

1667 Il arrive fréquemment que l'opération d'absorption ne soit que la phase finale d'un processus de rapprochement entre deux entreprises, processus amorcé par une prise de participation de l'absorbante dans le capital de la société absorbée.

Deux cas de figure peuvent alors se présenter. L'absorption peut être une fusion en bonne et due forme, l'absorbante n'ayant qu'une simple participation dans le capital de la société absorbée.

Mais l'absorption peut parfois ne se présenter que comme une simple régularisation, l'absorbante ayant déjà largement pris le contrôle de l'absorbée au point d'en détenir parfois la totalité du capital social (2).

Ces deux formes de fusion appellent des remarques spécifiques.

► La fusion dans l'hypothèse d'une simple participation

1668 Si la société absorbante détient une participation dans le capital de la société absorbée, la remise aux associés de la société absorbée par voie d'échange de titres de la société absorbante va conduire nécessairement à remettre à la société absorbante ses propres titres.

Cette difficulté a déjà été rencontrée tant au plan juridique (voir §§ 453 et s.) que fiscal. On sait qu'elle peut être réglée en ayant recours soit au mécanisme de la fusion-allotissement, soit au mécanisme de la fusion-renonciation.

(1) Rép. Cornut-Gentille, JO déb. AN, 16 octobre 2007, p. 6355, n° 967. On observera cependant que l'apport en société des titres ayant ouvert droit à réduction d'impôt pendant le délai de conservation équivaut à une rupture de l'engagement de conservation.

(2) Sur l'absorption de filiales détenues à 100 %, voir paragraphes 1693 et suivants sur la fusion simplifiée et voir deuxième partie sur la dissolution-confusion.

1669 Le mécanisme de la fusion-allotissement consiste en quelque sorte à faire précéder l'opération de fusion d'un partage partiel (on parle parfois de liquidation partielle) de l'actif de l'absorbée au profit de l'absorbante à concurrence des droits de celle-ci dans le capital de la société absorbée. L'opération est peu utilisée en pratique car fiscalement coûteuse.

1670 Dans le cadre de la fusion-renonciation, la société absorbante limite l'augmentation de son capital aux titres destinés à rémunérer les associés de l'absorbée autres qu'elle-même. Ce traitement est au demeurant celui applicable en droit des sociétés.

Le fonctionnement du régime de la fusion-renonciation ne soulève pas de difficultés particulières. Il importe toutefois de distinguer selon que l'annulation chez l'absorbante des titres détenus dans le capital de la société absorbée dégage une plus-value ou une moins-value.

L'annulation des titres entraîne une plus-value : le « boni de fusion »

1671 Le traitement fiscal des plus-values réalisées dans le cadre de la fusion-renonciation est globalement plus favorable que dans la fusion-allotissement.

Pour la société absorbée, l'ensemble des éléments d'actif étant transmis à la société absorbante, l'apport bénéficie du régime fiscal des plus-values de fusion avec le mécanisme d'exonération déjà étudié (voir §§ 1070 et s.).

Les associés de la société absorbée, autres que l'absorbante, reçoivent par voie d'échange des titres de la société absorbante. Cet échange s'opère généralement sans imposition à la date de la fusion.

1672 Pour la société absorbante, il convient de procéder à l'annulation des titres de l'absorbée inscrits à l'actif du bilan parmi les titres en portefeuille. Cette annulation est ainsi susceptible de dégager une plus-value égale à la différence entre la valeur réelle de la fraction de l'apport qui correspond aux droits de la société absorbante et la valeur comptable des titres.

Cette plus-value est en principe imposable. Toutefois, l'article 210 A-1, 2^e alinéa précise qu'est exonérée d'impôt sur les sociétés « la plus-value éventuellement dégagée par la société absorbante lors de l'annulation des actions ou parts de son propre capital qu'elle reçoit ou qui correspondent à ses droits dans la société absorbée ».

1673 On formulera plusieurs remarques à propos de cette exonération. L'exonération n'est applicable que si la fusion est placée sous le régime dit de faveur des fusions de l'article 210 en matière d'impôt sur les sociétés. À défaut, la plus-value est imposable (1).

(1) Rép. Bourgeois, JO 27 juin 1975, AN p. 4830.

Exonération de l'article 210 A-1, 2^e alinéa et régime de faveur

Pour que l'exonération provenant de l'annulation des titres trouve à s'appliquer, l'opération de fusion doit avoir été placée sous le régime de faveur (régime spécial) des fusions. Tel était en substance le sens de la réponse ministérielle Bourgeois précitée.

En réalité, il conviendrait d'effectuer une lecture plus précise du texte qui subordonne l'exonération au respect des conditions fixées à l'article 210 A-3 du CGI. Ce texte prévoit l'obligation de reprendre au passif du bilan de la société absorbante différents éléments et de calculer les plus-values réalisées ultérieurement selon des modalités précises de calcul, autant d'obligations qui doivent figurer dans l'acte de fusion. Si ces différentes obligations sont respectées, l'article 210 A-1 peut s'appliquer sans autre condition.

L'administration n'a pas toujours été de cet avis et dans une espèce avait refusé le bénéfice de l'exonération à la société absorbante au motif que l'opération de fusion dégageait au niveau de la société absorbée une moins-value nette globale.

