



PARITÉ D'ÉCHANGE DÉTERMINÉE EN FONCTION DES VALEURS COMPTABLES : UNE INCERTITUDE FISCALE À LEVER D'URGENCE !

Lorsque des sociétés parties à une opération d'apport partiel d'actifs déterminent la parité d'échange sur la base des valeurs comptables, la différence entre la valeur réelle de l'apport et celle des titres reçus en rémunération constitue un avantage qualifié de subvention intra-groupe consentie par la société apporteuse à la société bénéficiaire de l'apport¹.

Cette décision récente du Conseil d'État a été rendue à propos de l'apport de l'intégralité des titres de deux filiales détenues respectivement à 99,99% et à 99,77% à une autre filiale elle-même détenue à 100% par la société apporteuse. Elle a validé l'application, par l'administration fiscale, de l'amende de 5% pour omission de déclaration de cette soi-disant subvention entre sociétés membres du même périmètre d'intégration fiscale dans un tel cas de figure.

Elle n'a plus aucune portée, s'agissant de cette amende prévue à l'article 1763, I-c du Code général des impôts, pour les opérations d'apport réalisées lors d'exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2019, les subventions intra-groupe n'ayant plus à faire l'objet d'aucune neutralisation dans le cadre du régime d'intégration fiscale depuis cette date². Elle laisse en revanche ouverte la question du traitement fiscal de ce pseudo-avantage tant chez la société apporteuse que chez sa filiale bénéficiaire de l'apport.

Selon la pratique courante, la parité d'échange, c'est-à-dire le nombre de titres de la société bénéficiaire reçus par la société apporteuse en contrepartie des apports réalisés, est en effet calculée sur la base de la valeur réelle des apports, d'une part, et des titres de la société bénéficiaire de ceux-ci, d'autre part. En l'espèce, la société apporteuse a donc reçu moins de titres de la société bénéficiaire en contrepartie de son apport, comparé à une situation où la parité aurait été déterminée sur la base des valeurs réelles.

Néanmoins, l'administration fiscale accepte l'utilisation des valeurs comptables, mais uniquement lorsque l'opération d'apport est placée sous le régime de faveur de l'article 210 A du Code général des impôts et que trois conditions cumulatives très restrictives sont par ailleurs réunies³. Or, tel n'était pas le cas pour l'opération d'apport objet de l'arrêt évoqué ci-dessus,

dès lors que la société bénéficiaire préexistait et était déjà dotée d'un capital social significatif, de sorte que la première condition exigée par la doctrine administrative n'était pas remplie.

Dans ces conditions, on peut s'interroger sur les conséquences de la position adoptée par l'administration fiscale, et entérinée par le Conseil d'État, concernant non plus l'application de l'amende pour non-respect des obligations déclaratives, mais le résultat imposable des deux sociétés parties à l'opération : la société apporteuse a-t-elle consenti une libéralité à sa filiale détenue à 100% bénéficiaire des apports, comme l'a défendu le rapporteur public dans l'affaire en cause⁴ ? Et si tel est le cas, peut-on alors considérer qu'elle a de ce fait minoré la plus-value dégagée à l'occasion de cette opération, et avec quelles conséquences potentielles ? Du côté de la société bénéficiaire de l'apport, doit-on craindre que cette « subvention » soit assimilée à une distribution ou un avantage occulte imposable, au sens de l'article 111, c du Code général des impôts, comme l'a fait l'administration fiscale pour redresser cette même société, soutenue en cela par le tribunal administratif de Montreuil dans l'affaire connexe⁵ ?

Il nous semble qu'il y a de solides arguments pour répondre négativement à toutes ces questions.

Du point de vue de la société apporteuse tout d'abord, on ne voit pas quel acte anormal de gestion elle commettrait à l'occasion d'une telle opération, dès lors qu'elle ne s'appauvrit en rien de ce fait. Dans un tel cas en effet, déterminer la parité en fonction des valeurs comptables, et non des valeurs réelles, revient effectivement à attribuer moins de titres à la société apporteuse en contrepartie de ses apports. Mais cela ne fait que transférer une partie de la valeur réelle des titres apportés sur les titres préexistants, eux-mêmes

¹ CE, 9ème et 10ème ch. réunies, n° 418378, 01/07/2020, Sté Lafarge.

² En vertu des dispositions de l'article 32 de la loi de finances pour 2019.

³ Cette tolérance administrative, inscrite au BOFIP (*BOI-IS-FUS-30-20*), est néanmoins soumise au respect de trois conditions : (i) les titres reçus par la société apporteuse en contrepartie de son apport représentent au moins 99 % du capital de la société émettrice tel qu'il résulte de l'opération, (ii) la participation détenue par la société apporteuse dans la société bénéficiaire des apports représente au moins 99,99 % du capital de cette dernière

société après réalisation de l'opération d'apport, et (iii) tous les titres de la société bénéficiaire des apports présentent les mêmes caractéristiques.

