



Transfert des déficits et notion de changement significatif d'activité : des précisions cruciales

1^{er} juillet 2021

L'existence d'un changement significatif d'activité est une question cruciale dans le cadre d'opérations de fusion dans la mesure où elle peut impacter la possibilité de bénéficier d'un transfert des déficits de la société absorbée. Par un récent arrêt du 2 avril 2021, le Conseil d'Etat apporte des précisions cruciales sur les éléments permettant de caractériser un tel changement.

Pour rappel, en présence d'une fusion ou opération assimilée placée sous le régime de faveur (Article 210-A du Code général des impôts « CGI »), les déficits antérieurs constatés par la société absorbée et non encore imputés peuvent faire l'objet d'un **transfert au profit de la société absorbante** sous réserve de l'obtention d'un agrément auprès de l'administration fiscale. Cet agrément est accordé de plein droit lorsque l'opération remplit certaines conditions et notamment **si l'activité à l'origine des déficits n'a pas subi de changement significatif sur l'intégralité de la période de constatation des déficits** (i.e. de l'exercice de naissance des déficits à celui de la demande de transfert) (Article 209 II du CGI).

Or, l'appréciation de la notion de changement d'activité est sujet à de nombreuses discussions en pratique dans la mesure où les critères posés par la loi pour apprécier un tel changement (i.e. clientèle, emploi, moyens d'exploitation, nature et volume d'activité) font souvent l'objet d'interprétation différente selon que l'on se place du côté du contribuable ou de l'Administration fiscale.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 2 avril 2021 apporte des précisions cruciales sur l'appréciation de ce changement d'activité.

Décision du Conseil d'Etat (CE 2 avril 2021 n°429319 SAS Alliance Négoce)

Dans la décision SAS Alliance Négoce, une société française ayant une activité de négoce agroalimentaire a fait l'objet, en date du 31 décembre 2015, d'une fusion-absorption placée sous le régime de faveur par la société Alliance Négoce. Cette dernière a sollicité, à l'occasion de cette opération, l'obtention d'un agrément afin de pouvoir

bénéficier du transfert des déficits de la société absorbée. Estimant que l'activité avait subi un changement significatif pendant la période de constatation des déficits, l'Administration fiscale a rejeté cette demande.

Tant le tribunal administratif que la CAA de Nantes ont soutenu la position de l'administration fiscale. En effet, la CAA a fait valoir que l'activité de la société avait subi un changement significatif du fait de (i) la perte de l'intégralité de l'effectif salarié, la société préférant recourir à du personnel extérieur et (ii) de la diminution de plus de 65% de l'actif brut corporel résultant de la cession par la société de son matériel et de sa flotte de véhicules.

La CAA a ainsi retenu une approche littérale de la notion de changement d'activité...

Le Conseil d'Etat dans son arrêt du 2 avril 2021 a rejeté le raisonnement de la CAA.

La Haute Juridiction juge en effet **qu'une diminution par la société absorbée de son emploi et des moyens d'exploitation mis en œuvre ne suffit pas à elle seule à caractériser un changement significatif d'activité dès lors que cette diminution est destinée à assurer le maintien du volume de l'activité à l'origine des déficits.**

Le Conseil d'Etat favorise une **appréciation économique de la notion de changement d'activité**. Cette approche économique n'est **pas en contradiction avec l'objectif poursuivi par le législateur**, qui vise en effet à éviter la création de déficits artificiels par le biais d'une modification de l'activité de la société ayant vocation à être absorbée.

Cette approche économique n'est **pas en contradiction avec l'objectif poursuivi par le législateur**, qui vise en effet à éviter la création de déficits artificiels par le biais d'une modification de l'activité de la société ayant vocation à être absorbée.

Or, au cas d'espèce, une société procédant à la rationalisation de ses moyens de production afin de pouvoir pérenniser son activité n'a pas vocation à créer artificiellement des déficits qui seront susceptibles d'être transférés à l'occasion d'une fusion ultérieure.

La seule variation du volume de l'activité, même massive, ne devrait pas conduire à constater l'existence d'un changement d'activité dès lors qu'elle ne traduit pas une politique de l'entreprise visant à organiser la disparition progressive de l'activité à l'origine du déficit, mais qu'elle **reflète par exemple de brusques fluctuations du marché.**

En conclusion, cette approche devrait permettre aux entreprises de justifier qu'il n'y a pas eu de changement significatif d'activité de l'absorbée avant opération de fusion en présence de baisse significative des moyens d'exploitation.

