

La CAA de Paris réaffirme la liberté de choix du sens de la fusion



Par **Jean-Christophe Bouchard** (en photo), avocat associé, et **Jean-Marc Valot**, avocat, Franklin

L'existence de déficits fiscaux chez une société participant à une opération de fusion est susceptible d'influencer le choix du sens de la fusion.

Deux situations sont envisageables. Dans le premier cas, une société déficitaire peut être absorbée par une société réalisant des bénéfices. Si l'opération de fusion est placée sous le régime de faveur de l'article 210 A du Code général des impôts (CGI), et que la société absorbante et la société absorbée ont un objet social identique, la société absorbée peut, sur agrément de l'administration fiscale, voir transférer ses déficits à la société absorbante. Si l'opération est justifiée du point de vue

économique, obéit à des motivations principales autres que fiscales, et si l'activité à l'origine des déficits est poursuivie pendant au moins trois ans, l'agrément sera accordé de plein droit conformément à l'article 209-II du CGI. Pour les opérations de fusion réalisées antérieurement à 2002, la pratique administrative n'autorisait qu'un transfert partiel des déficits de la société absorbée. Dans le deuxième cas, si la société absorbée est bénéficiaire et la société absorbante déficitaire, les déficits de cette dernière pourront être imputés sans formalisme ni restrictions particulières. Pour les opérations de fusion réalisées antérieurement à 2002, il existait une procédure d'agrément permettant à la société absorbante de faire valider formellement par l'administration son droit à imputer ses déficits. C'est qu'en effet l'administration fiscale se réserve la possibilité de contester le report des déficits

antérieurs de la société absorbante au moyen de l'abus de droit si elle estime que l'absorption a été réalisée dans le seul but de permettre l'imputation des déficits. Ainsi, la cour administrative d'appel de Paris vient de se prononcer sur la régularité d'une telle opération (n° 06PA01941, 18 juin 2007), cassant le jugement qui lui était déféré.

L'administration fiscale avait considéré comme constitutive d'un abus de droit la fusion entre deux sociétés de décoration d'un même groupe au motif que l'absorbante disposait de déficits significatifs, que l'absorbée réalisait des bénéfices, et que l'absorbante avait un chiffre d'affaires de moitié inférieur à celui de l'absorbée. La cour a estimé que la fusion des enseignes commerciales appartenant à l'absorbante, avec le fonds de commerce exploité par l'absorbée, réparti dans trois magasins spécialisés dans la même activité, dans la

même région, avait pour objet une restructuration interne destinée à rationaliser et simplifier les structures présentes dans deux départements limitrophes afin d'améliorer son réseau de vente et par conséquent, sa rentabilité, à partir du pôle régional. De surcroît, sans qu'il soit possible de savoir si ce motif est surabondant, la cour retient que contrairement aux allégations de l'administration, l'absorbante a connu une augmentation substantielle de son chiffre d'affaires grâce à l'apport, concomitant au traité de fusion, de quatre nouvelles enseignes, passant ainsi en 1996 devant la seconde société, cependant que l'évolution était parallèle en termes de personnel. On ne pourra que se féliciter que soit réaffirmé, dans le droit fil de la jurisprudence Auriège du Conseil d'Etat du 21 mars 1986, le droit du contribuable de choisir la solution la plus favorable fiscalement. ■