Cette moins-value étant déductible au niveau de la société absorbée, elle ne pouvait s'accompagner d'une exonération des plus-values au niveau de l'absorbante ; admettre le contraire aurait conduit selon l'administration à introduire un biais dans le dispositif de neutralisation fiscale des fusions. Autrement dit, l'interprétation de l'administration amenait à conclure que l'exonération des plus-values nettes au niveau de la société absorbée et l'exonération de la plus-value provenant de l'annulation des titres détenus par la société absorbante formaient un tout indissociable.

Le Conseil d'État exprima un avis contraire. Le commissaire du gouvernement eut une formule lapidaire reconnaissant que « l'argumentation de principe développée par l'administration ne manque pas de force logique. Mais il lui manque le support d'un texte ».

En d'autres termes, si les engagements sont repris dans l'acte de fusion par l'absorbante, l'exonération de la plus-value au titre de l'annulation des titres de l'absorbée détenus par l'absorbante est susceptible de s'appliquer.

CE, 7^e et 9^e s. sect., 25 mai 1983, n° 32372 ; Droit fiscal 1983, n° 44, com. 2050, concl. M. le commissaire du gouvernement Rivière.

1674 L'exonération du boni de fusion est parfois la raison d'être de l'option pour le régime de faveur des fusions. Elle explique en partie pourquoi certaines opérations de fusion faites à la valeur comptable, donc sans plus-values d'apport, sont néanmoins faites en régime de faveur. Cette option permet d'obtenir l'exonération du boni de fusion. *A contrario*, si la fusion est faite en régime de droit commun, la plus-value constatée lors de l'annulation des titres est imposable au niveau de la société absorbante. La plus-value sera imposée selon le régime propre aux titres annulés. Depuis 2007, le coût peut être extrêmement faible.

1675 L'exonération dont bénéficie la société absorbante s'applique quelle que soit l'ancienneté des titres acquis par la société absorbante. La circonstance que la prise de participation dans le capital de la société absorbée remonte à plus ou moins de deux ans est à cet égard sans incidence (1).

L'exonération s'applique de la même façon sans condition d'importance de la participation détenue dans le capital de la société absorbée. Enfin, la circonstance que le prix de revient des titres annulés incorpore des frais d'acquisition en cours d'amortissement n'affecte en rien le principe de l'exonération. Naturellement, l'amortissement des frais n'est plus possible après l'annulation (2).

(1) Rép. Chauvet, JO 26 juillet 1969, AN p. 1934 ; BOCF 1969-II-4567.

(2) Instr. 4 janvier 2008 : BOI 4 H-1-08, n° 35.

1676 Du point de vue comptable, le boni de fusion a été longtemps comptabilisé comme une prime de fusion complémentaire. Le Conseil national de la comptabilité, dans son avis du 25 mars 2004, est revenu sur ce mode de comptabilisation. Désormais, le boni de fusion est comptabilisé dans le résultat financier de la société absorbante à hauteur de la quote-part des résultats accumulés par la société absorbée depuis l'acquisition et non distribués et en capitaux propres pour le montant résiduel ou si les résultats accumulés ne peuvent être déterminés de manière fiable. Ce mode de comptabilisation est susceptible d'entraîner des retraitements extra-comptables pour la détermination du résultat imposable de l'exercice. En effet, compte tenu de l'exonération applicable au boni de fusion, la quote-part du boni de fusion enregistrée en produits financiers doit être neutralisée extra-comptablement (1). Les retraitements sont différents dans l'hypothèse où le boni de fusion ne peut bénéficier de l'exonération.

EXEMPLE. Traitement comptable du boni de fusion

La société A absorbe la société B.
 Le capital de la société B se présente comme suit : 15 000 actions × 150 = 750 000
 La valeur nette comptable au jour de la fusion est de : 1 600 000
 La valeur réelle de l'apport est de : 1 800 000
 A détient avant la fusion 100 % du capital de la société B. Les titres B ont été acquis de la manière suivante : 15 000 × 80 = 1 200 000

► *Fusion sur la base des valeurs réelles*

Lors de la fusion, il convient de constater un boni de fusion de :
 1 800 000 – 1 200 000 = 600 000

Ce boni de fusion est exonéré au plan fiscal si l'opération a été placée sous le régime de faveur.

Au plan comptable, le traitement du boni de fusion serait le suivant :

Valeur d'acquisition des titres :	1 200 000	400 000	► Résultat financier
Valeur comptable lors de la fusion :	1 600 000		
Valeur réelle de l'apport :	1 800 000	200 000	► Prime de fusion
Boni de fusion total		600 000	

455	Actionnaires, société absorbée	1 800 000
261	Titres de participation	1 200 000
76	Boni de fusion	400 000
104	Prime de fusion	200 000

► *Fusion sur la base des valeurs comptables*

Le boni de fusion est de 400 000. Il doit être comptablement porté en résultat financier.

