

# LES FUSIONS TRANSFRONTALIÈRES

**Denis VAN DEN BULKE**

*Avocat aux Barreaux de Luxembourg et de Bruxelles*

Sans différences, il n'y a pas d'harmonie. Les avatars jalonnant la genèse d'une fiscalité européenne aspirant à l'unification semblent faire mentir cette évidence. Comme si trop de différences aboutissaient à étouffer tout espoir d'harmonisation des politiques nationales farouchement accrochées à leurs féodalités fiscales. Les préceptes économiques du XIX<sup>ème</sup> siècle, en particulier ceux de l'économiste Ricardo encourageant la mobilité des capitaux et du travail, ou la recherche de l'efficacité marginale maximale du modèle parétien continuent pourtant d'inspirer les comportements des acteurs économiques européens. Dans un espace économique en perpétuelle extension, les frictions fiscales jettent le trouble sur le jeu de la concurrence et sont jugées nuisibles pour certains, stimulantes par d'autres. Alors que la Commission européenne voit dans la concurrence fiscale un obstacle au déploiement d'un marché intérieur et un coût inutile pour les entreprises, d'autres y voient un garde-fou contre les fiscalités excessives applicables aux sociétés voire un rempart contre la croissance des dépenses gouvernementales et l'inefficacité du secteur public. Si le débat est largement ouvert et controversé, force est de constater que la libre circulation du capital au sein de l'Union européenne est un enjeu fondamental pour les agents économiques en recherche de nouveaux marchés à conquérir. De plus, la biodynamique des entreprises, en recherche constante de la taille optimale, incite à adopter la morphologie économique et financière la plus adaptée à leur milieu. Les entreprises aspirent donc à se regrouper au-delà des frontières, consolider leur position et adopter un organigramme simplifié via des prises de participation voire à coups d'opérations de fusions et d'absorptions. Jusqu'à ce jour, les outils de la fusion ou de la scission sont restés souvent négligés tant leur utilisation s'est avérée délicate lorsqu'il s'agissait de croiser les frontières. Les derniers développements législatifs européens en la matière devraient leur redonner du lustre et leur permettre de donner davantage d'impulsion aux réorganisations transfrontières.

## **Le triptyque fiscal européen**

Jusqu'à ce jour, l'harmonisation et la coordination de la fiscalité directe de l'Europe ont essentiellement visé à faciliter les mouvements d'actifs en réduisant les frictions fiscales dans les échanges de flux de capitaux et de leurs revenus entre des entités statiquement isolées dans leur État d'origine. Les directives visant à établir un régime commun applicable aux fusions dite « directive fusions » (1), aux sociétés mère et aux filiales dite « directive Mère-Fille »

(1) Directive 90/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 pour un régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, telle que modifiée par la directive 2005/19 du 17 février 2005.

(2), ainsi qu'au paiement de redevances et intérêts (3) (la « directive Intérêts-Redevances ») constituent le triptyque fondateur de la maigre harmonisation fiscale actuelle. L'objectif premier avoué fut d'éviter que les politiques fiscales nationales ne nuisent à l'optimisation de l'allocation économique des ressources financières au sein d'un groupe de sociétés européennes. À titre subsidiaire, il s'agissait d'éviter que la discordance des régimes fiscaux entraîne une double imposition des revenus dits passifs. Désormais, les dividendes, intérêts et redevances peuvent transiter librement sans subir de retenue à la source entre des sociétés entre lesquelles il existe un lien d'affiliation. Originellement fixé à 25 %, le seuil de participation nécessaire et suffisant pour qu'une société européenne assujettie à l'impôt puisse bénéficier de ces exonérations est aujourd'hui réduit à 10 %. En vue de renforcer leur attractivité fiscale, nombre de pays ont aligné le régime de l'exemption des plus-values de cession de titres sur les conditions de l'exemption des dividendes. Des différences restent marquées cependant quant au niveau de participation et à la durée de détention nécessaires pour bénéficier de ce type d'exemption.

