuse et la société acquise, dont les titres sont échangés, soient

des sociétés de capitaux, elle n'exige nullement cette qualité des associés de la société acquise qui apportent leurs titres à l'échange (Dir. 90/434, art. 2 d). Bien au contraire, comme dans les « fusions à l'anglaise » définies par la Directive 69/335 du 17 juillet 1969 modifiée (C.G.I., Ann. II, art. 301 C), la qualité de l'apporteur et son régime fiscal sont indifférents. Du fait de l'assimilation à laquelle elle a procédé, le loi n'a donc pas correctement transposé la directive. Toutefois, les personnes physiques pouvant bénéficier de dispositions comparables en cas d'offre publique d'échange ou d'apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés (C.G.I., art. 92 B-II), le grief d'incompatibilité avec la directive se limite donc à l'exclusion des échanges d'actions effectués par les entreprises individuelles et les sociétés de personnes.

De même, en troisième lieu, la loi ne mentionne que les apports de participations, ce qui paraît exiger une augmentation de capital de la société acquéreuse alors que la directive entend par « échange d'actions » toute « opération par laquelle une société acquiert... une participation... moyennant l'attribution de titres représentatifs (de son) capital social... et, éventuellement, d'une soultre ne dépassant pas 10 %... » (Dir. 90/434, art. 2 d), ce qui désigne outre les apports proprement dits, les échanges contre des « actions propres », c'est-à-dire des titres représentatifs de son propre capital que la société acquéreuse peut détenir dans les limites définies par la loi (pour les sociétés par actions, art. 217-3 et 217-6 de la loi du 24 juillet 1966 modifiée), voire contre des actions d'autocontrôle ou des actions détenues par la société mère de la société acquéreuse. De telles opérations ne sont admises au régime du report d'imposition que lorsqu'elles concernent des sociétés cotées et prennent la forme d'offre publique d'échange (C.G.I., art. 38-7 et 92 B-II).

Enfin, la directive définit l'opération admise au « régime fiscal commun » des fusions moins par son objet — à savoir une participation portant sur plus de 50 % du capital de la société cible — que par son effet — à savoir une participation ayant pour effet de conférer à la société acquéreuse la majorité des droits de vote de la société cible. La différence de rédaction de la loi par rapport à la directive concerne à la fois la référence au capital plutôt qu'aux droits de vote et suscite des interrogations dans le cas où la société acquéreuse détient déjà, antérieurement à l'opération, une participation dans le capital de la société cible. En revanche, le texte de la loi permet, conformément à la directive, de faire masse des participations apportées par une pluralité d'associés de la société cible.

B. — Les sociétés concernées

12. — L'article 210 C du C.G.I., qui n'a pas été modifié par l'article 25 de la loi de finances rectificative pour 1991, se borne essentiellement à prévoir que le régime spécial des fusions s'applique aux opérations auxquelles participent exclusivement des personnes morales ou organismes passibles de l'impôt sur les sociétés et à soumettre à un agrément préalable les apports faits par des personnes morales françaises à des personnes morales étrangères. Il donne ainsi donc au dispositif français un champ d'application plus extensif sur certains points et plus restrictif sur d'autres que celui du « régime fiscal commun » défini par la Directive du 23 juillet 1990. L'article 3 de la Directive pose en effet trois conditions à l'application de ce régime : une condition de forme des sociétés définies par référence à la loi sous l'empire de laquelle elles sont constituées (voir l'annexe à la directive) ; une condition de résidence fiscale dans un des États de la Communauté tant au regard du droit interne de l'un des États membres qu'au regard des conventions fiscales bilatérales conclues avec les États tiers, et une condition d'assujettissement à l'impôt sur les sociétés ou son équivalent dans l'un des États membres de la Communauté.

On voit ainsi, par ce simple rapprochement, que les conditions de forme et de résidence fiscale sont absentes de la loi française et que même la condition relative à l'impôt sur les sociétés y est plus largement entendue. En revanche, pour l'imposition des actionnaires, et notamment pour le report d'imposition en cas d'échange d'actions à la suite de fusion, de scission ou d'apport, la loi pose la condition que la société bénéficiaire de l'apport soit « soumise à l'impôt sur les sociétés » (C.G.I., art. 92 B-II et 160-I ter) ce que l'Administration entend comme effectivement « assujettie à cet impôt », avec la conséquence que sont exclues les sociétés étrangères qui n'ont pas d'activité imposable en France. Par ailleurs, en soumettant à un agrément préalable les apports faits par des personnes morales françaises à des personnes morales étrangères, la loi institue une discrimination en fonction de la nationalité des sociétés et du sens de l'opération qui est encore aggravée par la doctrine administrative.

Le statut des personnes morales françaises au regard de l'application du régime fiscal des fusions ayant été magistralement

exposé ailleurs, par un de nos meilleurs auteurs (P. Gastineau, *J.-Cl. Sociétés*, Fasc. 4120, n. 14, 27, 47, 118 et 122), c'est donc essentiellement au regard de l'application du régime des fusions aux sociétés étrangères que l'on examinera la conformité du dispositif fiscal français au droit communautaire.

13. — Mais avant de procéder à cet examen, il convient de vérifier que le droit des sociétés permet effectivement de réaliser avec des sociétés étrangères les opérations soumises au régime fiscal commun des fusions. Si l'apport d'actif ou l'échange d'actions entre des sociétés françaises et des sociétés étrangères ne présente pas, au regard du droit des sociétés, de difficultés particulières, en revanche, la fusion de sociétés françaises et de sociétés étrangères est souvent présentée comme une impossibilité juridique.

En réalité, cette proposition demande pour le moins à être nuancée et la pratique n'est pas sans exemple de fusions transnationales. Rien dans la loi française n'empêche la fusion par absorption de sociétés étrangères qui transmettent sans liquidation leur patrimoine à une société française, pourvu que cette faculté existe aux termes de la loi qui régit la société étrangère absorbée. Si la jurisprudence n'a pas eu à se prononcer sur la validité de telles opérations, du moins a-t-elle eu l'occasion d'en connaître pour en tirer les conséquences notamment fiscales (*T.G.I. Nanterre*, 30 sept. 1986, *Sté Nouvelle céramique industrielle* ; *Droit fiscal* 1987, n. 25, comm. 1179 et, sur pourvoi, *Cass. com.*, 7 mars 1989 ; *Droit fiscal* 1989, n. 19, comm. 943 ; *Bull. Joly* 1989, § 173, p. 463).

L'opération inverse comportant l'absorption d'une société française par une société étrangère n'est pas non plus interdite par la loi française mais l'on considère généralement que, comportant un changement de nationalité de la société absorbée, elle excède les pouvoirs de l'assemblée générale des actionnaires en l'absence de convention spéciale avec le pays d'accueil (art. 154 de la loi du 24 juillet 1966) et doit en conséquence recueillir l'unanimité des associés. C'est pourquoi la plupart des regroupements internationaux d'entreprises concernant des sociétés françaises prennent la forme d'apport d'actifs ou d'échange d'actions.