455	Actionnaires, société absorbée	1 600 000
261	Titres de participation	1 200 000
76	Boni de fusion	400 000

1677 *L'annulation des titres entraîne une moins-value : le « mali de fusion ».* Lorsque la société absorbante procède à l'annulation des titres de la société absorbée qu'elle détenait en portefeuille, elle peut être amenée à constater une moins-value. Tel sera le cas lorsque le coût d'acquisition des titres annulés est supérieur à la valeur réelle des actifs qu'ils représentent au jour de la fusion. En comptabilité, le mali de fusion est défini comme étant l'écart entre l'actif net reçu par la société absorbante à hauteur de sa participation dans le capital de la société absorbée et la valeur comptable de cette participation (2).

(1) État 2058 A - ligne X G.

(2) Règlement CRC 2004-01.

Boni et mali sont dans une fusion...

Certaines opérations prévoient l'absorption simultanée de plusieurs filiales par la société mère. Dans une telle situation, l'opération peut permettre de constater simultanément au niveau de la société mère absorbante des bonis de fusion sur l'annulation des titres détenus dans certaines filiales et des malis de fusion sur d'autres.

La question se pose alors de savoir si, au niveau de la société absorbante, il ne serait pas possible de raisonner de manière globale sur l'ensemble de l'opération, en comparant d'une part la valeur totale des titres à annuler et d'autre part la valeur globale des actifs et passifs des filiales pour ne retenir qu'un mali « net » ou un boni « net ».

Le comité d'urgence du CNC a indiqué que cette compensation n'était pas envisageable et que les différents bonis et malis constatés à l'occasion de cette opération devaient être enregistrés et comptabilisés distinctement.

Comité d'urgence – Avis 2005-C – question 18

1678 *La distinction entre le vrai mali et le faux mali.* La doctrine a pris l'habitude de distinguer le vrai mali de fusion du faux mali de fusion. Le vrai mali de fusion correspond, pour simplifier, au scénario suivant. La société absorbante a acquis les titres de participation dans le capital de la société absorbée pour un prix correspondant à la valeur réelle de l'absorbée au jour de l'acquisition. Puis, au jour de la fusion, réalisée sur la base des valeurs réelles, l'absorbée ayant en quelque sorte perdu de la valeur, l'absorbante constate une moins-value lors de l'annulation des titres. On est en présence d'un vrai mali de fusion.

Le faux mali de fusion, ou « mali technique », est de nature différente. La société absorbante a fait l'acquisition des titres de l'absorbée pour une valeur correspondant à la valeur réelle des titres à la date de l'acquisition. Puis, lorsque intervient la fusion entre les deux sociétés, la fusion est réalisée sur la base des valeurs comptables. Lors de l'annulation des titres de l'absorbée, la société absorbante constate alors un mali qui n'a pas nécessairement une existence réelle. Ce mali peut être simplement imputable au fait que lors de l'annulation des titres, on est tenu de rapprocher deux grandeurs différentes : un prix d'acquisition de titres mesuré en fonction d'une valeur vénale, d'une valeur de marché, et une contrepartie mesurée sur la base des valeurs comptables. La perte constatée est ainsi susceptible d'être en partie artificielle, d'où l'appellation « mali technique ». Le comité de la réglementation comptable précise encore que le mali technique correspond, à hauteur de la participation antérieurement détenue, aux plus-values latentes sur éléments d'actifs comptabilisés ou non dans les comptes de l'absorbée déduction faite des passifs non comptabilisés en l'absence d'obligation comptable dans les comptes de la société absorbée (par exemple provisions pour retraites, impôts différés passifs) (1). Le comité de la réglementation comptable considère par ailleurs que la définition comptable du mali technique s'applique quelque soit l'actif net comptable de la société absorbée, positif ou négatif (2).

(1) Règlement CRC 2004-01, § 4.5.2.

(2) Comité d'urgence : Avis 2007-D du 15 juin 2007.

Mais les deux approches du mali de fusion ne sont pas incompatibles. Il est en fait possible de constater sur une même opération un mali qui soit pour partie un vrai mali et pour partie un mali technique (1).

EXEMPLE.

- La société A a acquis l'intégralité du capital de la société B pour 20 000 actions à 80 €, soit 1 600 000 €.
- La société A absorbe la société B, la fusion étant faite sur la base des valeurs comptables, la valeur nette comptable de l'apport étant estimée à 1 200 000. À la date de la fusion, la valeur réelle de la participation est estimée à 1 500 000.
- Le mali de fusion constaté est ainsi de : $1\,600\,000 - 1\,200\,000 = 400\,000$.
- Il convient de qualifier ce mali. Si la fusion avait été faite en valeurs réelles, la société absorbante aurait constaté au moment de la fusion une perte de valeur de $1\,600\,000 - 1\,500\,000 = 100\,000$. Le mali de fusion est donc un vrai mali à hauteur de 100 000. En revanche, pour le surplus, le mali provient du fait que la fusion est réalisée sur la base des valeurs nettes comptables ; il s'agit donc d'un faux mali, ou mali technique de $400\,000 - 100\,000 = 300\,000$.

Pour compléter la galerie de portraits : le faux vrai mali !

En matière de faux mali de fusion, il faut prendre également en compte un troisième cas de figure. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le prix d'acquisition des titres de la société absorbée se révèle excessif au regard de la valeur réelle des titres de la société qui sera ensuite absorbée. Ce prix étant excessif, lors de l'annulation des titres consécutive à la fusion, la société absorbante fait apparaître un mali de fusion. L'administration, comme la jurisprudence, considère en ce cas que le mali de fusion n'est pas un vrai mali de fusion mais trouve son origine dans le prix anormalement élevé d'acquisition des titres.