## Les avancées de la Directive Fusions

L'adoption de la Directive Fusions a quelque peu malmené le postulat selon lequel le droit fiscal serait subsidiaire au droit des sociétés. Alors même que cette directive traitait des conséquences fiscales de la fusion de sociétés d'États membres différents, le principe même d'une telle fusion n'était pas reconnu, voire banni, dans de nombreux États, leur droit national s'opposant à fusionner des entités soumises à des juridictions différentes (4). Longtemps, cet argument doctrinal a servi d'alibi pour que certains États refusent de la mettre en œuvre. La nécessité de prévoir un régime d'allègement de l'imposition des fusions transnationales se révélait toutefois impérieuse tant le coût fiscal d'une fusion transeuropéenne s'avérait prohibitif dès lors que la fusion emportait la disparition de l'entité absorbée, sa liquidation fiscale et, dans la foulée, l'exigibilité des impôts afférents à cette liquidation. Pour éviter toute charge fiscale dissuasive, la Directive Fusions a donc consacré le principe d'une fusion transfrontalière sans liquidation et opérant une transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante.

## Le régime fiscal des fusions – Principes généraux

Si l'exemption de taxation des flux financiers versés et reçus d'entités du même groupe de sociétés est relativement commode à mettre en œuvre dans ses principes, la neutralité fiscale recherchée dans les opérations d'apport et cession l'est nettement moins. Une opération de

(2) Directive 90/435 du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et aux filiales d'États membres différents, telle que modifiée par la directive 2003/123.

(3) Directive 2003/49 du Conseil du 3 juin 2003 sur un système commun de taxation applicable aux paiements de redevances et intérêts entre entreprises associées de différents États membres, telle que modifiée par la directive 2004/76.

(4) On pense ici à l'Allemagne ou à la Belgique mais aussi aux Pays-Bas, à la Suède, à l'Italie, à la Grèce, à la Finlande, au Danemark ou à l'Autriche.

fusion par absorption fait disparaître l'entité absorbée et déclenche des conséquences fiscales multiples tant au sein de l'entité vouée à disparaître que pour ses actionnaires. Les plus-values qui se découvrent à l'occasion de l'opération de liquidation fiscale, et les réserves jusque là immunisées ou exemptées selon des conditions d'intangibilité qui cessent d'être satisfaites dès lors que l'entreprise vient à cesser ses activités, s'exposent désormais à la taxation. Les pertes accumulées par la société absorbée ne pouvant plus être reportées et compensables avec des profits futurs génèrent un coût d'opportunité également non négligeable. L'actionnaire qui, quant à lui, réalise une plus-value cristallisée dans l'opération d'absorption s'expose à une taxation s'il réside dans un pays taxant les gains en capital. Toutes ces charges fiscales qu'engendre une opération de fusion, lorsqu'elles sont immédiatement exigibles, deviennent souvent économiquement réductrices. Si l'opération d'échange d'actions ou d'apport n'est pas rémunérée par l'acquéreur, les entreprises et leurs actionnaires sont rarement à même de financer la trésorerie requise pour s'acquitter de ces dettes fiscales alors que l'opération ne dégage aucun profit immédiat.

Lorsque l'opération de fusion est réalisée au sein d'une seule juridiction, le pouvoir taxateur peut aisément accorder une neutralité fiscale en s'abstenant d'en taxer les effets immédiats. Ses droits de trésor ne sont pas mis en péril puisqu'il reporte aisément son imposition sur l'entité absorbante. À l'évidence, la fusion transfrontalière n'offre pas ces garanties puisque l'État de la société absorbée ne peut exercer sa souveraineté fiscale dans le pays de l'absorbante. Pour assurer la sauvegarde de ses droits et limiter toute perte de matière imposable, il taxe donc l'opération lors de la disparition de l'entité absorbée à l'occasion de sa liquidation fiscale.