Quid du changement d'activité après opération de fusion ?

Pour rappel, l'identité d'activité doit également **être poursuivie pendant trois ans après l'opération de fusion** (Article 209 II du CGI).

Contacts



Stéphanie Brevost
Avocat – Associée
Fiscalité directe
E : sbrevost@avocats-gt.com
T : +33 (0) 1 41 16 27 02



Patricia Malocco
Avocat – Senior Manager
Fiscalité directe
E : pmalocco@avocats-gt.com
T : +33 (0) 1 41 16 27 21



Nesrine Akkouché
Avocat - Fiscalité Directe
E : nakkouché@avocats-gt.com
T : +33 (0) 1 41 16 27 12



Grant Thornton Société d'Avocats
29, rue du Pont
92200 – Neuilly-sur-Seine, France
www.avocats-gt.com



A propos de Grant Thornton Société d'Avocats

Grant Thornton Société d'Avocats accompagne ses clients dans toutes leurs opérations stratégiques, que ce soit dans un contexte national ou international, grâce à une expertise pluridisciplinaire reconnue dans tous les domaines du droit des affaires. Le cabinet offre à une clientèle nationale et internationale l'ensemble des prestations nécessaires à la gestion juridique et fiscale des entreprises en intervenant sur des problématiques de droit des sociétés, de due diligences juridiques, fiscales, sociales et contractuelles, de fusions et acquisitions, de droit fiscal, de TVA et commerce international, de mobilité internationale, de droit commercial, droit social et enfin de contentieux des affaires.

NOTE: Cette note d'alerte est de nature générale et aucune décision ne devrait être prise sans avantage de conseil. Grant Thornton Société d'Avocats n'assume aucune responsabilité légale concernant les conséquences de toute décision ou de toute mesure prise en raison de l'information ci-dessus. Vous êtes encouragés à demander un avis professionnel. Nous serions heureux de discuter avec vous de l'application particulière des changements à vos propres cas.

© 2021 Grant Thornton Société d'Avocats, Tous droits réservés. Grant Thornton Société d'Avocats est le cabinet d'avocats lié au réseau Grant Thornton en France, dont la société SAS Grant Thornton est le membre français du réseau Grant Thornton International Ltd (GTIL). "Grant Thornton" est la marque sous laquelle les cabinets membres de Grant Thornton délivrent des services d'Audit, de Fiscalité et de Conseil à leurs clients et / ou, désigne, en fonction du contexte, un ou plusieurs cabinets membres. GTIL et les cabinets membres ne constituent pas un partenariat mondial. GTIL et chacun des cabinets membres sont des entités juridiques indépendantes. Les services professionnels sont délivrés par les cabinets membres, affiliés ou liés. GTIL ne délivre aucun service aux clients. GTIL et ses cabinets membres ne sont pas des agents. Aucune obligation ne les lie entre eux.

Cette question est essentielle dans la mesure où un récent arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon a jugé, dans une affaire aux faits à peu près similaires, que **caractérisait un changement d'activité pendant la période de 3 ans suivant la fusion** le fait pour la société absorbante de (i) procéder à la **réduction importante des effectifs salariés** (plus de 55%) et (ii) à la **fermeture d'un des établissements** dans lequel l'activité était exercée (CAA Lyon 4 février 2021 n°19LY01879).

La CAA de Lyon a refusé de tenir compte des arguments de la société qui faisait également valoir que ces modifications avaient pour objectif de maintenir le chiffre d'affaires de l'activité à l'origine des déficits et qu'en tout état de cause la nature de l'activité était inchangée.

A la lumière du récent arrêt du Conseil d'Etat, une telle solution semble discutable dans la mesure où, si elle était confirmée, elle tendrait à créer une différence d'appréciation selon que l'on se place avant ou après la fusion.

Il est à souhaiter, qu'à la suite du pourvoi en cassation de la société, la future décision du Conseil d'Etat unifie la notion de changement significatif d'activité, avant et après fusion.

Notre Cabinet se tient à votre disposition pour vous assister dans vos opérations de restructurations et pour toute information complémentaire.