Le Conseil d'État s'est prononcé sur cette question. Dans l'affaire visée, une société avait acquis la quasi-totalité des parts d'une autre société pour un prix très supérieur à l'actif net ressortant du bilan de cette dernière. La différence s'expliquait par l'intérêt commercial qu'avait la société acquéreuse à transformer en filiale une entreprise dont l'activité et l'implantation étaient complémentaires à la sienne. Selon l'administration, suivie en cela par le Conseil d'État, le prix payé inscrit à l'actif du bilan devait s'analyser comme correspondant pour partie à la valeur intrinsèque de la participation acquise et pour partie au surplus à l'augmentation de la valeur que la société mère procurait à son propre fonds de commerce par cette prise de participation. Par voie de conséquence, la moins-value résultant pour l'absorbante de l'annulation des actions de la société absorbée devait être limitée à la valeur intrinsèque des dites actions.

Dans une récente instruction sur les fusions, l'administration a eu l'occasion de revenir sur ce mali de fusion. Elle a notamment précisé qu'« il appartient à l'entreprise absorbante de démontrer la réalité de la perte liée au vrai mali et qu'elle ne peut être admise que si les titres ont été acquis dans des conditions normales et que l'actif net réel est inférieur au prix d'acquisition desdits titres ». Et l'administration d'ajouter : « À cet égard, dans l'hypothèse où la constatation d'un vrai mali devait intervenir alors même que l'administration est en mesure de démontrer que tout ou partie dudit mali résulte du prix d'acquisition des titres par l'absorbante qui intègre les avantages économiques que lui procure la prise de contrôle de l'absorbée, cette fraction de charge doit demeurer non déductible » (instr. 30 décembre 2005, 4I-1-05, n° 47).

Au plan comptable, ce faux vrai mali semble devoir être traité comme un mali technique, soumis aux règles de dépréciation du mali technique (voir infra). En ce sens : voir avis du comité d'urgence du CNC, Avis 2007-D du 15 juin 2007.

(1) Selon le comité d'urgence du CRC, le mali doit être calculé à la date d'effet rétroactif de la fusion en fonction des éléments comptables sans tenir compte des éléments liés à la libération juridique du capital. En conséquence, il n'y a pas lieu de tenir compte de la perte de rétroactivité, ni des dividendes à verser, pour le calcul du mali de fusion.

Sur cette question : CE, 7^e et 9^e s. sect., 16 mai 1975, n° 92372 ; RJF 1975, n° 7, inf. 344 ; Droit fiscal, 1976, n° 16, com. 584, concl. Schmelz ; doc. adm. 4-I-1224-154 ; Voir également : CAA Nancy, 9 juillet 1991, n° 89-1093 ; RJF 1001, n° 11, inf. 1345 ; CE, 25 avril 2003, n° 236923 ; RJF 2003, n° 7, com. 822, concl. G. Bachelier. À rapprocher également : CAA Paris, 5^e ch. B, 17 janvier 2005, n° 00-2732 ; Droit des sociétés 2005, n° 7, com. 149.

1679 Le traitement comptable du mali de fusion. Le traitement comptable du mali de fusion a été défini par le règlement CRC 2004-01 et a fait ensuite l'objet de précisions diverses entre autres par le biais de réponses apportées par le comité d'urgence, notamment l'avis 2005-C du 4 mai 2005 ainsi que l'avis 2007-D du 15 juin 2007.

1680 a) Le vrai mali de fusion. Le vrai mali de fusion est constaté parmi les charges de l'entreprise. Selon le CRC, ce mali peut être représentatif d'un complément de dépréciation de la participation détenue dans le capital de la société absorbée et doit être comptabilisé dans le résultat financier de la société absorbante de l'exercice au cours duquel l'opération est réalisée.

1681 b) Le mali technique. L'avis du comité de la réglementation comptable prescrit d'enregistrer le mali technique dans un compte d'immobilisations incorporelles et plus particulièrement le compte 207 (1) (2).

EXEMPLE.

• Pour reprendre les données de l'exemple précédent, l'enregistrement comptable du mali de fusion s'effectuerait de la manière suivante :

• 455	Actionnaires, société absorbée	1 200 000
• 678	Mali de fusion	100 000
• 207	Fonds commercial	300 000
• 261	Titres de participation	1 600 000

1682 c) Le suivi du mali technique. Le règlement comptable prescrit aux entreprises de procéder de manière extra-comptable à la date de l'opération, à l'affectation de ce mali aux différents actifs apportés par la société absorbée dans la mesure où la plus-value latente constatée par actif est significative, et cela afin de suivre dans le temps la valeur du mali.

Le mali technique n'a pas la nature d'immobilisation amortissable car il est traité comme un élément d'actif incorporel à durée de vie indéterminée ; il doit donc faire l'objet de tests de dépréciation selon les dispositions de l'article 322-5 du règlement 99-03 du CRC modifié. L'administration fiscale reprend la réglementation comptable en indiquant que le mali de fusion n'est pas amortissable dans la mesure où il n'est pas possible de déterminer de manière fiable la durée de consommation des avantages économiques futurs.

