

Document 1 de 1



Droit fiscal n° 18-19, 4 Mai 2016, comm. 314

## L'obligation de l'absorbante de souscrire certains engagements dans l'acte de fusion est compatible avec la directive fusions

Commentaire par Damien Billet  
avocat associé, SBKG & associés  
barreau de Marseille

### Directive fusions

#### Sommaire

**Le juge refuse d'apprécier la compatibilité de l'obligation prévue par le 3 de l'article 210 A du CGI de prendre certains engagements dans l'acte de fusion avec la directive fusions n° 90/434/CEE du 23 juillet 1990 pour des opérations internes. En tout état de cause, cette obligation n'est pas incompatible avec la directive précitée dans la mesure où elle n'a pas pour effet de rendre pratiquement impossible l'application du régime de faveur.**

CE, 9e et 10e ss-sect., 20 janv. 2016, n° 376980, SARL Essonne Bennes Services (EBS), concl. É. Bokdam-Tognetti, note D. Billet : JurisData n° 2016-001189

Mentionné aux tables du recueil Lebon

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond qu'à la suite d'une vérification de comptabilité de la SARL Essonne Bennes Service (EBS), anciennement dénommée SARL Entreprise générale de maçonnerie et de services (EGMS), l'Administration a remis en cause l'application du régime de faveur prévu par l'article 210 A du Code général des impôts dont la société avait cru pouvoir bénéficier à l'occasion de la dissolution sans liquidation, réalisée sur le fondement de l'article 1844-5 du Code civil, d'une première société EBS dont elle détenait l'intégralité des parts composant le capital social ;

2. Considérant qu'aux termes du premier alinéa du 1 de l'article 210 A du Code général des impôts : « *Les plus-values nettes et les profits dégagés sur l'ensemble des éléments d'actif apportés du fait d'une fusion ne sont pas soumis à l'impôt sur les sociétés* » ; qu'il ressort des travaux préparatoires de l'article 25 de la loi du 30 décembre 1991 de finances rectificative pour 1991, dont sont issues ces dispositions, que celles-ci avaient pour objet de transposer la directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents et que le législateur n'a pas entendu, à cette occasion, traiter moins favorablement les fusions opérées uniquement entre sociétés françaises, qui sont hors du champ de cette directive, que celles qui mettent en cause les sociétés d'un autre État membre, qui sont dans le champ de cette directive ; que, dès lors, la notion de fusion prévue par ces dispositions doit être interprétée à la lumière de la définition qu'en donne la directive ; qu'ainsi, les opérations mentionnées à l'article 1844-5 du Code civil, relatives à la transmission universelle du patrimoine de la société à son associé unique, qui constituent des fusions au sens de l'article 2 de la directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990, entraînent, dès l'entrée en vigueur de la nouvelle rédaction de l'article 210 A du Code général des impôts, dans le champ d'ap-

plication de l'exonération prévue par cet article, sans qu'y fasse obstacle la circonstance qu'elles pourraient ne concerner que des sociétés françaises ;

3. Considérant toutefois que l'application du régime de faveur prévu par le 1 de l'article 210 A du Code général des impôts est subordonnée à la condition que la société absorbante respecte les prescriptions énoncées au 3 du même article, prévoyant notamment que la société absorbante s'engage, dans l'acte de fusion, à reprendre les provisions dont l'imposition est différée et à réintégrer dans ses bénéfices imposables les plus-values dégagées lors de l'apport des biens amortissables ; qu'il suit de là qu'en jugeant que, pour bénéficier de l'exonération d'imposition des plus-values constatées à l'occasion d'une dissolution sans liquidation réalisée sur le fondement de l'article 1844-5 du Code civil, la société absorbante devait avoir pris cet engagement dans l'acte de dissolution, la cour n'a pas commis d'erreur de droit ;

4. Considérant que si la directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990 fait obstacle, pour les fusions impliquant des sociétés établies dans au moins deux États membres différents, à ce que ceux-ci imposent des conditions rendant pratiquement impossible le bénéfice du régime fiscal qu'elle prévoit, le moyen tiré de ce que l'obligation de mentionner dans l'acte de fusion l'engagement prévu par le 3 de l'article 210 A du Code général des impôts serait incompatible avec les objectifs de la directive ne peut être utilement invoqué lorsqu'est en cause une opération qui n'implique que des sociétés établies en France ; qu'au demeurant, l'obligation ainsi posée n'a pas pour effet de rendre pratiquement impossible l'application du régime de faveur ; que ce motif, qui répond au moyen soulevé devant les juges du fond et ne comporte l'appréciation d'aucune circonstance de fait, doit être substitué au motif juridiquement erroné retenu par l'arrêt attaqué, dont il justifie légalement le dispositif ;

5. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la SARL EBS n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque ; (...)