1° Pour l'imposition des sociétés

14. — Comme on vient de le rappeler, la loi française exige seulement, pour l'application du régime des fusions, que l'opération concerne exclusivement des sociétés « passibles de l'impôt sur les sociétés » (*C.G.I.*, art. 210 C-1). Cette exigence est susceptible d'être satisfaite par des sociétés et personnes morales étrangères non seulement lorsqu'elles exercent en France une activité qui les rend effectivement redevables de cet impôt mais aussi en l'absence d'une telle activité dès lors qu'elles appartiennent, par leur forme et leur régime juridique, à la catégorie des sociétés de capitaux (*C.G.I.*, art. 206). La raison en est que, selon des principes bien établis en jurisprudence, une personne (ou une chose) peut être « passible » d'un impôt sans y être effectivement assujettie voire en étant expressément exonérée (sur la notion de contribuable ou de matière imposable « passible mais exonérée » d'un impôt, v. *Cons. d'Etat*, 18 juin 1984, req. n. 42.502, *Cofiroute* ; *Droit fiscal* n. 45-46, comm. 2000, concl. Ph. Bissara). L'Administration a donc traditionnellement reconnu que le régime des fusions est applicable quand des sociétés étrangères participent à l'opération alors même qu'elles n'exerceraient pas en France d'activité les rendant effectivement redevables de l'impôt sur les sociétés (*Instr.* 4 juill. 1966, n. 16, *Doc. Adm.* 41-1222, n. 8). Cette analyse est, à l'évidence, compatible avec les dispositions de la Directive du 23 juillet 1990 qui définit un champ d'application minimum du « régime fiscal commun » des fusions mais n'interdit pas de l'appliquer à d'autres opérations ou d'autres sociétés que celles qu'elle définit.

Il en va différemment de l'exigence par la loi française d'un agrément préalable soit lorsque l'opération comporte un apport d'une société française à une société étrangère (*C.G.I.*, art. 210 C-2) soit lorsque, s'agissant d'un apport partiel d'actif, la société étrangère apporteuse cesse d'être imposable en France et ne peut prendre l'engagement requis par l'article 210 B-1 (al. 2) du *C.G.I.* (*Rép. à M. Mesmin*, 14 fév. 1983 ; *J.O.*, *Déb. Ass. Nat.*, p. 779. — *B.O.D.G.I.* 141-1-83 ; *Droit fiscal* 1983, n. 23, I.D. 7743). A défaut de supprimer cette exigence de l'agrément préalable, comme l'avait fait en matière de droit d'enregistrement l'article 816 A du *C.G.I.* dans la rédaction de la loi du 21 décembre 1973 mais ce que ne fait pas l'article 25 de la loi de finances rectificative pour 1991, du moins doit-on considérer que l'agrément requis est de droit lorsque la société étrangère satisfait aux conditions posées par la Directive du 23 juillet 1990 (v. *supra*, n. 4 et 9). L'arrêté ministériel destiné à remplacer et à compléter l'arrêté du 24 mai 1971 (*Droit fiscal* 1971, n. 23, comm. 880) devrait l'indiquer sans ambiguïté, sauf à être entaché d'illégalité.

2° Pour l'imposition des actionnaires et associés

15. — On verra que le régime du report d'imposition institué par la loi du 26 juillet 1991 ne paraît pas satisfaire entièrement aux exigences de la Directive du 23 juillet 1990 (v. *infra*, n. 30) mais du moins ne comporte-t-il pas de discrimination quant aux sociétés, françaises ou étrangères, concernées par les opérations de fusion et scission et d'offre publique d'échange. En effet, la loi applique le régime du report d'imposition aux plus-values dégagées par les actionnaires des opérations de fusion et de scission sans fixer de conditions particulières concernant les sociétés (*C.G.I.*, art. 92-II-B, issu de la loi du 26 juillet 1991, auquel renvoient désormais les articles 150 A bis et 160-I-ter du *C.G.I.*).

En revanche, la loi comporte une distinction importante pour les apports de titres qui ne peuvent bénéficier de report d'imposition que s'ils sont faits à des sociétés « soumises à l'impôt sur les sociétés », ce que l'Administration interprète dans un sens différent de celui qu'elle donne à l'expression « passible de l'impôt sur les sociétés » pour l'application de l'article 210 C du *C.G.I.*, à savoir comme désignant les sociétés effectivement soumises à l'impôt en France. Selon l'Administration, cette notion excluerait toute « entreprise exploitée hors de France ou qui réalise des bénéfices dont l'imposition est attribuée à un autre Etat par une convention internationale relative aux doubles impositions » (*Note*, 11 oct. 1990 : *B.O.I.* 5 B-25-90 ; *Droit fiscal* 1990, n. 46-47, I.D. 10.126). Si cette interprétation de la loi était exacte, elle impliquerait que la loi soit contraire à la Directive du 23 juillet 1990 puisqu'elle refuserait le bénéfice du report d'imposition aux plus-values réalisées lors de l'apport de titres à des sociétés, remplissant les conditions de forme, de résidence fiscale et d'assujettissement à l'un des impôts sur les sociétés de la Communauté, au motif qu'elles n'auraient pas d'activité imposable en France. En réalité, on peut douter que cette lecture de la loi soit correcte car, la notion de société « soumise » à ce même impôt n'implique pas un assujettissement effectif mais seulement la forme de sociétés de capitaux qui serait effectivement assujettie en France à l'impôt sur les sociétés s'il y avait matière imposable (v. en ce sens, *C.A.A. Paris*, 17 avril 1990, n. 89-626 ; *Droit fiscal* 1991, n. 11, comm. 568 ; *Bull. Joly*, 1990, § 311, p. 970 et la note). Quoi qu'il en soit, l'Administration, comme le juge de l'impôt, sont tenus de donner à la loi autant qu'il est possible une interprétation qui la rende compatible avec les Directives communautaires (*C.J.C.E.*, 10 avril 1984, *Von Colson et Karmann*, aff. 14/83 — *Harz*, aff. 79/83 ; *Rec. C.J.C.E.* p. 1891 et 1921, concl. *Mme Rozès* et, pour une application en matière fiscale, *Cons. d'Etat*, 22 déc. 1989, req. n. 86.113, *Cercle militaire mixte de la Caserne Mortier* ; *Droit fiscal* 1990, n. 14, comm. 716 ; *R.J.F.* 1990, n. 130, p. 103, concl. *Mme M.-D. Hagelsteen*, p. 80). Il leur appartient donc de faire prévaloir une interprétation de la loi qui soit plus conforme à la directive et qui entende la notion de « société soumise à l'impôt sur les sociétés » comme incluant notamment les sociétés étrangères, établies dans un Etat membre de la Communauté visées à l'article 3 de la Directive du 23 juillet 1990.