1683 Selon le CNC, le mali subit une dépréciation lorsque la valeur actuelle d'un ou de plusieurs actifs sous-jacents auxquels une quote-part de mali a été affectée devient inférieure à la valeur du ou des actifs précités, majorée de la quote-part de mali affectée. Le mali est affecté par actif mais pour déterminer la valeur actuelle de ces actifs, l'entreprise peut regrouper des actifs. Une dépréciation

(1) Sur la question du mali technique dans le cas de fusion à l'envers d'entreprises sous contrôle commun : voir Avis du comité d'urgence de la réglementation comptable de mai 2005 : Avis 2005-C — question 11.

(2) Sur la détermination du mali technique en cas d'actif net comptable négatif : voir Avis 2007-D du comité d'urgence du 15 juin 2007.

du mali sera constatée si les plus-values latentes constatées lors de l'opération ne sont plus justifiées et sont inférieures à la valeur du mali de fusion. La dépréciation sera égale à la différence entre le montant des plus-values latentes constatées à la date de clôture et le mali net (1). Il conviendra d'attendre la position de l'administration sur le régime fiscal de la provision pour dépréciation du mali de fusion dont il est peu probable que la déductibilité soit admise.

1684 Au plan pratique, pour suivre dans le temps la valeur du mali, l'avis du CNC préconise une présentation sous forme d'un tableau rapprochant :

- la valeur réelle à la date de l'opération des actifs de la société absorbée y compris ceux ne figurant pas dans ses comptes ;
- les plus-values latentes par différence entre la valeur réelle et la valeur comptable sociale de chaque actif ;
- l'affectation extra-comptable du mali technique aux différents actifs au prorata des plus-values latentes et dans la limite de celles-ci (2).

Le modèle de tableau est présenté dans l'annexe comptable comportant l'avis du CNC.

EXEMPLE. Traitement du mali technique – Suivi extra-comptable

Soit une opération de fusion qui amène à dégager un mali technique de fusion de 3900. La décomposition des apports se présente de la manière suivante :

	VNC	Valeur réelle	Plus-value	Affectation mali
Actifs valorisés				
Terrains	1 300	3 400	2 100	1 365
Immeuble	4 200	6 000	1 800	1 170
Titres	2 000	2 600	600	390
Actifs non valorisés				
Fdc	0	1 500	1 500	975
Total	7 500	13 500	6 000	3 900

L'affectation du mali s'opère de manière proportionnelle en fonction de la plus-value constatée sur chacun des éléments.

Si au 31.12.N + 1, la situation est la suivante :

	VNC	Mali affecté	Total	Valeur réelle 31.12
Actifs valorisés				
Terrains	1 300	1 365	2 665	3 000
Immeuble	4 200	1 170	5 370	5 400
Titres	2 000	390	2 390	2 450
Actifs non valorisés				
Fdc	0	975	975	1 400
Total	7 500	3 900	11 400	12 250

On constate que la plus-value latente sur chaque élément d'actif est supérieure au mali affecté. Il en résulte qu'il n'y a pas lieu de constater la dépréciation du mali technique.

Si au 31.12.N + 2, la situation est la suivante :

	VNC	Mali affecté	Total	Valeur réelle 31.12	
Actifs valorisés					
Terrains	1 300	1 365	2 665	1 300	PV < mali
Immeuble	4 200	1 170	5 370	4 400	PV < mali

(1) Vote de présentation de l'avis du CNC n° 2004-01 du 25 mars 2004.

(2) Sur la question des impôts différés, le comité d'urgence de la réglementation comptable considère que l'affectation doit se faire au prorata des plus-values latentes nettes d'impôt (Avis du comité d'urgence CNC-2005-C).

Titres	2 000	390	2 390	2 600	
Actifs non valorisés					
Fdc	0	975	975	1 450	
Total	7 500	3 900	11 400	9 750	

- Il y a lieu de procéder à une dépréciation du mali technique dans la mesure où la plus-value constatée sur le terrain et sur l'immeuble est inférieure à la valeur du mali affecté.
- Dans l'hypothèse où, par exemple, l'immeuble viendrait à être cédé, il conviendrait de constater la sortie de la quote-part de mali affecté.

- 1685** Le mali est en principe affecté actif par actif. Néanmoins, le CNC accorde aux entreprises la faculté de constater la dépréciation par groupes d'actifs. L'éventuelle dépréciation sera ainsi constatée lorsque la plus-value latente sur un groupe deviendra inférieure à la valeur du mali affecté.
- 1686** Il faut préciser enfin que selon le CNC, lorsqu'une opération conduit à la constatation d'un mali, la société absorbante doit mentionner dans l'annexe de ses comptes annuels les éléments significatifs sur lesquels le mali a été affecté. L'entreprise doit, de la même façon, mentionner les modalités de dépréciation et sortie définitive du mali.