En dehors des règles de fusions nationales et en l'absence du recours à une réglementation européenne idoine, les règles de liquidation fiscale nationales s'appliquent donc dans la plupart des États. Les actifs détenus par la société absorbée sont taxés lors de leur transfert à leur valeur liquidative qui consiste généralement dans leur valeur d'exploitation. Les réserves non taxées voire occultes deviennent taxables au régime normal de taxation et le profit de liquidation distribué fait généralement l'objet d'une retenue à la source. S'il répond à la qualification de dividendes, il peut toutefois bénéficier des effets de la Directive Mère-Fille. La société absorbante quant à elle peut bénéficier d'une réévaluation des actifs nouvellement acquis et pratiquer des amortissements sur une base nouvelle correspondant à leur valeur de marché (*step-up*). Les caractéristiques et avantages fiscaux des biens transférés tels que le bénéfice de certains régimes d'immunisation et le report des pertes accumulées au niveau de la société absorbée deviennent caducs et ne sont généralement pas acquis aux actifs transférés.

## **Le sacre du principe de la neutralité fiscale**

Le principe de l'application de la neutralité fiscale à une opération de fusion exige que la valeur comptable et fiscale des biens acquis dans la fusion soit identique à celle préexistante à la fusion et que la société les acquérant soit exposée à taxation dans les mêmes conditions que

la société absorbée. En d'autres termes, l'opération de fusion, pour être neutre, ne peut donner lieu à une réévaluation d'actifs. Si tel est le cas, l'État de la société absorbée peut reprendre le dessus pour combler le déficit fiscal qu'il subit et taxer l'opération. La neutralité n'est toutefois pas toujours la solution optimale. Dans certains cas, les entités fusionnées ont parfois intérêt à ne pas opter pour son application. Tel serait le cas si la société souhaite bénéficier à la fois d'un amortissement de ses actifs sur une base réévaluée et du différentiel de taux d'imposition significatif pouvant exister entre l'État de la société absorbée et celui de la société absorbante. Pour être complet, la neutralité fiscale de l'opération requiert également que les actionnaires puissent éviter l'imposition de la plus-value découverte à l'occasion de l'échange de leur participation dans la société absorbée contre des actions de l'absorbante et que les caractéristiques fiscales connexes aux actifs transférés (réserves taxées et immunisées, capital libéré par exemple) restent acquises et passent du cédant au cessionnaire.

La Directive Fusions poursuit cet « idéal » de neutralité fiscale en requérant de l'État de la société absorbée qu'il s'abstienne de taxer l'opération dès lors qu'elle est rémunérée par un paiement monétaire d'un montant n'excédant pas 10 % de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des titres apportés dans l'opération de fusion. Afin de conserver la garantie que les latences fiscales seront effectivement imposées lors d'une réalisation subséquente des actifs, la Directive Fusions impose comme condition essentielle l'exigence du maintien d'un établissement stable, ou le rattachement d'actifs à un tel établissement stable, dans le pays de la société absorbée (5). En théorie, cette condition a pour objectif de maintenir une assiette d'actifs sur laquelle le pouvoir taxateur pourra donc s'exercer. Les actionnaires de la société absorbée qui bénéficient d'actions en substitution échappent à toute imposition à la condition qu'ils n'attribuent pas aux titres reçus en échange une valeur fiscale supérieure à celle que les titres échangés avaient immédiatement avant l'échange d'actions (6).

## **Le territoire de la Directive Fusions**

La Directive Fusions datant de 1990 a connu une légère opération de *lifting* en 2005 (7) qui vise essentiellement à élargir son champ d'application, à l'adapter aux évolutions législatives récentes et remédier à certaines lacunes constatées dans sa rédaction initiale.

La Directive Fusions ainsi élargie vise désormais les opérations de scission partielle (8) mais également les opérations de transfert de siège d'une Société Européenne et/ou d'une

(5) On peut s'interroger quant à la rationalité de l'exigence de maintien d'un établissement stable dans un État membre de la société absorbée pour assurer la neutralité fiscale de l'opération, lorsque celle-ci est une société de détention de participations (société holding). On voit difficilement sur quels critères le maintien de l'établissement stable peut reposer.

(6) Article 8, paragraphe 4 de la Directive Fusions.