II. IMPOSITION DES SOCIÉTÉS PARTIES AUX OPÉRATIONS DE FUSIONS, SCISSIONS ET APPORTS D'ACTIFS

16. — Dans son principe, le « régime fiscal commun » tend à éviter toute imposition à l'occasion de l'opération tout en sauvegardant les intérêts financiers de l'Etat de la société apporteuse (*Dir.* 90/434, 4^e considérant). La technique fiscale appropriée à l'obtention de ce résultat est celle du report d'imposition puisqu'elle évite toute imposition de bénéfices ou de plus-values à l'occasion de l'opération elle-même tout en assurant leur imposition ultérieure, par l'Etat de la société apporteuse, au moment de leur réalisation effective par la société bénéficiaire des apports (6^e considérant). Autrement dit, la neutralité fiscale des fusions et opérations assimilées est assurée par un transfert de la matière imposable de la société apporteuse, absorbée ou scindée à la société ou aux sociétés absorbante ou bénéficiaire des apports sans modifier, dans les opérations transnationales, la compétence fiscale des Etats concernés.

Ces principes s'appliquent tout naturellement aux fusions, scissions et apports d'actifs que la directive soumet à un régime unitaire (art. 4, 5 et 6 applicables aux apports d'actifs par le renvoi de l'article 9). En matière d'échange d'actions, l'opération n'étant normalement pas génératrice d'imposition pour la société cible dont les titres sont échangés, point n'est besoin d'instituer un tel report d'imposition lequel ne concerne que les associés de la société cible qui apportent leurs titres à l'opération d'échange. Ce report d'imposition en cas d'échange d'actions sera donc examiné avec la situation fiscale faite aux associés dans le « régime fiscal commun » par l'article 8 de la Directive (v. *infra*, n. 27 ets.).

Pour nous en tenir, à ce stade, à l'imposition des sociétés parties à des opérations de fusion, de scission ou d'apports d'actifs,

nous allons voir que si, en règle générale, le dispositif français est conforme à la directive (A), il n'en va pas ainsi du sort fait aux apports partiels d'actif de branche d'activité où la loi française institue une double imposition, critiquable en elle-même et manifestement incompatible avec le « régime fiscal commun » (B).

A. — Dispositions communes au régime fiscal des fusions, scissions et apports partiels d'actifs

17. — L'apport essentiel de l'article 25 de la loi de finances rectificative pour 1991 en matière de fiscalité des entreprises est de permettre non seulement l'exonération des plus-values d'apport concernant les éléments de l'actif immobilisé des provisions et des bénéfices en sursis d'imposition qu'instituait déjà l'article 210 A du C.G.I. dans sa rédaction antérieure mais encore l'exonération des autres bénéfices qui peuvent être dégagés lors de l'apport de biens ne constituant pas des immobilisations. Ce faisant, le législateur français a tiré les conséquences qui découlent de l'article 4 de la Directive du 23 juillet 1990 et renforce le caractère intercalaire des fusions, scissions et apports d'actifs (1°), tout en maintenant les conditions destinées à sauvegarder les intérêts du Trésor (2°). En revanche, le transfert des pertes antérieures des sociétés apporteuse ou absorbée soulève encore des difficultés que la loi française ne règle pas de façon suffisamment claire (3°).

1° Exonération des bénéfices, plus-values et provisions

18. — Dans ce domaine la loi française satisfait, par avance, aux principales exigences de la directive et son adaptation apparaît relativement heureuse.

L'article 4-1 de la Directive prévoit une exonération des plus-values déterminées par la différence entre la valeur réelle des éléments d'actif et de passif transférés et leur valeur fiscale, cette dernière valeur étant entendue comme « la valeur qui aurait été retenue pour le calcul d'un profit ou d'une perte entrant en compte pour l'assiette d'un impôt frappant le revenu, les bénéfices ou les plus-values de la société apporteuse si ces éléments d'actif et de passif avaient été vendus lors de la fusion ou de la scission mais indépendamment d'une telle opération ».

L'exonération prévue par l'article 4-1 de la Directive concerne les plus-values dégagées sur les éléments d'actif et de passif transférés. Ne sont donc plus uniquement concernées par l'exonération les plus-values sur immobilisations mais également les plus-values dégagées sur les autres éléments d'actif (non immobilisés) tels que les stocks notamment. Cette extension du champ d'application de l'exonération a pour objet, conformément au 4° considérant de la Directive, d'éviter toute imposition à l'occasion de la fusion.

L'article 25 de la loi de finances rectificative pour 1991 s'aligne sur cette nouvelle définition du champ d'application de l'exonération en étendant le régime fiscal de faveur prévu à l'article 210 A aux éléments de l'actif autres que les immobilisations qui ne bénéficiaient pas antérieurement de l'exonération légale (Cons. d'État, 19 fév. 1969, req. n. 70.228 : *Droit fiscal* 1969, n. 21, comm. 707, concl. F. Lavondès) mais ouvraient droit à déduction de la perte constatée lors de l'apport (Cons. d'État, 25 mai 1983, req. n. 30.061 : *Droit fiscal* 1983, n. 40, comm. 1813). Cette modification du texte interviendra notamment les entreprises dont les stocks ont une rotation relativement lente et prennent de la valeur avec le temps : grâce à la Directive communautaire, les sociétés viticoles pourront enfin fusionner sans supporter de coût fiscal prohibitif !

L'absence de taxation est uniquement liée, dans le texte communautaire, au maintien, par la société absorbante ou bénéficiaire de l'apport, de la valeur fiscale que le bien avait pour la société absorbée, scindée ou apporteuse. Le maintien de cette valeur fiscale a pour conséquence que les amortissements et plus ou moins-values de cession postérieure ou les profits ou pertes découlant de la reprise d'une provision figurant au passif se calculent dans les mêmes conditions que celles qui auraient été appliquées par la société absorbée en l'absence de fusion ou opération assimilée.

Toutefois, si la législation d'un État autorise un calcul différent des amortissements ou des plus ou moins-values de cession, les dispositions précitées ne s'imposent pas (art. 4-3 de la Directive). Cela autorise le maintien du régime applicable en France aux plus-values d'apport de biens amortissables modifié sur certains points par l'article 25 de la loi de finances rectificative pour 1991.

Par ailleurs, la loi française assurait d'ores et déjà l'exonération des bénéfices en sursis d'imposition et des provisions conservant leur objet, c'est-à-dire, pour reprendre les termes de la directive, des éléments de passif transférés.

