

Cette rubrique, paraissant tous les mois, couvre les sujets d'actualité et l'évolution du droit communautaire, et cela chaque fois que la nouveauté en question est susceptible d'avoir des répercussions sur la place financière de Luxembourg et son encadrement législatif et réglementaire.



**ETUDE PATRICK GOERGEN**  
— Avocats à la Cour —

L'apport des actifs d'une société à une autre dans le cadre d'une restructuration d'entreprises peut déboucher sur une opération taxable. L'apport constitue une cession au sens de l'impôt sur les plus-values, et si ces actifs ont augmenté de valeur depuis que l'apporleur les a acquis initialement, il peut y avoir plus-value imposable. Certains États membres autorisent le report de toute imposition immédiate, puisque les actifs ne sont pas effectivement réalisés. Cette faculté est toutefois rarement accordée lorsque l'apport intervient au profit d'une société non résidente, de peur que le paiement de l'impôt ne soit totalement éludé plutôt que simplement reporté.

Dans une affaire récemment jugée par la Cour de justice des Communautés européennes<sup>(1)</sup> se trouvait en jeu une opération de restructuration par laquelle une société anonyme allemande (A.T.) a apporté à une société française (G-SA) la participation de contrôle (de l'ordre de 89,5%) qu'elle détenait dans une GmbH allemande (C-GmbH), en échange de titres attribués par la société française et résultant d'une augmentation de capital. Ces actions, dont le cours en bourse a par la suite fortement chuté, devaient ensuite être cédées dans les cinq ans, en vertu de dispositions régissant la surveillance des marchés financiers.

Les parts de la GmbH ont été inscrites au bilan de la société française (établi conformément à la loi française) à la valeur de marché qui leur avait été attribuée dans le contrat d'apport, plutôt qu'à leur valeur comptable inférieure (telle que retenue jusqu' alors au bilan fiscal de A.T.), bien qu'il semble que le droit français eût permis de retenir la valeur comptable. A.T. a voulu valoriser les actions qui lui avaient été attribuées dans le capital de la société française à la valeur comptable des parts de la GmbH, contre lesquelles les actions de la société française avaient été échangées. L'administration fiscale allemande a toutefois estimé que la société allemande ne pouvait maintenir les valeurs comptables des parts de la GmbH, mais était tenue de leur attribuer la valeur de marché utilisée par la société française en valorisant les parts de la GmbH.

position aux États membres en gardant le silence à l'égard de la valorisation des parts apportées au bilan de la société acquérante. Or, une telle marge de manœuvre n'est pas reconnue par les juges européens. Elle irait d'ailleurs à l'encontre tant du texte que de l'objet et de l'objectif de la directive communautaire. Selon la Cour, la directive doit, en particulier, éliminer les obstacles fiscaux aux restructurations transfrontalières d'entreprises, en assurant que des éventuelles augmentations de valeur de parts sociales ne soient pas taxées avant leur réalisation effective.

### Les cas dans lesquels les États peuvent retirer le bénéfice de la directive sont très limités

Selon le Gouvernement allemand, l'exigence du double report des valeurs comptables en cas d'échange transfrontalier de parts vise à empêcher que l'imposition — unique — ne soit contournée par le transfert des parts hors des frontières, aboutissant alors à une absence totale d'imposition de la cession de parts, tant à l'égard de la société acquérante étrangère que de la société apporteuse nationale.

Or, selon la jurisprudence de la Cour<sup>(2)</sup>, les États membres doivent accorder les avantages fiscaux prévus par la directive 90/434 aux opérations d'échange d'actions, à moins que ces opérations aient comme objectif principal ou comme l'un de leurs objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales. Ce n'est qu'à l'exceptionnel et dans des cas particuliers que les États membres pourraient refuser d'appliquer tout ou partie des dispositions de cette directive ou en retirer le bénéfice. Pour vérifier si l'opération envisagée a un tel objectif, les autorités nationales compétentes ne sauraient se contenter d'appliquer des critères généraux prédéterminés, mais devraient procéder, au cas par cas, à un examen global de celle-ci. La réglementation allemande ne franchit pas le cap d'un tel examen. Elle refuse, selon la Cour, de manière générale d'accorder les avantages fiscaux prévus par la direc-