(7) Directive 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005 modifiant la directive 90/434/CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents.

Société coopérative européenne. Le nombre de sociétés nationales qui en bénéficient et que la directive énumère limitativement a été accru. La directive étend également le bénéfice de la neutralité fiscale à la *filialisation* d'une succursale, dans la mesure où elle réunit des éléments d'extranéité.

En toute logique, la Directive Fusions ne traite pas d'opérations qui par leur localisation, leur qualification juridique voire leur nature se placent en dehors de son champ d'application. À l'évidence en sont donc exclus les transferts de branches d'activité détenues par une société européenne en dehors de l'Union ou, à l'inverse, les transferts de branches d'activité européennes détenues par des sociétés étrangères. Les transferts d'une branche d'activité effectuée d'une société d'un État membre à une société du même État membre ne sont pas davantage *captés* par la législation européenne. Ainsi en serait-il d'une succursale détenue par une société belge sur le territoire français qui ferait l'objet d'un transfert à une autre entité de droit belge. Les fusions triangulaires impliquant deux sociétés européennes mais une troisième établie en dehors de l'Union Européenne ne sont pas davantage visées par la Directive Fusions. Enfin, il en est de même pour les opérations de fusion purement nationales. La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a toutefois clairement indiqué que les dispositions européennes ont vocation à s'appliquer dans des situations de fusions internes de manière à assurer à ces opérations un régime non moins favorable que celui qu'elles prévoient (9).

La Directive Fusions ne s'applique pas aux opérations qui ne rencontrent pas ses qualifications juridiques, tels que des transferts physiques d'actifs et déplacements d'outils de production effectués en dehors de tout cadre juridique, des apports d'actifs ne formant pas une branche d'activité ou encore des opérations de restructuration rémunérées par une soulte excédant 10 % de la valeur nominale ou du pair comptable des titres de capital de la société issue de la fusion. Enfin, les opérations particulières telle que l'absorption de la maison-mère par sa filiale (« *Reverse* ou *upstream Mergers* ») ou celles où les titres émis lors de la fusion ne sont pas ceux de la société absorbante mais ceux d'une entité tierce échappent techniquement à l'emprise de la directive.

L'ingénierie financière connaît des évolutions constantes et les opérations de restructurations de groupe ne se réduisent généralement guère à une simple opération de fusion ou d'échange d'actions. Elles s'accompagnent en principe de modes de rémunération plus créatifs et de l'émission concomitante de titres de dettes, d'options, droits ou bons de souscription, voire d'autres valeurs mobilières hybrides. Ces nouvelles formes de

---

(8) La scission partielle consiste en la cession par une entité, et sans dissolution, d'une ou plusieurs branches d'activité en échange de titres en capital. Contrairement à la scission totale qui voit disparaître l'entité scindée, l'entité qui fait l'objet de la scission partielle continue à subsister après l'opération de scission.

(9) Voir à cet égard l'arrêt de la CJCE du 17 juillet 1997 dans l'affaire Leur-Bloem contre Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2 (C-28/95) et celui du 15 janvier 2002 dans l'affaire Andersen og Jensen APS contre Skatteministeriet (C-43/00).

restructurations complexes ne sont guère appréhendées par la Directive Fusions qui se limite à traiter des opérations dont la rémunération consiste dans des actions et des parts représentatives de capital. Enfin, les opérations de fusion et d'apport non loin d'engendrer des plus-values et des primes de fusion, peuvent cristalliser des moins-values et générer des pertes fiscales. L'absence de principes généraux pour la déductibilité ou le report de ces pertes en capital peut alors constituer un obstacle immédiat à la mise en œuvre des opérations de structuration qui pourraient pourtant se révéler bénéficiaires dans le moyen ou long terme.