De même, la loi maintient — ainsi que le prévoit la directive (art. 7) — l'exonération définitive des plus-values dégagées sur les titres de participation lorsque la société, absorbante ou absorbée, détient des titres représentatif du capital de la société absorbée ou absorbante (C.G.I., art. 210-A-1, al. 2. — cf. Cons. d'État, 25 mai 1983, req. n. 32.372 : *Droit fiscal* 1983, n. 44, comm. 2050, concl. P. Rivière).

2° Conditions de l'exonération des bénéfices, plus-values et provisions

19. — La seule condition posée par la directive est l'obligation pour la société bénéficiaire de conserver aux biens transférés la valeur fiscale qu'ils avaient pour l'apporteuse (Dir. 90/434, art. 4-2). L'exonération est donc accordée indépendamment de la nature des biens et obligations transférés et de toute considération relative au traitement comptable de l'opération. Notamment, il importe peu que la plus-value soit dégagée sur des immobilisations ou sur des éléments de l'actif circulant ou encore que l'opération soit réalisée en valeur comptable ou en valeur réévaluée.

Outre cette condition de fond, le droit français conserve l'exigence formelle que, dans l'acte de fusion, la société absorbante prenne les engagements énoncés à l'article 210 A-3 du C.G.I., concernant notamment le calcul des plus-values de cession d'immobilisations amortissables, la réintégration des plus-values sur immobilisations amortissables et, désormais, la comptabilisation des éléments d'actifs apportés autres que les immobilisations. On se permettra toutefois de douter que la sévère sanction que la jurisprudence attachait à l'omission de l'un de ses engagements, à savoir la taxation de la plus-value, même afférente à des biens non amortissables (Cons. d'État, 6 mars 1981, req. n. 15.085 : *Droit fiscal* 1981, n. 45, comm. 1998, concl. P. Rivière), soit compatible avec la directive.

Cette sanction se justifie d'autant moins que, désormais l'Administration disposera d'un instrument de suivi et de contrôle des plus-values en report d'imposition grâce à l'état joint à la déclaration fiscale et au registre institués par l'article 54 septies nouveau du C.G.I. Ce texte comporte d'ailleurs une sanction sévère puisqu'il prévoit l'imposition immédiate des plus-values lorsque l'état prévu par le texte n'est pas joint à la déclaration établie au titre de l'année au cours de laquelle l'opération a été réalisée.

En revanche, l'application du régime fiscal des fusions ne devrait plus être subordonnée à la condition, toujours mentionnée dans la doctrine administrative, quoiqu'elle ait perdu sa raison d'être, que l'opération ne dégage pas une moins-value globale (Rép. min. n. 3799 à M. Tron : J.O. Déb. Sénat, 4 fév. 1964 : *Droit fiscal* 1964, n. 9, comm. 308. — Doc. adm. 4 I-1222, n. 12 s), condition dont le Conseil d'État a d'ailleurs jugé qu'elle était sans fondement légal (Cons. d'État, 25 mai 1983, req. n. 32.372 : *Droit fiscal* 1983, n. 44, comm. 2050, concl. P. Rivière) et qui est, désormais, certainement incompatible avec la Directive du 23 juillet 1990.

3° La question du report des pertes fiscales

20. — L'ambiguïté du régime fiscal des fusions — où la société absorbante est l'ayant cause universel de la société absorbée et lui succède dans toutes ses obligations y compris ses obligations fiscales (Cons. d'État, 16 avril 1969, req. n. 68.662 : *Droit fiscal* 1970, n. 51, comm. 1474, concl. L. Mehl. — 21 janv. 1976, req. n. 95.682 : *Droit fiscal* 1976, n. 29, comm. 1031, concl. P. Lobry) cependant que la fusion réalise une cession ou une cessation d'entreprise (Cons. d'État 6 mars 1981 précité) — a des conséquences particulièrement irritantes en matière de report des pertes fiscales subies tant par la société absorbante que par la société absorbée ou apporteuse (V. Gastineau, J.-Cl. Sociétés, Fasc. 4124, n. 142 et s. et les références citées).

Aussi, saut à solliciter un agrément administratif qui, en l'état de la jurisprudence, conserve un caractère discrétionnaire (Cons. d'État, 1^{er} juin 1988, req. n. 79.550 : *Droit fiscal* 1988, n. 41, comm. 1866), les entreprises sont-elles contraintes soit de choisir le sens de la fusion en tenant compte de la situation bénéficiaire ou déficitaire des sociétés concernées (Cons. d'État, 21 mars 1986, req. n. 53.002 : *Droit fiscal* 1986, n. 31, comm. 1446 ; R.J.F. 1986, n. 470, p. 298, concl. O. Fouquet, p. 267) soit de renoncer, en tout ou en partie, à l'exonération des plus-values d'apport de manière à apurer, dans la mesure du possible, les déficits antérieurs de la société apporteuse ou absorbée.

La Directive communautaire est d'un maigre secours en la matière car elle se borne à imposer aux États membres une obligation d'égalité de traitement dans les opérations transnationales (Dir. 90/434, art. 6). La réflexion devra donc être poursuivie en

ce domaine mais l'on se permettra d'observer que le caractère discrétionnaire de l'agrément administratif en matière de report des pertes en cas de fusion paraît difficilement compatible avec l'égalité de traitement voulue par la directive : comment savoir si cette égalité est assurée lorsque l'Administration n'est pas tenue de motiver ses décisions de refus ?

B. — Particularités des apports partiels d'actifs

21. — En dispensant d'agrément préalable les apports partiels d'actif de branche d'activité, la loi de finances pour 1976 du 30 décembre 1975 a institué deux conditions à cette dispense (C.G.I., art. 210 B-1, al. 2) :

— La première est que la société apporteuse prenne l'engagement de conserver pendant cinq ans les titres remis en contrepartie de l'apport. Cette exigence est motivée par le souci de l'Administration de prévenir l'abus de droit consistant à déguiser une véritable vente sous l'apparence d'un apport (Doc. adm. 4 I-221, n. 5) et, si elle n'est pas expressément prévue par la directive, elle peut être conforme à celle-ci dans la mesure où elle tend à refuser le bénéfice du régime spécial à une opération ayant pour objectif principal la fraude ou l'évasion fiscales (Dir. 90/434, art. 11-1 a). En quelque sorte, la loi présume l'absence d'un tel objectif lorsque la société apporteuse prend l'engagement de conservation de cinq ans tout en laissant à l'Administration le soin d'apprécier si, compte tenu des circonstances, un tel objectif est poursuivi par les parties lorsque la société apporteuse ne souhaite pas prendre cet engagement. Ici encore, on se trouve en présence d'un agrément de droit (v. *supra*, n. 4 et 9) :

— La seconde condition est beaucoup plus contestable car elle consiste à exiger de la société apporteuse que, même si elle cède après cinq ans les actions reçues en rémunération de l'apport de branche d'activité, elle calcule les plus-values de cession afférentes à ces titres par référence à la valeur fiscale des biens apportés. Ce faisant, la loi a dénaturé le régime fiscal des fusions applicable aux apports de branche d'activité, de sorte que celui-ci aboutit à une double imposition (1°) incompatible avec le « régime fiscal commun » établi par la Directive du 23 juillet 1990 et dont les conséquences sont particulièrement inacceptables en matière d'opération impliquant une société étrangère (2°).