## Conclusions

### 1. Faits et procédure

1 - À la fin de l'année 2001, la SARL Entreprise Générale de Maçonnerie Services (EGMS) a procédé à la dissolution sans liquidation de sa filiale, la SARL Essonne Bennes Services (EBS), emportant transmission universelle de son patrimoine, par application des dispositions de l'article 1844-5 du Code civil. À l'issue de ces opérations, elle a par ailleurs repris le nom de sa filiale dissoute. Pour la détermination de ses bases imposables à l'impôt sur les sociétés de l'exercice clos le 31 mars 2002, la société EMGS, ainsi devenue société EBS, a placé la plus-value résultant de cette opération, correspondant à la différence entre l'actif net de la société confondue et la valeur des titres de participation de cette société qu'elle détenait, sous le régime de faveur des fusions, scissions et apports d'actifs, en invoquant l'article 210-0 A du CGI. À l'issue d'une vérification de comptabilité, l'Administration a toutefois remis en cause le bénéfice de ce régime, en relevant que l'article 210-0 A, qui a étendu aux transmissions universelles de patrimoine le régime fiscal des fusions prévu à l'article 210 A du code, n'était entré en vigueur qu'au 1er janvier 2002.

La société a porté l'affaire devant le tribunal administratif de Versailles, qui a fait droit à sa demande, avant que la cour administrative d'appel de Versailles, par un premier arrêt du 1er mars 2011, n'annule ce jugement sur appel du ministre et ne remette à la charge de la société les suppléments d'impôt sur les sociétés et de contribution additionnelle à cet impôt en litige, au motif que l'article 210-0 A du CGI ne s'appliquait qu'aux opérations réalisées à compter du 1er janvier 2002 et que les opérations de dissolution sans liquidation après transmission universelle de patrimoine ne pouvaient bénéficier, avant l'entrée en vigueur de ces dispositions, du régime de faveur prévu par les articles 210 A et suivants du code.

Par une décision du 28 décembre 2012, vous avez cassé cet arrêt. Vous avez fait application de votre jurisprudence du 17 juin 2011 (*CE, 9e et 10e ss-sect., 17 juin 2011, n° 324392, SARL Méditerranée automobiles et n° 314667, Sté Finaparc : Dr. fisc. 2011, n° 37, comm. 502, concl. P. Collin, note P.-F. Racine ; RJF 10/2011, n° 1035 ; RJF 11/2011, p. 1019, chron. C. Raquin*), dans laquelle vous avez jugé que, dès lors qu'il ressortait des travaux préparatoires de l'article 25 de la loi n° 91-1323 du 30 décembre 1991 de finances rectificative pour 1991, dont sont issues les dispositions du 1 de l'article 210 A du CGI, que celles-ci avaient pour objet de transposer la directive n° 90/434/CEE du 23 juillet 1990 (dite « fusions ») et que le législateur n'avait pas entendu, à cette occasion, traiter moins favorablement les fusions opérées uniquement entre sociétés françaises, hors champ de cette directive, par rapport à celles mettant en cause les sociétés d'un autre État membre, dans le champ de cette directive, la notion de fusion prévue par ces dispositions devait être

interprétée à la lumière de la définition qu'en donne la directive. Vous en avez déduit que les opérations mentionnées à l'article 1844-5 du Code civil entraînent, dès l'entrée en vigueur de la nouvelle rédaction de l'article 210 A du CGI - bien avant l'adoption et l'entrée en vigueur de l'article 210-0 A de ce code -, dans le champ d'application de l'exonération prévue par l'article 210 A, sans qu'y fasse obstacle la circonstance qu'elles pourraient ne concerner que des sociétés françaises.