### **Des méfaits ou bienfaits des divergences nationales**

Parfois devenues l'otage d'administrations fiscales nationales par essence soucieuses de conserver leurs ressources fiscales ou plus laconiquement aspirant à conserver leurs prérogatives, les règles européennes font souvent l'objet de distorsions dans leurs transpositions nationales qui en réduisent d'autant l'impact. On peut craindre que la crise financière de 2008 ne soit de nature à crispier davantage encore les pouvoirs taxateurs nationaux, qui seront moins enclins à laisser se dérober une portion de leur assiette fiscale. On doit reconnaître que la politique volontariste de la CJCE joue désormais un rôle directif fondamental dans l'application effective des directives et la mise au pas des législateurs nationaux indociles.

En des matières aussi diversifiées et complexes de la fiscalité, la Directive Fusions n'échappe pas aux pièges de ces distorsions. La technique juridique de la directive requérant une transposition en droit interne repose sur une compréhension commune des concepts juridiques auxquels elle fait appel. Son empreinte sur les législations locales reste parfois limitée. L'espace de manœuvre qui s'offre naturellement aux États membres peut discrètement saper les buts que visent à atteindre les directives voire offrir des opportunités de *shopping fiscal* inattendues. Ainsi, la Directive Fusions prévoit de bénéficier aux entités dites transparentes (10). La définition de la transparence relève toutefois de l'appréciation des États membres dont on ne peut pas douter qu'elle diverge immanquablement entre eux. La détermination des contours de la définition de l'établissement stable appartient en dernier ressort aux autorités nationales. Ainsi, la définition d'un établissement stable en droit interne peut-elle s'avérer plus généreuse que celle prévue dans les conventions préventives de la double imposition et ouvrir corrélativement des opportunités d'optimisation fiscale.

### **Les imperfections de la Directive Fusions - Morceaux choisis**

Lorsque la société absorbante détient déjà une participation dans la société absorbée, l'opération de fusion a pour effet d'annuler celle-ci par un effet de confusion de patrimoines. La différence entre la valeur des éléments d'actif et de passif reçus par la maison mère et la valeur de la participation originelle peut générer une plus-value qui est toutefois exemptée. En effet, à

(10) Article 10 bis de la Directive 2005/19/CE.

défaut d'exemption, la société peut procéder à une distribution exonérée en vertu de la Directive Mère-Fille. Logiquement, la Directive Fusions exempte donc ce gain et aligne les conditions d'exemption sur celles applicables dans la Directive Mère-Fille. Toutefois, cet alignement est imparfait puisqu'alors que la Directive Mère-Fille impose des délais de détention minimum pour bénéficier de l'exemption, la Directive Fusions n'en exige aucun. Elle ne prévoit pas davantage l'option de substituer le pourcentage de détention de la participation dans le capital par un pourcentage des droits de vote.

Dans le cadre des opérations impliquant des échanges ou des émissions d'actions nouvelles, la Directive Fusions reste muette sur les méthodes de comptabilisation et de valorisation des participations respectivement acquises par les parties à la transaction. La discordance des législations nationales en la matière peut créer des situations de double voire d'absence de taxation. Si une opération d'apport de branche d'activité est rémunérée par des actions de l'acquéreur et que ces dernières sont évaluées dans le bilan du bénéficiaire de l'apport sur base de la valeur des actifs sous-jacents, la plus-value future peut être taxable à deux reprises : au niveau de l'établissement stable de la société bénéficiaire du transfert et au niveau du cédant lors de la cession ultérieure des actions obtenues en contrepartie.

La CJCE rappelle utilement dans un arrêt récent du 11 décembre 2008 <sup>(11)</sup> que la Directive Fusions n'exige pas que la participation acquise dans une société en échange d'émission d'actions soit comptabilisée aux mêmes valeurs dans le bilan de la société ayant cédé la participation et de celle l'ayant acquise. Dans l'arrêt concerné, une société allemande avait cédé les actions d'une de ses filiales allemandes à une société française en échange d'actions dans le capital de cette dernière. La société française avait valorisé la participation ainsi acquise à sa valeur vénale alors que la société allemande cédante avait valorisé les actions acquises dans cette même société française à la valeur historique de la société allemande cédée. L'État allemand fit notamment valoir que l'absence de parallélisme dans les valeurs comptabilisées pouvait avoir pour effet d'aboutir à une absence d'imposition. La CJCE n'a pas donné d'écho favorable à cette position. Elle établit non seulement que la Directive Fusions n'exige pas que la société acquéreuse reporte la valeur comptable historique des parts dans son bilan fiscal mais que le principe de la neutralité fiscale et de l'élimination des obstacles fiscaux aux restructurations doit prévaloir sur toute autre considération.