1° Une double imposition...

22. — On a vu que le régime fiscal des fusions tend essentiellement à reporter l'imposition des plus-values et bénéfices, latents ou en sursis d'imposition à la date de l'opération, jusqu'à la date de leur réalisation effective par la société absorbante ou bénéficiaire des apports. Ce report se traduit par un transfert de la matière imposable de la société apporteuse ou absorbée — qui est exonérée de ce chef en application de l'article 210 A-1 du C.G.I. — à la société absorbante ou bénéficiaire des apports — qui devient imposable, selon des modalités diverses, en application de l'article 210 A-3 du C.G.I. et doit d'ailleurs tenir à cet effet le registre spécial institué par l'article 54 septies nouveau du C.G.I. De ce fait, et pour reprendre les termes de la Directive du 23 juillet 1990, les intérêts financiers de l'État sont sauvegardés par les dispositions prises au niveau de la société absorbante ou bénéficiaire des apports. En conséquence, les titres remis à la société apporteuse en rémunération de son apport ont, conformément au droit commun, une valeur fiscale égale à leur valeur réelle à la date de réalisation de l'apport et toute plus-value de cession ultérieure doit être calculée par référence à cette valeur réelle.

Telle est la solution qui prévalait en France avant la loi de finances pour 1976 (V. P. Gastineau, *Litec*, « Le régime fiscal des fusions de sociétés et opérations assimilées », n. 381, p. 217) et qui s'applique également dans d'autres pays, tels, par exemple, que le Royaume-Uni. En exigeant, comme condition de la dispense d'agrément, que la société apporteuse s'engage à calculer la plus-value de cession ultérieure des titres non pas par rapport à leur valeur réelle à la date de l'opération mais par référence à la valeur fiscale des actifs apportés, la loi tend à annuler l'exonération de la plus-value d'apport qui découle de l'article 210 A-1 et institue donc une double imposition de la même plus-value d'apport : une première fois en la mettant à la charge de la société bénéficiaire de l'apport (C.G.I., art. 210 A-3) et une seconde fois en la laissant à la charge de la société apporteuse à qui elle demande de s'engager à payer un impôt qu'elle ne doit pas sur une plus-value exonérée.

Cette double imposition, de création relativement récente puisqu'antérieurement à la loi de finances pour 1976, l'exonération de la plus-value d'apport du chef de la société apporteuse était définitive, n'est, évidemment, pas satisfaisante. Elle est d'ailleurs évitée lorsque, sur agrément, la société apporteuse répartit les titres reçus en rémunération de l'apport à ses propres actionnaires dans le délai d'un an (C.G.I., art. 210 B-2 et 115-2). On comprend, dès lors, qu'elle ait provoqué les interventions

des parlementaires (questions de M. Poudonson : J.O., *déb. Sénat*, 28 sept. 1978, p. 2271 ; *Droit fiscal* 1978, n. 48, *comm.* 1892 — de M. Tournan : J.O., *Déb. Sénat*, 19 mai 1979, p. 1387 ; *Droit fiscal* 1979, n. 29, *comm.* 1565) et n'ait cessé de susciter les critiques de la doctrine (v. notamment, P. Gastineau, *op. et loc. cit.* ; *Lamy fiscal*, n. 715, p. 398-399).

23. — Pour tenter de justifier cette double imposition, voire en dénier l'existence, l'Administration a avancé l'argument selon lequel l'engagement requis de la société apporteuse aurait « pour but d'empêcher cette dernière de dégrader de l'opération d'apport partiel d'actif des avantages fiscaux plus étendus que ceux qui découleraient d'une fusion complète. Dans ce cas, en effet, les plus-values obtenues à raison des cessions d'actions remises en échange des titres de la société absorbée sont déterminées à partir de la valeur fiscale de ces titres, sans qu'il y ait possibilité de les réévaluer en franchise d'impôt. Il en serait autrement en cas de fusion seulement partielle si les plus-values d'apport étaient définitivement exonérées » (Instr. 28 mai 1976 : *Droit fiscal* 1976, n. 39, I.D. 5190, reprise à la Doc. adm. 13 D-2213, n. 5 et 4 I-221, n. 10).

Cet argument — qui n'a pas convaincu (cf. Gastineau et Lamy fiscal, *op. et loc. cit.*) et pour cause — procède d'une confusion certaine entre deux opérations distinctes — savoir l'échange de titres et l'apport d'actifs — et deux niveaux d'imposition, celui de la société apporteuse et celui de ses actionnaires. S'il est vrai que l'opération de fusion comporte à la fois un apport d'actifs par la société absorbée et un échange de titres de la société absorbée contre des titres de la société absorbante et, par conséquent, deux plus-values distinctes, l'une (la plus-value d'apport des actifs) exonérée du chef de la société absorbée qui disparaît mais dont l'imposition est transférée à la société absorbante, l'autre (la plus-value d'échange des titres) dont l'imposition est reportée chez l'actionnaire, l'apport partiel d'actif ne comporte que l'apport d'actifs et ne génère qu'une seule plus-value.

En faisant le parallèle avec la fusion, l'Administration fait comme si la société qui procède à un apport partiel d'actif cumulait les qualités de société absorbée (qui réalise une plus-value d'apport exonérée mais reportée sur la société absorbante) et d'actionnaire de cette même société absorbée (qui réaliserait une plus-value d'échange d'actions reportée lors de la cession desdites actions). Ce télescopage est évidemment absurde. Au demeurant, dans la fusion, ces plus-values distinctes ont des valeurs différentes : la plus-value d'apport (constatée par la société absorbée mais dont l'imposition est reportée sur la société absorbante) se calcule d'après la valeur d'origine des actifs apportés, cependant que la plus-value d'échange de titres (constatée chez l'actionnaire mais reportée) se détermine par référence au prix d'acquisition par l'actionnaire des actions de la société absorbée et non pas par rapport à la valeur fiscale des actifs de cette dernière. Bref, l'assimilation proposée par l'Administration suppose une méconnaissance totale de la personnalité juridique et fiscale des sociétés concernées.