Saisie après renvoi, la cour de Versailles a, par un nouvel arrêt du 28 janvier 2014 (*CAA Versailles, 3e ch., 28 janv. 2014, n° 13VE00293, min. c/ SARL EBS : JurisData n° 2014-007431 ; Dr. fisc. 2014, n° 20, comm. 322, concl. F. Locatelli, note D. Billet ; RJF 6/2014 n° 553*), tiré les conséquences de votre décision en constatant que le ministre ne pouvait utilement soutenir que le régime de faveur ne s'appliquait qu'aux opérations de transmission universelle de patrimoine réalisées après le 1er janvier 2002. Elle a, en revanche, accueilli la demande de substitution de motifs invoquée par le ministre, tirée de ce que la SARL EBS n'avait pas pris, lors de la réalisation de l'opération litigieuse, l'engagement formel requis dans l'acte de fusion par le 3 de l'article 210 A du CGI, qui dispose que l'application des dispositions de cet article « est subordonnée à la condition que la société absorbante s'engage, dans l'acte de fusion, à respecter » certaines prescriptions (notamment la reprise au passif des provisions dont l'imposition est différée, la substitution à la société absorbée pour la réintégration des résultats dont la prise en compte avait été différée pour l'imposition de cette dernière, le calcul des plus-values réalisées ultérieurement à l'occasion de la cession des immobilisations non amortissables qui lui sont apportées d'après leur valeur dans les écritures de l'absorbée, la réintégration étalée sur plusieurs années dans ses bénéfices imposables des plus-values dégagées lors de l'apport des biens amortissables, et l'inscription à son bilan des éléments autres que les immobilisations pour la valeur qu'ils avaient, du point de vue fiscal, dans les écritures de la société absorbée). Après avoir estimé que cet engagement constituait une formalité substantielle qui n'avait pas été respectée par la société dans l'acte de dissolution relatif à l'opération litigieuse, la cour a estimé que la société n'était pas fondée à soutenir qu'en lui opposant le défaut de cet engagement, le ministre méconnaîtrait la directive fusions. La cour a, dès lors, fait droit à l'appel du ministre. C'est l'arrêt attaqué devant vous par la société EBS.

## 2. Discussion

2 - À l'appui de son pourvoi, la société soutient que la cour a commis une erreur de droit en jugeant qu'elle ne pouvait bénéficier de l'application du régime de faveur au motif qu'elle n'avait pas pris l'engagement formel prévu au 3 de l'article 210 A du CGI.

Ce moyen se subdivise en deux branches.

**3 - La première est tirée de ce que la condition édictée par le 3 n'est pas applicable à une opération de transmission universelle de patrimoine, laquelle ne donne pas lieu à l'établissement d'un « acte de fusion ».**

L'argumentation de la société nous semble, sur ce point, d'assez mauvaise foi : on ne peut vouloir le beurre et l'argent du beurre. Dès lors qu'une opération mentionnée à l'article 1844-5 du Code civil doit être regardée comme une « fusion » au sens de l'article 210 A du CGI, il y a lieu de lui appliquer l'ensemble des dispositions de cet article, y compris l'exigence de l'engagement formel prévu par son 3. Pour l'application de ces dispositions, « l'acte de fusion » doit être entendu, s'agissant d'une opération réalisée sur le fondement de l'article 1844-5 du Code civil, comme l'acte décidant la dissolution de la société sans liquidation.

C'est donc à bon droit que la cour a jugé, pour apprécier si la société EBS avait satisfait à la condition posée par le 3 de l'article 210 A du CGI, que l'acte de dissolution avait le caractère d'un « acte de fusion » au sens de ces dispositions et qu'elle a recherché si cet acte comportait l'engagement qu'elles prévoient, en jugeant qu'il ne suffisait pas que la société fasse valoir ex post, alors qu'elle n'avait pris aucun engagement formel ce sens, qu'elle a respecté sur le fond les prescriptions posées par ces dispositions.

**4 - La seconde branche du moyen, plus intéressante, consiste à soutenir que la cour a commis une erreur de droit en jugeant qu'en lui opposant le défaut d'engagement prévu par les dispositions du 3 de l'article 210 A du CGI, le ministre ne méconnaissait pas la directive du 23 juillet 1990, notamment les objectifs de son article 4.**

S'agissant des opérations intracommunautaires, entrant dans le champ de la directive, nous ne croyons pas que l'exigence d'un engagement formel dans l'acte de fusion de respecter les prescriptions de fond posées au bénéfice du régime de faveur méconnaisse la directive et les objectifs qu'elle fixe.

En effet, conformément à une jurisprudence constante de la Cour, rappelée par exemple dans son arrêt du 18 octobre 2012 (*CJUE, 5e ch., 18 oct. 2012, aff. C-603/10, Pelati d.o.o., pt 20 : Dr. fisc. 2012, n° 43, act. 413 ; Europe 2012,*