La prise de participation de l'absorbante pendant la période de rétroactivité

Très souvent, afin de marquer son intérêt pour la société qu'elle envisage d'absorber, la société absorbante prendra, quelque temps avant la réalisation de la fusion, une participation dans le capital de la société absorbée. Lorsque cette prise de participation est la première étape d'un rapprochement qui s'étale sur plusieurs années, l'opération ne soulève guère de difficultés et lors de la fusion, la société absorbante devra procéder à l'annulation des titres dans les conditions qui viennent d'être rappelées. Parfois cependant, les choses s'effectuent de manière plus précipitée et le laps de temps qui sépare la prise de participation de la fusion-absorption est très bref. Parfois même, l'acquisition de la participation se fera pendant la période à laquelle les parties donneront ensuite un effet rétroactif à l'opération de fusion. Dans ce cas de figure en effet, il convient d'être prudent sur les modalités d'annulation des titres. Celle-ci sera en effet réputée intervenir à la date d'acquisition des titres et non à la date d'effet rétroactif.

Ainsi, par exemple, une société X prend une participation dans une société Y le 1^{er} juillet. Ces deux sociétés décident de fusionner par voie de fusion absorption de Y par X et la dernière assemblée générale approuvant l'opération se réunit le 15 septembre. La fusion est conclue avec effet rétroactif au 1^{er} janvier. Dans cette hypothèse, l'annulation de la participation est réputée intervenir le 1^{er} juillet. La plus-value d'annulation sera donc déterminée au 1^{er} juillet par différence entre le prix d'acquisition et la valeur de l'actif net réel reçu en apport à concurrence des droits représentés par les titres annulés le 1^{er} juillet (1).

(1) Instr. 3 août 2000 : BOI 4J-2-00, § 92.

1687 *Le régime fiscal du mali de fusion.* Le régime fiscal du mali de fusion implique d'envisager distinctement la situation en présence d'un vrai mali de fusion et celle face à un faux mali de fusion, ou mali technique.

1688 a) *Le régime fiscal du vrai mali de fusion.* Le vrai mali de fusion est représentatif d'une perte constatée lors de l'annulation des titres. Le régime fiscal applicable au vrai mali de fusion commande d'envisager distinctement la situation de la société absorbée, selon que cette dernière présente un actif net réel positif ou négatif.

Dans l'hypothèse où la fusion aboutit à l'absorption d'une société présentant un actif net réel positif, le vrai mali de fusion aboutit au constat d'une perte déductible des résultats de la société absorbante. Néanmoins, le régime fiscal de cette perte va dépendre de la nature des titres annulés. Ainsi, en présence de titres de participation acquis il y a au moins de deux ans, aucune imputation du mali de fusion n'est possible si les titres annulés sont des titres qui entrent dans le champ d'application de l'exonération des plus-values à long terme (1). Si les titres sont détenus depuis moins de deux ans, le mali de fusion est alors une charge déductible du résultat imposable au taux de droit commun (2)(3).

Dans l'hypothèse où la fusion aboutit à l'absorption d'une société présentant un actif net réel négatif, la déduction du mali de fusion est possible dans les conditions évoquées précédemment avec cependant une restriction pour les opérations de dissolution-confusion de l'article 1844-5 ou d'absorption de filiales détenues à 100 %. Dans ce cas de figure en effet, l'article 209 II bis du CGI n'admet pas la déductibilité du mali de fusion et ce, quel que soit le régime sous lequel est placée l'opération de fusion : régime spécial ou régime de droit commun.

1689 b) *Le régime fiscal du mali technique.* Le régime fiscal applicable au mali technique doit être envisagé distinctement selon que l'opération de fusion est placée sous le régime spécial des fusions ou non.

1690 *Fusion placée sous le régime spécial :* L'inscription du mali technique à un compte d'immobilisations incorporelles n'est donc pas constitutif d'une augmentation d'actif net au sens de l'article 38-2 du CGI et ne donne pas lieu au constat d'un produit imposable. Cette inscription n'entraîne donc en elle-même aucun retraitement extra-comptable. En outre, il convient de noter que, selon l'administration, l'enregistrement du mali technique dans un compte d'immobilisations incorporelles n'est pas constitutif d'une valeur intermédiaire qui serait susceptible de faire échec à l'application du régime spécial des fusions.

Dans l'application du régime spécial des fusions, le mali technique ne peut donner lieu à aucune déduction postérieurement à la réalisation de la fusion. Cette solution est au demeurant contenue dans l'article 210 A 1, 3^e alinéa qui énonce que « l'inscription à l'actif de la société absorbante du mali tech-

(1) Exonération des plus-values à long terme sur titres de participations réalisées à compter du 1^{er} janvier 2007.

(2) Il conviendra d'être vigilant, dans ce cas de figure, quant au sort fiscal de l'éventuelle dépréciation des titres qui avait pu être constatée par la société absorbante pour les titres détenus dans le capital de la société absorbée.

(3) Naturellement, si les frais d'acquisition des titres avaient été incorporés au prix de revient et font l'objet d'un amortissement, du fait de l'annulation des titres, il n'est plus possible de poursuivre l'amortissement des frais d'acquisition. Sur cette question : Instr. 4 janvier 2008 : BOI 4H-1-08, § 35.

nique de fusion consécutif à l'annulation des titres de la société absorbée ne peut donner lieu à aucune déduction ultérieure ».

Selon l'administration, cette non déductibilité se justifie par le fait que le mali technique représente en réalité tout ou partie des plus-values et profits latents existant chez la société absorbée, lesquels ne sont pas imposés compte tenu de l'application du régime spécial des fusions (1).