Le parallèle avec les conséquences fiscales des fusions et scissions est d'autant moins acceptable que, lorsque la fusion ou la scission dégage non seulement une plus-value d'apport des actifs mais aussi une plus-value sur les titres que l'une des sociétés détient dans le capital de l'autre, cette plus-value est définitivement exonérée (C.G.I., art. 210 A-1, al. 2). De même encore, c'est précisément lorsque l'apport partiel d'actif se rapproche le plus de la fusion ou de la scission, à savoir quand les titres reçus en rémunération de l'apport sont répartis entre les actionnaires de la société apporteuse, que la plus-value d'apport est définitivement exonérée (C.G.I., art. 210 B-2).

2°... Incompatible avec la directive

24. — Cet étrange dispositif est, à coup sûr, incompatible avec le « régime fiscal commun » défini par la Directive du 23 juillet 1990 qui applique très clairement aux apports partiels d'actifs les dispositions des articles 4, 5 et 6 concernant le report d'imposition des plus-values d'apport, bénéfices et provisions et le transfert des pertes applicables en cas de fusion et de scission (Dir. 90/434, art. 9), sans aucunement permettre aux États membres de subordonner l'application de ces dispositions à des conditions que la directive ne prévoit pas. En particulier, si l'article 8 de la Directive permet aux États membres de taxer les profits de cession de titres de société ayant fait l'objet de fusion, de scission ou d'échange d'actions par référence à la valeur fiscale qu'avaient les titres échangés avant l'opération, ce texte suppose qu'il y ait eu, pour les associés des sociétés concernées, une substitution de titres à d'autres titres. Il ne vise nullement les apports d'actifs.

Au total, le « régime fiscal commun » distingue très clairement les conséquences fiscales des apports d'actif et celle des échanges d'actions. Il interdit toute confusion, du type de celle qu'ont

instauré la doctrine administrative et la loi françaises, entre les apports de branche d'activité et les apports de participations. Il exclut, de même, la double imposition à laquelle la loi française subordonne la dispense d'agrément des apports de branche d'activité.

C'est pourquoi, sans attendre la modification du texte législatif français dans le sens proposé par un parlementaire lors de l'examen de la loi de finances rectificative pour 1991 (amendement n° 85 proposé par M. Gantier : *J.O., débats Ass. Nat.*, 4 déc. 1991, p. 7193), on doit, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, tenir pour non écrite, depuis le 1^{er} janvier 1992, la condition relative au calcul des plus-values de cession de titres reçus en rémunération d'un apport de branche d'activité figurant à l'article 210 B-1, al. 2 (b), du C.G.I. A tout le moins, cette condition ne saurait-elle être valablement imposée à une société qui solliciterait l'agrément prévu par la loi pour admettre un apport de branche d'activité au régime fiscal des fusions.

25. — L'abandon de cette exigence est, en outre, seul de nature à rendre conforme au « régime fiscal commun » le traitement fait en France à l'apport à une société française de l'établissement stable d'une société étrangère en France, c'est-à-dire notamment à la filialisation, par une société étrangère, de sa succursale française.

Antérieurement à la Directive du 23 juillet 1990, l'Administration des impôts avait émis l'opinion qu'une telle opération nécessitait un agrément préalable (*Rép. min. à M. Mesmin : J.O., déb. Ass. Nat.*, 14 fév. 1983, p. 780 ; *B.O.D.G.I.* 4 I-1-83 ; *Droit fiscal* 1983, n. 23, I.D. 7743).

Pour se prononcer ainsi, l'Administration retenait que, si l'article 210 C du C.G.I. ne prévoit d'agrément qu'en cas d'apport d'une société française à une société étrangère et non pas dans le cas inverse d'un apport d'une société étrangère à une société française, l'opération n'en tombe pas moins sous le coup des dispositions de l'article 210 B du C.G.I. qui ne comporte de dispense d'agrément que lorsque la société apporteuse prend le double engagement prévu par la loi de finances pour 1976. Or, ajoutait-elle, si la société étrangère est établie dans un État ayant conclu avec la France une convention contre les doubles impositions conférant, comme c'est généralement le cas, le droit d'imposer les plus-values de cession d'actions à l'État du siège de la société cédante, la société étrangère ne pourrait pas, par définition, s'engager à soumettre à l'imposition en France lors de la cession des actions de sa filiale la plus-value dégagée lors de l'apport des éléments d'actif de sa succursale.

Cette position est désormais insoutenable, au moins à l'égard des sociétés étrangères ayant leur siège dans un État membre de la Communauté européenne. En effet, comme on vient de le voir, l'exigence que la société apporteuse calcule les plus-values de cession ultérieure des actions rémunérant l'apport d'une branche d'activité par référence à la valeur fiscale des actifs apportés est incompatible avec le « régime fiscal commun » des fusions et opérations assimilées. De plus, l'article 10 de la Directive concernant le cas particulier de l'apport d'un établissement stable énonce que « l'État où est situé l'établissement stable et l'État de la société bénéficiaire (de la fusion, d'une scission ou d'un apport d'actifs) appliquent à cet apport les dispositions de la directive comme si le premier État était celui de la société apporteuse ». Autrement dit, dans l'hypothèse envisagée, la France — qui est à la fois l'État où est situé l'établissement stable et, de surcroît, si la société réceptrice des apports est une société française, celui de la société bénéficiaire — est tenue d'appliquer le « régime fiscal commun des fusions », y compris notamment l'exonération des plus-values d'apport et des bénéfices et provisions en sursis d'imposition (*Dir. 90/434, art. 4 à 6*) comme si la société apporteuse était française, et alors même que, par définition, elle ne l'est pas et que la plus-value de cession ultérieure des actions de la société bénéficiaire de l'apport ne serait pas imposable en France.

On voit ainsi que, sur de nombreux points, l'adaptation du régime fiscal des fusions, scissions et, surtout, des apports partiels d'actifs à la Directive communautaire nécessite des révisions du dispositif français plus importantes que les modestes aménagements apportés par l'article 25 de la loi de finances rectificative pour 1991.

III. — IMPOSITION DES ASSOCIÉS DES SOCIÉTÉS CONCERNÉES

26. — La Directive n. 90/434 du 23 juillet 1990 pose, dans son article 8-1, un principe extrêmement simple :

« L'attribution, à l'occasion d'une fusion, d'une scission ou d'un échange d'actions de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire ou acquéreur à un associé de la société apporteuse ou acquise, en échange des titres représentatifs du capital social de cette deuxième société, ne doit, par elle-même,

entraîner aucune imposition sur le revenu, les bénéfices ou les plus-values de cet associé. »

Cette absence d'imposition est toutefois subordonnée à la condition que « l'associé n'attribue pas aux titres reçus en échange une valeur fiscale plus élevée que celle que les titres échangés avaient avant (l'opération) » et elle n'empêche pas les États membres d'imposer le profit résultant de la cession ultérieure des titres (*Dir. 90/434, art. 8-2*). C'est donc, comme pour les plus-values d'apport réalisées par les entreprises, un régime de report d'imposition qui est instauré par la directive. Ce report d'imposition n'interdit cependant pas la taxation immédiate de la soule en espèces qui peut être versée à l'occasion de l'opération (*Dir. 90/434, art. 8-4*) et la directive n'exclut pas que l'associé puisse opter pour une imposition immédiate (*Dir. 90/434, art. 8-3*).