*comm. 493, note A.-L. Mosbruckeer ; RJF 1/2013, n° 125. - V. E. Raingeard de la Blétière, Droit de l'Union européenne : chronique de l'année 2012 : Dr. fisc. 2013, n° 9, 169*), en l'absence de réglementation de l'Union en la matière, les modalités procédurales visant à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union relèvent de l'ordre juridique de chaque État membre, à condition toutefois qu'elles ne soient pas moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne - c'est le principe d'équivalence - et qu'elles ne rendent pas impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union - c'est le principe d'effectivité (*CJCE, gde ch., 19 sept. 2006, aff. C-392/04 et C-422/04, i-21 Germany GmbH et a., pt 57 : Rec. CJCE 2006, I, p. 18559 ; AJDA 2006, p.2275, chron. E. Broussy, F. Donnat et Ch. Lambert. - CJUE, 1re ch., 30 juin 2011, aff. C-262/09, Meilicke et a., pt. 55 : Rec. CJCE 2011, p. 5669 ; Dr. fisc. 2011, n° 27, act. 218 ; Europe 2011, comm. 302, note A.-L. Mosbruckeer ; RJF 11/2011, n° 1250. - V. L. Bernardeau, Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe (avr.-août 2011) : Dr. fisc. 2011, n° 35, 480*).

Dans l'affaire *Pelati*, la Cour a ainsi jugé que la directive ne s'oppose pas à une réglementation nationale soumettant l'octroi des avantages fiscaux applicables à une opération de scission à la condition que la demande afférente à cette opération soit introduite dans un délai déterminé, pour autant que les modalités de mise en oeuvre de ce délai, et plus particulièrement la détermination du point de départ de celui-ci, soient suffisamment précises, claires et prévisibles pour permettre aux assujettis de connaître leurs droits et être en mesure de bénéficier des avantages fiscaux prévus par la directive.

Ainsi, dès lors que la directive du 23 juillet 1990, si elle prévoit notamment au 2 de son article 4 que « *les États membres subordonnent l'application du paragraphe 1 [absence d'imposition des plus-values lors de la fusion ou scission] à la condition que la société bénéficiaire calcule les nouveaux amortissements et les plus-values ou moins-values afférentes aux éléments d'actif et de passif transférés dans les mêmes conditions qu'auraient pu le faire la ou les sociétés apporteurs si la fusion ou la scission n'avait pas eu lieu* », n'impose pas, en revanche, de modalités procédurales particulières d'obtention des avantages fiscaux qu'elle prévoit au bénéfice des fusions transfrontalières, les États membres sont libres de prévoir les modalités procédurales selon lesquelles le bénéfice de ce régime est demandé et obtenu, dans le strict respect des principes d'équivalence et d'effectivité.

Or ces deux principes ne nous paraissent pas méconnus par l'exigence formelle et procédurale que la société prenne l'engagement, dans l'acte de fusion, de respecter les prescriptions de fond posées, conformément à la directive, au bénéfice du régime de faveur.

Le principe d'équivalence est, en effet, respecté : l'article 210 A du CGI traite pareillement fusions intracommunautaires et fusions purement internes. Quant au principe d'effectivité, il n'est pas mis à mal par cette exigence d'engagement formel dans l'acte de fusion ou de dissolution, qui ne rend pas impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par la directive. En particulier, cette exigence formelle n'impose nullement la passation d'un acte supplémentaire ni ne diffère dans le temps le bénéfice du régime de faveur : elle suppose simplement l'ajout d'un codicille dans l'acte de réalisation de l'opération.

Mais s'agissant des fusions et opérations assimilées purement internes, telles celle de l'espèce, nous pensons plus radicalement que l'invocation de la directive est inopérante (V. par ex., *CE, 10e et 9e ss-sect., 17 janv. 2007, n° 262967, Banque fédérative du Crédit Mutuel (BFCM) : JurisData n° 2007-081068 ; Dr. fisc. 2007, n° 7, comm. 191, concl. C. Verot ; RJF 4/2007, n° 406*).

En effet, de telles opérations se situent en dehors du champ de la directive, et si vous avez interprété dans vos décisions *SARL Méditerranée Automobiles et Sté Finaparco* du 17 juin 2011 la notion de fusion au sens de l'article 210 A du CGI à la lumière de la directive du 23 juillet 1990, y compris s'agissant des opérations purement internes, vous n'avez nullement, en statuant ainsi, étendu le champ d'application de la directive aux opérations internes. La solution retenue dans ces affaires ne procède que d'une technique d'interprétation, s'inscrivant dans la ligne d'inspiration de la jurisprudence *Leur-Bloem* de la Cour de justice (*CJCE, plén., 17 juill. 1997, aff. C-28/95, A. Leur-Bloem : Rec. CJCE 1997, I, p. 4161, concl. F. G. Jacobs ; Dr. fisc. 1997, n° 38, comm. 979 ; RJF 10/1997, n° 1002. - V. Ph. Derouin, Fiscalité des fusions de sociétés et échanges d'actions. Droit communautaire et droit national (À propos de l'arrêt Leur-Bloem de la CJCE du 17 juillet 1997) : Dr. fisc. 1997, n° 38, 100050*), et dont la mise en oeuvre est soumise à trois conditions : a) la loi a été prise pour la transposition d'une directive, b) le législateur a entendu à cette occasion ne pas traiter moins favorablement les opérations purement internes par rapport aux opérations intracommunautaires, mais aussi et avant tout c) il existe une marge de souplesse suffisante dans le texte même de la loi. Cette méthode d'interprétation ne relève donc pas de la logique de votre jurisprudence *Caserne Mortier* (*CE, ass., 22 déc. 1989, n° 86113, Cercle militaire mixte de la*