## **La directive fusions ou les vertus de la persévérance**

La Directive Fusions a de louables objectifs. Elle a fait preuve d'innovation, sans doute trop précoce, en assurant la neutralité fiscale des opérations de fusion transfrontalières alors même que les conceptions juridiques nationales n'étaient pas encore disposées à envisager ne fût-ce même le principe et l'éventualité d'une telle fusion. La méthode Coué <sup>(12)</sup> a montré ses limites

<sup>(11)</sup> Affaire A.T. contre Finanzamt Stuttgart-Körperschaften, (C-285/07).

<sup>(12)</sup> La méthode d'Emile Coué (1857-1926), pharmacien de son état, et père de la théorie de l'autosuggestion positive.



puisque c'est seulement plus de dix-huit ans après son adoption que l'État belge l'a effectivement transposée dans sa législation (13). Il est vrai que l'arrêt SEVIC (14) avait annihilé toute tentative d'opposition nationale à la réalisation d'une fusion transnationale. Il ne pouvait donc plus subsister pour les États récalcitrants comme l'Allemagne ou la Belgique de raison objective à imposer un traitement fiscal distinct aux fusions domestiques et transfrontalières.

On ne peut que se réjouir de voir le champ d'action de la Directive Fusions étendu par la Directive 2005/17/CE, pour assurer une meilleure mobilité des entreprises au sein de l'Union européenne. Cependant, les écuries d'Augias sont encore loin d'être nettoyées... La mobilité des entreprises dépend d'autres facteurs tel qu'une approche commune de l'allocation des profits des entreprises (*prix de transfert*), la mise en place d'un système homogène de compensation de pertes transfrontalières, l'alignement des traitements fiscaux des régimes de crédit et d'imputation d'impôt des entités domestiques et d'autres États membres de l'Union Européenne, voire encore la limitation des effets négatifs de la TVA sur les entreprises qui intègrent leurs activités opérationnelles et de gestion. La volonté politique de faire grandir l'Europe à tout prix a négligé les principes mathématiques élémentaires du calcul des probabilités et de l'analyse combinatoire. Avec une Europe à vingt-sept, la probabilité de combinaisons réalisables est *diaboliquement* plus grande qu'à six... Les efforts d'harmonisation sont ainsi sollicités de manière exponentielle. Une décision récente de la CJCE (15) fait ainsi l'aveu que, dans l'état actuel de la législation européenne, rien ne permet de contraindre un État membre à accepter le transfert d'une société nationale vers un autre État membre si cette société n'adopte pas le régime juridique de son État d'accueil. Ce constat démontre qu'il faudra donc bien à l'Europe toute la force herculéenne de ses convictions pour créer les conditions juridiques et fiscales d'une réelle mobilité des entreprises. Certains voient dans l'avènement attendu d'une assiette consolidée d'imposition des sociétés (ACCIS), le cheval de Troie qui épargnera les efforts d'une bataille d'harmonisation fiscale quasi perdue d'avance (16). Il reste donc à l'Europe fiscale de continuer d'« *entreprendre pour espérer et de persévérer pour réussir* » (17).

(13) Transposition de la Directive 90/434 par la loi belge du 11 décembre 2008, entrée en vigueur le 12 janvier 2009.

(14) Arrêt CJCE du 13 décembre 2005 (C-411/03).

(15) Arrêt de la CJCE du 16 décembre 2008, Affaire Cartesio, (C-210/06).

(16) *EU Taxation and the Societas Europea, Harmless creature or Trojan Horse ?*, Malcom Gammie, January 2004, European Taxation, IBFD, Amsterdam.

(17) Formule empruntée à l'écrivain Gilbert Cesbron.