1) Cour de justice des Communautés européennes, 11 décembre 2008, A.T. contre Finanzamt Stuttgart-Königsplatz, en présence de Bundesministerium der Finanzen, C-285/07.  
2) La Cour a jugé, dans l'arrêt *Deutsche Schoneberger*, que la directive 90/434 s'applique à une opération d'échange d'actions, à moins que celle-ci n'ait pour objectif principal ou comme l'un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales.  
3) La Cour a jugé, dans l'arrêt *Deutsche Schoneberger*, que la directive 90/434 s'applique à une opération d'échange d'actions, à moins que celle-ci n'ait pour objectif principal ou comme l'un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales.  
4) La Cour a jugé, dans l'arrêt *Deutsche Schoneberger*, que la directive 90/434 s'applique à une opération d'échange d'actions, à moins que celle-ci n'ait pour objectif principal ou comme l'un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales.  
5) La Cour a jugé, dans l'arrêt *Deutsche Schoneberger*, que la directive 90/434 s'applique à une opération d'échange d'actions, à moins que celle-ci n'ait pour objectif principal ou comme l'un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales.  
6) La Cour a jugé, dans l'arrêt *Deutsche Schoneberger*, que la directive 90/434 s'applique à une opération d'échange d'actions, à moins que celle-ci n'ait pour objectif principal ou comme l'un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales.  
7) La Cour a jugé, dans l'arrêt *Deutsche Schoneberger*, que la directive 90/434 s'applique à une opération d'échange d'actions, à moins que celle-ci n'ait pour objectif principal ou comme l'un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales.  
8) La Cour a jugé, dans l'arrêt *Deutsche Schoneberger*, que la directive 90/434 s'applique à une opération d'échange d'actions, à moins que celle-ci n'ait pour objectif principal ou comme l'un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales.  
9) La Cour a jugé, dans l'arrêt *Deutsche Schoneberger*, que la directive 90/434 s'applique à une opération d'échange d'actions, à moins que celle-ci n'ait pour objectif principal ou comme l'un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales.

tive 90/434 aux opérations d'échange d'actions courtes par celle-ci, au seul motif que la société acquérante n'a pas évalué, dans son bilan fiscal, les parts apportées à leur valeur comptable historique. Elle ne saurait avoir pour fondement l'article 11, paragraphe 1, sous a), de la directive 90/434 et, à ce titre, être considérée compatible avec celle-ci.

Le fait que le droit boursier américain contraigne A.T. à procéder à des cessions ultérieures des parts reçues en contrepartie et que le cours en bourse des actions de G-SA a fortement chuté ne justifierait pas de prendre le seul échange de parts comme fait générateur d'une imposition, les réserves latentes restant non réalisées à cette date. En l'espèce, ainsi que l'Avocat général l'a relevé<sup>(3)</sup>, rien n'indiquait que l'opération d'échange avait été effectuée dans un but de fraude ou d'évasion fiscales. Ce serait par ailleurs le fisc français qui bénéficierait, aux fins d'une imposition lors d'une cession ultérieure des parts apportées, du report, au chef de la société acquérante, de la valeur comptable historique desdites parts. Il manque donc un intérêt propre à la législation allemande de poser une telle exigence.

Le droit communautaire, et notamment la directive 90/434, s'oppose, selon l'arrêt de la Cour, dès lors à la réglementation allemande. L'Allemagne ne peut donc plus imposer, dans le chef des associés de la société acquise, des plus-values d'apport correspondant à la différence entre les coûts initiaux d'acquisition des parts apportées et leur valeur vénale, si la société acquérante ne reporte la valeur comptable historique des parts apportées dans son propre bilan fiscal. Le législateur allemand a d'ailleurs déjà régi avant le prononcé de cet arrêt, en modifiant la loi relative à la restructuration d'entreprises<sup>(4)</sup> en ce sens que ladite exigence ne s'applique plus, depuis l'année 2007, aux échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents.

M<sup>r</sup> Patrick Goergen  
Etude Patrick Goergen, Avocats à la Cour

1) *Associé de la société*.  
2) *Directive 90/434* (CE) du Conseil, 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 (JO 1990, L 225, p. 1).  
3) *L'échange d'actions* est définie comme "l'opération par laquelle une société acquiert, dans le capital social d'une autre société, une participation ayant pour effet de lui conférer la majorité des droits de vote de cette société moyennant l'attribution aux associés de l'autre société, en échange de leurs titres, de titres représentatifs du capital social de la première société et éventuellement, d'une somme en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du prix comptable des titres qui sont remis en échange" (voir, article 2, sous d), de la directive 90/434).  
4) *Voy. Article 11, paragraphe 1, sous d), de la directive 90/434*.  
5) *Arrêt du 17 juillet 1997*, *Leur-Bloem*, C-28/95, Rec. p. I-4161, point 40.  
6) *Conclusions de l'Avocat général Mme E. Sharpston* du 6 novembre 2008.  
7) *Urteil im Ausgangsverfahren* daté du 28 octobre 1994 (BGBl. 1994 I, p. 3267), telle que modifiée.

Agefi  
02.2009