*Caseme Mortier* : Rec. CE 1989, p. 260 ; Dr. fisc. 1990, n° 14, comm. 716 ; RJF 2/1990, n° 130 ; BDCF 2/1990, n° 130, concl. M.-D. Hagelsteen, p. 80 ; AJDA 1990, p. 328).

C'est ainsi que vous avez jugé, dans votre décision du 30 janvier 2013 (CE, 9e et 10e ss-sect., 30 janv. 2013, n° 346683, *Sté Ambulances de France* : JurisData n° 2013-001536 ; Dr. fisc. 2013, n° 10, comm. 185, concl. C. Legras, note O. Fouquet ; RJF 4/2013, n° 392, chron. É. Bokdam-Tognetti, p. 331 ; BGFE 2013, n° 2, p. 7, obs. Ph. Durand), que dès lors qu'il ressort du texte clair des dispositions de l'article 210 B du CGI qu'elles subordonnent le bénéfice du régime d'exonération d'imposition des plus-values constatées à l'occasion des scissions de sociétés à la condition que celles-ci concernent des sociétés ayant au moins deux branches complètes d'activités et que chacune des sociétés bénéficiaires des apports reçoive au moins l'une de ces branches, la directive du 23 juillet 1990 ne saurait être invoquée pour donner des dispositions de l'article 210 B une interprétation contraire à leur lettre et il ne saurait être question, s'agissant d'une opération purement française, d'invoquer la directive pour écarter l'application de la loi. Par ailleurs, dans votre décision du 3 décembre 2014 (CE, 8e et 3e ss-sect., 3 déc. 2014, n° 367822, min. c/ M. et Mme Joulin : JurisData n° 2014-029917 ; Dr. fisc. 2015, n° 6, comm. 133 ; RJF 2015, n° 168), vous avez rappelé que, dès lors qu'une plus-value a été réalisée à l'occasion d'un échange de titres de deux sociétés françaises, elle n'entre pas dans le champ d'application de la directive du 23 juillet 1990 et qu'une cour commet, par suite, une erreur de droit en se fondant sur l'incompatibilité du droit interne avec l'article 8 de cette directive pour prononcer la décharge des impositions portant sur cette plus-value.

Or en l'espèce, le texte du 3 de l'article 210 A du CGI est clair et pose comme condition la souscription de l'engagement, dans l'acte de fusion, de respecter les prescriptions qu'il énumère. Il ne saurait donc être question, dans le cadre d'une opération purement interne, d'invoquer la directive et ses objectifs pour obtenir d'écarter l'application de la loi et le moyen soulevé par la société devant la cour était inopérant. C'est donc à tort que celle-ci a répondu sur le fond à ce moyen en examinant si la directive était méconnue en l'espèce. Vous pourrez substituer à ce motif erroné le motif, de pur droit et qui n'appelle aucune appréciation de fait nouvelle, tiré de l'inopérance de ce moyen devant elle.

Vous écarterez donc le moyen d'erreur de droit soulevé en cassation par la société. Afin d'éviter que la solution d'inopérance retenue par votre décision ne soit à tort interprétée comme laissant entendre que la condition formelle posée par le 3 de l'article 210 A du CGI serait susceptible de soulever un problème au regard de la compatibilité de cet article avec la directive, vous pourrez toutefois ajouter, par un *obiter dictum*, que l'obligation d'engagement formel qu'elle pose ne méconnaît pas le principe d'effectivité.

Par ces motifs, nous concluons au rejet du pourvoi.

**Émilie Bokdam-Tognetti**  
rapporteur public

## Note :

**1** - Le Conseil d'État se penche à nouveau sur la relation complexe qu'entretiennent notre droit interne et la directive fusions.

Revenons brièvement sur les faits ayant conduit à la décision du 20 janvier 2016, *EBS* : en 2001, la SARL Essonne Benes Services (EBS) a absorbé, par voie d'une dissolution sans liquidation réalisée sur le fondement de l'article 1844-5 du Code civil, sa filiale à 100 %. L'Administration a d'abord remis en cause le bénéfice du régime de faveur de l'article 210 A du CGI au motif que la transmission universelle de patrimoine n'était pas expressément visée par les dispositions de l'article 210 A du CGI dans sa version alors applicable. Devant la cour de Versailles saisie après renvoi d'un premier arrêt du Conseil d'État sur cette affaire, l'Administration soulevait un moyen nouveau, celui de l'absence de mention, dans la décision de dissolution, des engagements formels prévus par le 3 de l'article 210 A du CGI.