⁴ Et à l'instar de ce que le Conseil d'État lui-même a considéré lorsqu'un exploitant individuel réalise des apports à une société de capitaux et que la valeur réelle des titres émis en contrepartie de ces apports est inférieure à celle des biens apportés, commettant ainsi un acte anormal de gestion (CE, 9ème et 10ème ss-sect., n° 233489, 14/11/2005, Dannoot).

⁵ TA Montreuil, 1ère ch., n° 1707095 et 1812350, 19/12/2019, Sté Lafarge.



déjà détenus intégralement par la société apporteuse. Et in fine, cette dernière garde donc bien à son niveau la totalité de la valeur réelle des titres apportés et de la plus-value qui en découlera lors de la future cession des titres reçus ! La cohérence économique devrait ici prévaloir sans que l'on ait à craindre une remise en cause du principe de l'autonomie fiscale des personnes morales⁶.

En outre, d'un point de vue purement fiscal, placer un tel apport sous le régime de faveur des articles 210 A et suivants du Code général des impôts permet à la société apporteuse, en tout état de cause, de bénéficier d'un sursis d'imposition sur la plus-value dégagée lors de cette opération, quel que soit son montant ; mais sous réserve de calculer la plus-value à déclarer lors de la future cession des titres reçus en contrepartie de cet apport d'après la valeur fiscale qu'avaient les titres apportés à son niveau. Or, cette dernière valeur est totalement indépendante de la parité retenue au moment de l'apport. Autrement dit, que la parité d'échange soit fixée en fonction des valeurs réelles ou des valeurs comptables, la plus-value imposable lors de la cession ultérieure des titres de la société bénéficiaire de l'apport par la société apporteuse sera strictement identique, et imposable selon le même régime. Dès lors, on voit mal en quoi le Trésor serait lésé, même si la parité d'échange est déterminée en fonction des valeurs comptables lors de ce qui doit rester une opération purement intercalaire dans l'esprit des textes et du législateur.

Du point de vue de la société bénéficiaire de l'apport ensuite, si la parité d'échange avait été calculée sur la base des valeurs réelles, et non des valeurs comptables, cela n'aurait rien changé quant à la valeur à laquelle les titres apportés auraient figuré à son bilan, à savoir leur valeur nette comptable, tandis que ses capitaux propres auraient été de même montant, seule la répartition entre le capital social lui-même et la prime d'apport étant modifiée par ce calcul de parité.

Autrement dit, son actif net demeurerait inchangé. Cette analyse rend normalement impossible tout redressement fondé sur les dispositions de l'article 38, 2 du Code général des impôts. De plus, le prétendu avantage consenti à la société bénéficiaire ne se traduirait par aucune variation ni de son actif net, ni de celui de la société apporteuse qui doit de toute façon comptabiliser les titres reçus en contrepartie de son apport à la valeur comptable des titres apportés. On ne voit donc pas comment l'administration fiscale pourrait justifier d'un quelconque avantage ou distribution occulte, au sens de l'article 111, c précité, dès lors que rien ne justifie la remise en cause des écritures comptables passées tant chez la société apporteuse

que chez sa filiale bénéficiaire de l'apport. Or, seule une telle remise en cause permettrait de caractériser un tel avantage et de l'imposer, comme l'exige la jurisprudence bien établie⁷ et comme le reconnaît d'ailleurs le rapporteur public dans l'affaire objet de cette brève.

Il n'en reste pas moins que cet arrêt Lafarge introduit une incertitude quant au traitement fiscal que l'administration française pourrait privilégier lors d'éventuels contrôles portant notamment sur ce type d'opérations. Au vu de la position qu'elle a déjà adoptée en la matière, on peut craindre de nombreux redressements sources de contentieux ultérieurs.

C'est pourquoi nous préconisons, à ce stade, de s'en tenir à la détermination des parités aux valeurs réelles lors des opérations d'apport, sauf si des circonstances particulières militent pour les calculer en fonction des valeurs comptables et qu'elles ont lieu entre société mère et filiale détenue à 100%. Tel peut être le cas, par exemple, lors de la filialisation d'activités avec l'intention de les céder, ou de faire entrer un tiers acquéreur au capital à terme.

Une solution qui mettrait fin à cette incertitude dans de tels cas pourrait être d'étendre le champ d'application de la loi Soihli⁸, relative aux opérations de fusions et de scissions entre sociétés sœurs, aux apports réalisés entre une société mère et une filiale détenue directement à 100% : il s'agirait alors de prévoir qu'un tel apport ne donnerait lieu à aucune augmentation de capital de la société bénéficiaire au profit de la société apporteuse, ce qui rendrait caduque la problématique de détermination de la parité d'échange objet de la présente brève ! On ne peut que souhaiter une telle évolution de cette législation, qui aurait en outre le mérite de simplifier ce type d'opérations et de diminuer leur coût.

*

⁶ Il est vrai cependant que si la société bénéficiaire de l'apport avait eu d'autres actionnaires, la logique économique aurait été différente.

⁷ Voir par exemple CE, sect., n° 199295, 28/02/2001, min. c/ Théron.

⁸ N° 2019-744, 19/07/2019.