Cette relative simplicité du texte communautaire contraste fortement avec la complexité du dispositif français. Certes, la loi française comporte une disposition de portée relativement générale qui énonce qu'en cas de fusion de sociétés ou de scission, l'attribution gratuite des titres représentatifs de l'apport aux membres de la société apporteuse n'est pas considérée comme une distribution de revenus mobiliers (*C.G.I., art. 115*), mais cette disposition ne résout pas entièrement la question puisque l'attribution de titres représentatifs du capital de la société absorbante, bénéficiaire des apports ou acquéreuse en échange des titres de la société absorbée, scindée ou acquise est considérée comme une cession à titre onéreux dont les plus-values qu'elle génère sont en principe imposables. Bien que la loi dispose également que les plus-values résultant de l'attribution gratuite d'actions ou de parts sociales opérée dans les conditions de l'article 115, c'est-à-dire en cas de fusion de sociétés ou de scission, sont exonérées de l'impôt sur le revenu (*C.G.I., art. 159-2*), le Conseil d'État a jugé que cette disposition ne concernait que l'impôt progressif sur le revenu et n'excluait pas l'application d'un impôt proportionnel sur les plus-values de cession de valeurs mobilières (*Cons. d'État, 20 oct. 1978, req. n. 4423 : Droit fiscal* 1979, n. 22, comm. 1110, concl. P. Rivière ; *Bull. Joly*, 5 326, p. 554. — 27 juin 1979, req. n. 7286 et 12.450 : *Droit fiscal* 1979, n. 41, comm. 1945). En outre, cette disposition ne concerne pas les personnes morales passibles de l'impôt sur les sociétés.

Il était donc nécessaire de transposer la directive dans chacun des régimes que comporte la loi française pour l'imposition des plus-values de cession d'actions ou de parts sociales, qu'il s'agisse des plus-values d'entreprise ou des divers régimes d'impositions des plus-values des particuliers.

Les modifications apportées par l'article 25 de la loi de finances rectificative pour 1991 ne concernent que les plus-values réalisées par les entreprises (A), le législateur laissant inchangé le régime d'imposition des plus-values réalisées par les particuliers qui avait été réformé, peu de temps auparavant, par la loi n. 91-716 du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier (B).

A. — Imposition des plus-values réalisées par les entreprises

27. — L'article 25 de la loi de finances rectificative n'institue pas moins de trois régimes distincts d'imposition des plus-values d'échange de titres correspondant aux opérations visées par la Directive du 23 juillet 1990, sans compter les dispositions relatives aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières qui n'entrent pas dans le champ d'application du texte communautaire.

La loi distingue en effet entre les échanges effectués dans le cadre d'une offre publique d'échange (*C.G.I., art. 38-7*), ceux qui résultent d'une fusion ou d'une scission de sociétés (*C.G.I., art. 38-7 bis nouveau*) et les apports de titres de participation qu'elle assimile à des apports de branche d'activité (*C.G.I., art. 210 B-1, 3^e al. nouveau*). C'est beaucoup ; c'est trop car il n'y a guère de différence entre ces trois régimes (1^o), et paradoxalement, ce n'est pas assez car la loi ne couvre pas le cas des échanges de titres au sens de la directive qui ne prennent ni la forme d'offre publique d'échange ni celle d'apport en société (v. *supra*, n. 11). De plus, l'assimilation des apports de participations à des apports de branche d'activité n'est pas particulièrement heureuse (2^o).

1^o Dispositions communes

28. — Que l'échange de titres soit consécutif à une offre publique d'échange, à une fusion ou à une scission ou à un apport de participations assimilé à un apport de branche d'activité, les principes sont les mêmes et, pour l'essentiel, conformes à l'article 8 de la Directive.

Le profit ou la perte résultant de l'échange d'actions (en cas d'O.P.E.) ou de droits sociaux (en cas de fusion, de scission ou

d'apport de participations) n'est pas immédiatement imposable et l'imposition est reportée à la date de cession des titres reçus en échange. Cela résulte expressément des dispositions des paragraphes 7 et 7 bis nouveau de l'article 38 du C.G.I. Pour les apports de participations assimilés à des apports de branche d'activité, le même résultat découle de l'application du régime des apports partiels d'actif dispensés d'agrément qui comporte, comme dit ci-dessus, d'une part, l'exonération de la plus-value d'apport des biens non amortissables (C.G.I., art. 210 A-1), d'autre part, comme condition de la dispense d'agrément, l'engagement de la société apporteuse de calculer les plus-values de cession ultérieure des titres reçus en rémunération de l'apport par référence à la valeur fiscale des titres apportés (C.G.I., art. 210 B-1, 2^e al., b).

Toutefois, en cas d'échange avec soulte et ainsi que le permet l'article 8-4 de la Directive, la soulte est immédiatement taxée, éventuellement selon le régime des plus-values à long terme au titre de l'exercice pendant lequel l'échange est intervenu (2^e al. nouveau des 7 et 7 bis de l'article 38, applicables en cas d'apport de participations assimilés à des apports de branche d'activité par le renvoi du 3^e al. nouveau de l'article 210 B-1).

Enfin, contrairement à ce qui était originairement prévu dans le projet du Gouvernement, la loi ne lie pas le report d'imposition au maintien de la valeur comptable des titres au bilan. Cette exigence comptable ne trouvait aucun fondement dans la directive qui ne vise que les valeurs fiscales et se désintéresse des valeurs comptables (Dir. 90/434, art. 8-2). Elle était d'ailleurs assez inutile dans la mesure où la valeur comptable ne correspond pas nécessairement à la valeur fiscale qui servira de base de calcul d'ultérieures plus-values de cession et où l'Administration peut suivre les valeurs fiscales des titres grâce à l'état joint à la déclaration annuelle et au registre institués par l'article 54 septies nouveau du C.G.I.

2^e Particularités des apports de participations assimilés à des apports de branche d'activité

29. — La technique législative qui consiste à assimiler les apports de participations à des apports de branche d'activité n'est pas seulement discutable dans son principe (v. *supra*, n. 11). Elle présente en outre le grave inconvénient d'engendrer la double imposition, propre aux apports partiels d'actif dispensés d'agrément, qui découle de la combinaison des engagements requis tant de la société bénéficiaire de l'apport en application de l'article 210 A-3 du C.G.I. que de la société apporteuse en application de l'article 210 B-1, al. 2, du même code (*supra*, n. 22).

Cette double imposition des apports de participation se heurte aux mêmes critiques que celles qui ont été exposées à propos des apports de branche d'activité (v. *supra*, n. 23 et 24).