Le praticien des opérations de restructuration pourra se contenter de retenir l'épilogue limpide de ce feuilleton procédural (qui intervient tout de même plus de quinze ans après les faits) : pour prétendre au régime fiscal de faveur des fusions, la société absorbante doit impérativement prendre les engagements prévus au 3 de l'article 210 A du CGI dans le traité de fusion ou son équivalent. Apprécié à l'aune du droit français, cette solution n'est guère surprenante tant la lettre du texte paraît claire : « 3. L'application de ces dispositions est subordonnée à la condition que la société absorbante s'engage, dans l'acte de fusion, à respecter les prescriptions suivantes (...) ». La règle de forme est érigée par la loi en condition de fond.

La question s'est déportée sur le terrain du droit de l'Union européenne. Car sur les deux questions soumises aux juges, la directive n° 90/434/CEE du 23 juillet 1990 a été appelée à la rescousse par le contribuable : avec succès sur le premier point puisque le Conseil d'État a considéré que les transmissions universelles de patrimoine constituaient des fusions au sens de la directive et qu'une telle assimilation devait jouer en droit interne ; sans succès sur le second point, le Conseil d'État estimant que « le moyen tiré de ce que l'obligation de mentionner dans l'acte de fusion l'engagement prévu par le 3 de l'article 210 A du CGI serait incompatible avec les objectifs de la directive ne peut utilement être invoqué lorsqu'est en cause une opération qui n'implique que des sociétés établies en France ».

## 1. La place (extensive) de la directive fusions en droit interne...

2 - La directive est l'outil de droit dérivé privilégié pour harmoniser la législation fiscale des États membres de l'Union européenne. Une directive n'a, à proprement parler, aucun effet direct sur notre droit national : elle s'adresse aux États et les lie quant au résultat à atteindre, tout en leur laissant la compétence quant aux moyens (V. art. 288 du traité de Lisbonne), dans le respect du principe de sécurité juridique. Une directive peut simplement être « invoquée » par le justiciable. L'invocabilité d'une directive se situe sur deux plans : elle est utilisée si les lois de transposition n'ont pas été adoptées ou de façon incomplète ou encore si elles ne sont pas appliquées de manière à atteindre le résultat visé (notamment, *CJCE, 5e ch., 11 juill. 2002, aff. C-62/00, Marks & Spencer plc c/ Commissioners of Customs & Excise : Rec. CJCE 2002, I, p. 6325, concl. L. A. Geelhoed, pts 14 à 16 ; Europe 2002, comm. 317, obs. A. Rigaux et D. Simon ; JCP E 2002, 1199*) ; elle peut aussi prendre la forme de l'interprétation conforme du droit national adopté par transposition de la directive.

Le champ d'application de la directive n° 90/434/CEE est circonscrit aux opérations transfrontalières. Une fusion mettant en cause deux sociétés françaises devrait en apparence échapper au droit de l'Union. La jurisprudence *Leur-Bloem* (*CJCE, plén., 17 juill. 1997, aff. C-28/95, A. Leur-Bloem : Rec. CJCE 1997, I, p. 4161, concl. F. G. Jacobs ; Dr. fisc. 1997, n° 38, comm. 979 ; RJF 10/1997, n° 1002. - V. Ph. Derouin, Fiscalité des fusions de sociétés et échanges d'actions. Droit communautaire et droit national (À propos de l'arrêt Leur-Bloem de la CJCE du 17 juillet 1997) : Dr. fisc. 1997, n° 38, 100050*) a toutefois ouvert une brèche en permettant, pour une opération purement interne, d'interpréter la loi à la lumière d'une directive lorsqu'elle a été prise pour la transposition de cette directive et que le législateur n'a pas souhaité traiter moins favorablement les opérations internes par rapport aux opérations intracommunautaires. Cette jurisprudence (et ses dérivés) n'a eu pour effet ni d'étendre le champ d'application de la directive aux opérations internes, ni de conférer à la directive un effet direct qu'elle n'a pas. Pour des opérations internes, la directive n'a qu'une fonction interprétative qui ne peut être actionnée qu'à certaines conditions.