Il en résulte que si en comptabilité le mali technique fait l'objet d'une dépréciation, l'incidence fiscale de cette dépréciation doit être neutralisée tant au titre de l'exercice de sa dotation que de l'exercice de sa reprise.

Par ailleurs, dans le cadre du régime spécial, la cession des actifs sous-jacents ne doit emporter de la même manière aucune conséquence fiscale au regard du traitement du mali technique affecté à l'actif cédé. En pratique, la quote-part de mali technique affectée à l'actif cédé devra le plus souvent faire l'objet d'une réintégration extra-comptable ; si une dépréciation du mali avait été constatée, elle doit être reprise et cette reprise doit demeurer sans incidence fiscale.

Au plan de la forme, il convient de préciser que la société absorbante qui aura constaté et inscrit à l'actif du bilan un mali technique a l'obligation de mentionner sur l'état prévu à l'article 54 septies du CGI, la valeur comptable et la valeur fiscale du mali technique (2). Cet état, et la valorisation du mali technique, seront ajustés au fur et à mesure de la cession des actifs sous-jacents (3).

1691 *Fusion placée sous le régime de droit commun.* Dans ce cas de figure, la société absorbée a été imposée sur l'ensemble des plus-values constatées lors de la fusion. Aussi, et dans la mesure où le mali technique est représentatif de tout ou partie de ces plus-values ou profits latents, il convient d'admettre les charges constatées soit dans le cadre de la dépréciation du mali, soit dans le cas de sa sortie, en déduction du résultat imposable (4).

Mais attention, le traitement fiscal du mali suit le régime des actifs sous-jacents entre lesquels il a été réparti. En conséquence, selon les cas, la déduction ne se fera pas systématiquement sur l'assiette du résultat imposable au taux de droit commun. Le mali pourra être frappé dans certains cas de non déductibilité lorsque par exemple, l'actif sous-jacent est un bien dont les charges font l'objet d'exclusions expresses de déductibilité fiscale (5). Le traitement du mali pourra parfois ne produire aucun effet fiscal. Il suffit de songer au cas de l'imputation du mali sur des titres de participation admis au régime d'exonération applicable au 1^{er} janvier 2007. Dans ce cas de figure, la dépréciation du mali technique liée à une dépréciation des titres ne produira pas d'effets fiscaux.

(1) Instr. 30 décembre 2005 : BOI 4I-1-05, § 54.

(2) Art. 54 septies qui renvoie pour le contenu à l'article 38 quinquies de l'annexe III.

(3) On rappelle que l'état prévu à l'article 54 septies est l'état récapitulatif des plus-values en sursis d'imposition. Or, si la fusion est réalisée en valeurs comptables, les plus-values en sursis peuvent se révéler inexistantes sauf si il y avait des plus-values antérieures en sursis d'imposition chez la société absorbée. Mais si tel n'est pas le cas, le mali technique sera la seule mention figurant sur l'état de l'article 54 septies.

(4) Instr. 30 décembre 2005 : BOI 4I-1-05, § 59.

(5) Des biens somptuaires par exemple.

EXEMPLE (1).

La société A absorbe la société B dont le bilan se présente comme suit :

Actif		Passif	
Terrain	20 000	Capitaux propres	55 000
Immeuble (dont résidence d'agrément 25 000)	60 000	Emprunts	30 000
Titres de participation	10 000	Autres dettes	15 000
Stocks	5 000		
Clients	3 000		
Disponibilités	2 000		
	100 000		100 000

La société B a créé un fonds commercial qui est valorisé 100 000 dans le traité d'apport. La valeur réelle des éléments d'actif comportant des plus-values a été chiffrée à :

Terrain	60 000
Constructions	100 000 (dont résidence d'agrément : 40 000)
Titres de participation	30 000

Pour les autres éléments, la valeur réelle correspond à la valeur nette comptable. Aucun autre passif n'a été constaté dans l'apport.

La totalité des titres B avaient été acquis par A pour 85 000 €.

Le mali de fusion est égal à : $85\,000 - 55\,000 = 30\,000 \Rightarrow$ mali technique

L'affectation du mali s'effectue de la manière suivante :

	Plus-value latente	Affectation du mali	
Fonds de commerce	100 000	$30\,000 \times 100\,000/200\,000$	15 000
Terrain	40 000	$30\,000 \times 40\,000/200\,000$	6 000
Immeuble	40 000 (dont résidence d'agrément 15 000)	$30\,000 \times 40\,000/200\,000$ (dont $30\,000 \times 15\,000/200\,000$)	6 000 (dont 2 250 sur résidence d'agrément)
Titres participation	20 000	$30\,000 \times 20\,000/200\,000$	3 000
Total des PV latentes	200 000		30 000

Au 31 décembre suivant, on constate les éléments suivants :

Biens	VNC au 31.12	Quote part de mali	Total	Valeur réelle au 31.12	Dépréciation mali
Fonds de commerce	Valeur réelle > VNC augmentée de la quote-part de mali				non
Terrain	20 000	6 000	26 000	20 000	6 000
Immeuble	58 500	6 000	64 500	62 000	2 500
(résidence agrément)	24 400	2 250	26 650	26 000	650
Titres de participation	10 000	3 000	13 000	10 500	2 500

Régime fiscal de la dépréciation du mali :

- La dépréciation constatée sur le terrain est intégralement déductible ;
- La dépréciation constatée sur l'immeuble est déductible mais uniquement dans la limite de la dépréciation qui ne se rapporte pas à la résidence d'agrément, soit : $2\,500 - 650 = 1\,850$;
- La dépréciation du mali technique qui se rapporte aux titres de participation ne produit pas d'effets fiscaux car elle se rapporte à des éléments dont la cession est exonérée ;
- Au total, le mali technique sera déductible à hauteur de $6\,000 + 1\,850 = 7\,850$;
- Pour mémoire, on rappelle que si la fusion avait été réalisée en régime spécial, aucune déduction de la dépréciation du mali n'aurait été possible.