Si, dans le cas des apports d'actif proprement dits, c'est le maintien de l'imposition de la plus-value d'apport du chef de la société apporteuse prévu par l'article 210 B qui est critiquable, dans le cas des apports de participations, c'est l'obligation imposée à la société bénéficiaire de l'apport par l'article 210 A-3-c de calculer les plus-values de cession ultérieures des titres apportés d'après la valeur fiscale de ces titres chez la société apporteuse qui est injustifiable et manifestement contraire à la directive. En effet, l'article 8 de la Directive ne prévoit, en matière d'échange d'actions, que le report de l'imposition chez l'apporteur des actions de la société acquise en cas de « cession ultérieure des titres reçus » (Dir. 90/434, art. 8-2, al. 2). Ni ce texte, ni aucune autre disposition de la directive — et notamment pas l'article 4 relatif aux fusions et scissions, rendu applicable aux apports d'actifs par l'article 9 — ne permet, en matière d'échange d'actions, d'imposer la même plus-value d'apport chez la société bénéficiaire de l'apport en cas de cession ultérieure des titres apportés.

La méconnaissance de la directive est si évidente que l'on se prend à se demander si, en proposant le texte qui est à l'origine de l'article 25 de la loi de finances rectificative pour 1991, l'Administration n'a pas plus songé à conforter sa doctrine antérieure qu'à véritablement introduire en France le « régime fiscal commun » des fusions et opérations assimilées défini par la directive.

B. — Imposition des plus-values réalisées par les particuliers

30. — Ainsi que l'a justement relevé un parlementaire, l'adaptation de la législation à la directive en matière de fiscalité des personnes physiques fait défaut dans le texte qui est devenu l'article 25 de la loi de finances rectificative pour 1991 (Intervention de M. Gantier : J.O., Déb. Ass. Nat., 4 déc. 1991, p. 7190).

Comme on l'a vu précédemment, l'adaptation — pour le moins imparfaite — du « régime fiscal commun » applicable aux échan-

ges d'actions ne concerne que les sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés (*supra*, n. 11) et non pas les plus-values professionnelles réalisées par les entreprises individuelles ou les sociétés de personnes relevant de l'impôt sur le revenu.

Pour les particuliers, le régime des échanges d'actions reste défini par l'article 92 B-II du C.G.I. dans la rédaction issue de l'article 24 de la loi n. 91-716 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier du 26 juillet 1991 (Droit fiscal 1991, n. 31, comm. 1584). En principe, le report d'imposition que ce texte institue est conforme à la directive, encore qu'il ne concerne pas les opérations d'échanges de titres autres que les offres publiques, fusions, scissions et apports à des sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés (sur ce dernier point v. *supra*, n. 15). Comme le prévoit la directive, le report s'applique en cas d'échange avec soulte à condition que celle-ci n'excède pas 10 % de la valeur nominale des titres reçus et, comme le permet la directive, la loi prévoit la taxation immédiate de la partie de la plus-value correspondant à la soulte reçue.

Toutefois, ce nouveau régime de report d'imposition n'en comporte pas moins des conséquences fiscales, certes quelque peu indirectes, qui paraissent incompatibles avec l'objectif, fixé par la directive, de n'entraîner « aucune imposition sur le revenu, les bénéfices ou les plus-values de l'associé » qui se voit attribuer des titres de la société absorbante, bénéficiaire des apports ou acquéreuse en échange des titres qu'il détenait dans la société absorbée, scindée ou acquise (Dir. 90/434, art. 8-1).

D'une part, il semble, bien que l'Administration n'ait pas encore fait connaître sa position sur ce point, que les opérations ouvrant droit au report d'imposition doivent être prises en compte pour déterminer le montant annuel des cessions à comparer avec le seuil d'imposition défini au 1^{er} alinéa de l'article 92 B-1. Ainsi, un porteur de valeurs mobilières cotées qui aurait réalisé en 1991 moins de 316.900 F de cessions dans l'année et qui, de ce fait, ne serait pas imposable sur les plus-values réalisées deviendrait imposable sur ces mêmes plus-values pour la raison qu'une des sociétés dont il détient des actions aurait procédé à une fusion ou à une scission ou que lui-même aurait apporté ses titres à une offre publique d'échange ou une autre opération entrant dans le champ d'application de la directive. Cela n'est pas satisfaisant et cela ne paraît pas autorisé par l'article 8-1 précité de la directive. Ni ce texte, ni l'esprit de la directive ne permettent de percevoir, du fait d'une des opérations qu'il vise, une imposition quelconque sur les plus-values de l'associé, y compris sur des plus-values, autres que celles résultant de l'opération d'échange, qui seraient réalisées, par ailleurs.

D'autre part, le report d'imposition institué par l'article 92 B-II du C.G.I. prend fin en cas de cession des titres reçus lors de l'échange de sorte que, bien qu'ici encore la position de l'Administration ne soit pas connue, il semble qu'en cas d'échanges de titres successifs — par exemple, en cas de fusion suivie ou précédée d'offre publique d'échange — l'actionnaire qui aura bénéficié du report d'imposition pour la première opération verra ce report prendre fin à l'occasion de la seconde et cela alors même que la plus-value réalisée à l'occasion de la seconde opération pourrait elle-même être reportée. Autrement dit, ici encore, le mécanisme du report d'imposition n'entraînerait certes pas l'imposition de la plus-value résultant de l'opération elle-même mais provoquerait la taxation d'une autre plus-value qui avait été reportée antérieurement. Ce résultat ne paraît pas non plus compatible avec les dispositions et les objectifs de la directive.

Le régime du report d'imposition des plus-values réalisées par les particuliers à l'occasion d'échange de titres demande donc à faire l'objet de quelques adaptations pour être conforme au « régime fiscal commun » défini par la directive.

CONCLUSION

31. — Au terme de cette étude, il apparaît que beaucoup reste encore à faire pour transposer complètement en droit français le « régime fiscal commun » des fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions. Les divergences qui subsistent entre le dispositif français et la Directive du 23 juillet 1990 sont d'autant plus regrettables que si, en nouant un contentieux, les contribuables sont en mesure de faire prévaloir les dispositions de la directive sur celles de la loi ou, *a fortiori*, sur les textes réglementaires ou la doctrine administrative, qui ne seraient pas conformes au « régime fiscal commun », cette voie demeure longue et n'est pas entièrement dépourvue d'incertitudes. La sécurité juridique que nécessitent tout particulièrement les opérations dont il est question s'accommode mal d'un conflit de normes même si l'issue finale ne fait guère de doute. Il est donc à espérer que, dans un bref délai, la législation fiscale française, la réglementation le cas échéant, et la doctrine administrative soient mises en conformité avec le « régime fiscal commun » défini par les directives communautaires.