Suite à la décision du Conseil d'État du 30 janvier 2013 (*CE, 9e et 10e ss-sect., 30 janv. 2013, n° 346683, Sté Ambulances de France : JurisData n° 2013-001536 ; Dr. fisc. 2013, n° 10, comm. 185, concl. C. Legras, note O. Fouquet ; RJF 4/2013, n° 392, chron. É. Bokdam-Tognetti, p. 331 ; BGFE 2013, n° 2, p. 7, obs. Ph. Durand*), on a pu croire que l'incursion du droit de l'UE dans notre droit national par le chemin de l'interprétation conforme était limitée. Le Conseil d'État, sans opérer de revirement de jurisprudence, appuyait sur la nécessité que la loi française s'offre à l'interprétation, c'est-à-dire que la lettre du texte laisse une marge de manoeuvre suffisante pour permettre une interprétation à la lumière de la directive.

L'affaire *SA Technicolor* (*CE, 10e et 9e ss-sect., 15 déc. 2014, n° 380942, SA Technicolor : JurisData n° 2014-031791 ; Dr. fisc. 2015, n° 11, comm. 203, concl. É. Crépey, note O. Fouquet ; RJF 3/2015, n° 190*), relative à l'interprétation des articles 145 et 216 du CGI à la lumière de la directive dite mère-fille sur laquelle le Conseil d'État s'est prononcée le 15 décembre 2014, marque une étape importante. Le Conseil d'État a offert un véritable travail d'équilibriste en rendant une décision qui s'inscrit dans la continuité de la décision *Sté Ambulances de France*, tout en ouvrant discrètement mais singulièrement le champ de l'interprétation conforme.

Le considérant de principe s'enrichit d'une nouvelle formule : les dispositions de la loi française doivent être interprétées à la lumière des objectifs de la directive « dès lors qu'une telle interprétation n'est pas contraire à leur texte ». Le Conseil d'État n'a pas pris le risque de faire un « test de clarté », selon l'expression de Daniel Gutmann (*D. Gutmann, Le test de clarté : réflexions de méthode sur la lecture du droit français « à la lumière » de la directive : Dr. fisc. 2014, n° 41, 571*). Il inverse en quelque sorte le principe qui semblait se dégager jusqu'alors : la condition d'un texte peu clair s'efface au profit de la condition d'absence de contradiction entre le texte français et la directive.

Le Conseil d'État a également eu quelques largesses avec la condition de la recherche de la volonté du législateur d'un traitement uniforme des situations internes et transfrontalières. Selon le rapporteur public Édouard Crépey dans ses

conclusions sur la décision *SA Technicolor*, « le simple fait que ce soit, objectivement, le même texte (...) suffit à réputer conscient le choix du législateur de ne pas introduire de discrimination ».

À force d'évolution, il semble s'être opéré un remodelage des trois conditions classiquement retenues pour permettre de recourir à l'interprétation conforme - qui sont d'ailleurs rappelées par Émilie Bokdam-Tognetti dans ses conclusions sur la décision commentée. Le triptyque : (i) une loi prise pour la transposition d'une directive, (ii) l'intention du législateur de ne pas traiter moins favorablement les opérations internes par rapport aux opérations intracommunautaires et (iii) l'existence d'une marge d'interprétation nécessaire pour actionner l'interprétation neutralisante, semble désormais être remplacé en pratique par une seule condition : la présence d'un texte unique, et par une limite dans l'exercice d'interprétation : l'absence de contradiction avec la lettre du texte.

Ce glissement consacre la prééminence de la directive sur toute autre source d'interprétation, mais surtout, en présence d'un texte unique, le principe général d'interprétation du texte français à la lumière de la directive avec la seule borne que l'interprétation ne contredise pas la lettre du CGI.

Le renforcement très net de l'accès au mécanisme de l'interprétation conforme a pour responsable désigné, outre la recherche louable d'un traitement homogène (et donc cohérent), la crainte d'une sanction d'une discrimination à rebours. Cette crainte, bien vivace - pour preuve le soin qu'a mis le législateur à mettre le régime mère-fille en conformité avec la directive dans la loi de finances rectificative pour 2015 - n'est pas dénuée de fondement, comme le révèle l'affaire récente *Sté Metro Holding (Cons. const., déc., 3 févr. 2016, n° 2015-520 QPC, Sté Metro Holding SA venant aux droits de la société CRFP Cash : Dr. fisc. 2016, n° 12, comm. 241, note E. Meier et M. Valetteau. - V. également O. Fouquet, La discrimination à rebours franco-européenne sanctionnée. À propos de Cons. const., 3 févr. 2016, Sté Metro Holding : Dr. fisc. 2016, n° 6, act. 74 ; G. Blanluet, Discrimination à rebours : le droit interne à l'épreuve du droit de l'Union européenne. À propos de Cons. const., 3 févr. 2016, n° 2015-520 QPC, Sté Metro Holding : Dr. fisc. 2016, n° 12, 233, E. Raingeard de la Blétière et P. Durand, Affaire Metro Holding : le principe constitutionnel d'égalité devant l'impôt au secours de la jurisprudence Leur Bloem : Dr. fisc. 2016, n° 18-19, 309 et S. Austry et D. Gutmann, Discrimination par ricochet et principe d'égalité : jusqu'où peut aller la jurisprudence Metro Holding ? : RJF 4/16, p. 418).*