(1) Exemple inspiré de l'instruction fiscale du 20 décembre 2005.

Dans l'hypothèse de la cession d'un actif sous-jacent, si la fusion est placée sous le régime de droit commun, la quote-part de mali affectée est en principe déductible du résultat. Mais là encore, il faudra être vigilant sur les modalités de déduction et tenir compte du régime fiscal propre aux éléments d'actifs sous-jacents cédés. Ainsi, aucune déduction ne sera possible si l'actif sous-jacent est par exemple constitué de titres de participation ou de biens somptuaires, exclus du droit à déduction.

Le sort du mali technique en cas de nouvelle fusion ...

Si la société absorbante vient à son tour à être absorbée, la question du sort réservé au mali technique constaté à l'occasion d'une fusion antérieure va se poser. Dans ce cas de figure, le sort du mali technique de fusion dépendra du mode de valorisation des apports à l'occasion de la nouvelle fusion :

- si les apports sont évalués à la valeur réelle, le mali sera de fait intégré aux différentes valeurs des éléments compris dans l'apport. En tant que tel, le mali technique n'apparaîtra pas dans le nouvel apport ;
- si les apports sont évalués à la valeur comptable, le mali technique doit être transféré en l'état chez la nouvelle société absorbante. Potentiellement, il pourra apparaître chez la nouvelle société absorbante un mali de fusion qui tiendra compte de deux mali techniques : celui qui a été transféré et celui qui a été constaté à l'occasion de la nouvelle fusion. À titre de simplification, le comité d'urgence prévoit que le nouveau mali technique global – on parle de mali cumulé – soit réaffecté entre l'ensemble des éléments d'actifs sous-jacents compris dans la nouvelle fusion en faisant abstraction de l'affectation précédente résultant de la première fusion.

Cette nécessité de suivre le sort du boni ou du mali, fusion après fusion, s'applique également dans le cadre de fusions dites en « cascade », fusions dans lesquelles une filiale absorberait une de ses propres filiales (la petite fille) puis serait, à son tour, absorbée par la mère.

Sur cette question : Avis du comité d'urgence CNC - Avis 2005-C de mai 2005.

► La fusion dans l'hypothèse d'une participation à 100 %

1692 Il convient de réserver une place particulière au régime des fusions dans lesquelles la société absorbante détient la totalité des parts ou la quasi-totalité des parts de la société qu'elle projette d'absorber.

La fusion par voie d'absorption se présente alors soit comme l'aboutissement de prises de participations successives débouchant sur le contrôle complet d'une société qui est finalement absorbée, soit comme un moyen d'assainir ou de restructurer un groupe d'entreprises en ramenant dans le giron d'une seule personne morale des entités jusque-là juridiquement distinctes bien qu'économiquement déjà sous contrôle.

1693 Au cas des sociétés détenues à 100 %, il convient d'ajouter le cas des sociétés dont la quasi-totalité du capital est détenue par une même société. En effet, l'absorption de ces sociétés présente la même caractéristique que l'absorption de filiales à 100 % : elle s'effectue sans augmentation de capital pour l'absorbante.

Dans le cas des sociétés détenues à 100 %, l'absence d'augmentation de capital est logique. L'absorbante étant l'unique associée de la société absorbée, toute part émise par l'absorbante au titre de la fusion devrait lui revenir. Il conviendrait, en d'autres termes, d'opérer une fusion-renonciation « pour le tout ».

- 1694** Dans le cas des sociétés détenues en quasi-totalité par une même société, il se posera généralement un problème de parité et de rompus. Les valeurs respectives des sociétés en présence et le faible nombre d'actions ou de parts sociales détenues par les autres associés de la société absorbée font que ceux-ci ne pourront, dans l'opération de fusion, prétendre à la moindre action ou part de la société absorbante. On en revient alors au cas précédent de la fusion par absorption sans augmentation de capital. Ce type de fusion par absorption appelle au plan fiscal différentes remarques.
- 1695** Si les fusions sans augmentation de capital sont admises au plan juridique, le traitement fiscal de ces opérations soulève diverses difficultés, en particulier sur le point de savoir si la fusion peut être admise ou non au bénéfice du régime spécial.
- 1696** Après une longue période d'incertitude, l'administration a finalement indiqué dans l'instruction du 11 août 1993 que les fusions réalisées sans augmentation de capital peuvent bénéficier du régime spécial de l'article 210 A du CGI. La seule condition posée par l'administration est que la fusion soit réalisée dans les conditions prévues par le code de commerce (1).