## 2. ... a des limites ?

**3** - Dans notre affaire *EBS*, le Conseil d'État confirme, en s'appuyant sur la directive, que la notion de « fusion » contenue dans l'article 210 A du CGI inclut les transmissions universelles de patrimoine. Cette question n'a, semble-t-il, pas été portée devant le Conseil d'État par la société, tant la réponse était prévisible puisque déjà énoncée avec clarté dans les décisions *Méditerranée Automobiles* et *Finaparco* du 17 juin 2011. Le Conseil d'État s'est contenté de reprendre à l'identique son considérant de principe, ce qui explique sans doute qu'il n'ait pas ajouté la formule sibylline de la décision *Technicolor*, qui nous semble pourtant lourde de conséquences.

Sur la question de la compatibilité de l'obligation de prendre des engagements dans l'acte de fusion avec les objectifs de la directive, l'arrêt d'appel a été réformé. La cour de Versailles, après avoir constaté que les modalités procédurales relèvent de l'ordre juridique interne, avait jugé que l'obligation d'une option formelle n'est pas en contradiction avec le droit de l'UE et la directive fusions dès lors que les principes d'effectivité et d'équivalence étaient respectés. Nous nous étions alors étonnés d'une telle approche consistant pour le juge à analyser la correcte transposition d'une directive qui ne concerne pas les fusions internes.

Le Conseil d'État a (fort heureusement) écarté la possibilité de recourir à la directive au motif que « [ce moyen] ne peut être utilement invoqué lorsqu'est en cause une opération qui n'implique que des sociétés établies en France ». Le rapporteur public, s'il aboutit à la même solution puisqu'il « pense que l'invocation de la directive est inopérante », n'emprunte pourtant pas le même chemin. Il fondait en effet son analyse, non pas sur le seul caractère interne de l'opération, mais avant tout sur la clarté de l'article 210 A, 3 du CGI qui ne laisserait aucune marge pour interpréter un texte appliqué à une opération franco-française (application de la jurisprudence *Ambulances de France*).

Difficile de savoir si le Conseil d'État, en éludant la question de la clarté du texte, a simplement emprunté un raccourci ou s'il s'est volontairement et subtilement écarté du raisonnement du rapporteur public, ce qui aurait notre préférence.

En effet, le point de savoir si les modalités procédurales méconnaissent ou non les objectifs de la directive relève de l'analyse de la correcte transposition de la directive. Il ne s'agit pas d'une invocation de la directive sur le plan de l'interprétation du droit national (qui est le terrain de la jurisprudence *Leur-Bloem* et de ses avatars analysés par le rapporteur public) mais d'une invocation sur le plan de la correcte transposition de la directive. Nous ne sommes pas sur le même plan.

Le Conseil d'État aurait ainsi pu s'en tenir au simple constat de l'absence d'invocabilité de la directive ; car après tout, il semblerait singulier de voir un juge français sanctionner un texte appliqué à une situation franco-française pour méconnaissance d'une directive réservée aux situations transfrontalières. Et pourtant, le Conseil d'État prend la peine de répondre sur le fond et juge que l'article 210 A, 3 du CGI ne méconnaît pas les principes d'effectivité et d'équivalence, autrement dit que la directive a été correctement transposée sur ce point. Pourquoi tant d'effort alors que l'affaire était entendue ? Le rapporteur public nous en donne l'explication : « afin d'éviter que la solution d'inopérance ne soit à tort interprétée comme laissant entendre que la condition formelle posée par le 3 de l'article 210 A du CGI serait susceptible de soulever un problème au regard de la compatibilité avec la directive ». Sans doute la crainte d'une discrimination à rebours qui viendrait contrecarrer notre droit fiscal, il paraît que c'est la mode et non dénué d'efficacité...

**Droit de l'Union européenne. - Directive fusions. - Obligation de l'absorbante de souscrire certains engagements dans l'acte de fusion. - Obligation rendant impossible l'application du régime de faveur des fusions (non). - Compatibilité avec la directive fusions (oui)**

**Encyclopédies :** Procédures fiscales, Fasc. 116-30, J. Lamarque