

N° 464667 – Société Metalic et Société AJ Partenaires, en qualité de mandataire judiciaire de la société Metalic

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies

**Séance du 2 octobre 2023
Lecture du 17 octobre 2023**

CONCLUSIONS

Mme Céline GUIBE, Rapporteur publique

Nous vous proposons, à l’occasion de ce pourvoi, de creuser le sillon tracé par votre décision *Société Alliance Négoce* du 2 avril 2021 (n° 429319, aux tables, RJF 6/21 n° 557), à propos des conditions de délivrance de l’agrément permettant le transfert des déficits en cas de fusion ou d’absorption d’entreprises.

Rappelons que, par exception à la règle suivant laquelle le report des déficits ne peut être pratiqué que sur les bénéfices de l’entreprise qui les a subis, le II de l’article 209 du CGI prévoit qu’en cas de fusion ou opération assimilée placée sous le régime de faveur de l’article 210 A, les déficits non encore déduits par la société absorbée sont transférés, sous réserve d’un agrément, à la société absorbante et imputables sur les bénéfices ultérieurs de celle-ci.

Jusqu’en 2012, l’agrément était délivré à la double condition que l’opération soit justifiée du point de vue économique et obéisse à des motivations autres que fiscales et que l’activité à l’origine des déficits soit poursuivie par la société absorbante pendant un délai minimum de trois ans. Dans le but de limiter les possibilités d’exploitation des déficits à des fins d’optimisation fiscale, la loi de finances rectificative pour 2012 du 16 août 2012¹ a durci les conditions d’obtention de l’agrément. Le législateur a, notamment, ajouté une condition de stabilité passée de l’activité de la société absorbée.

Celle-ci est énoncée au b du II de l’article 209, lequel dispose que « *l’activité à l’origine des déficits dont le transfert est demandé [ne doit pas avoir] fait l’objet par la société absorbée (...), pendant la période au titre de laquelle ces déficits (...) ont été constatés, de changement significatif, notamment en termes de clientèle, d’emploi, de moyens d’exploitation effectivement mis en œuvre, de nature et de volume d’activité* ».

¹ Loi n° 2012-958, article 15.

C'est sur le fondement de ces dispositions que le directeur régional des finances publiques d'Auvergne Rhône-Alpes et du département du Rhône a refusé à la société Metalic le transfert des déficits de la société Fonderie du Rhône, qu'elle avait, en application du plan de continuation adopté dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire des deux sociétés, absorbée le 27 mars 2017, avec effet au 1^{er} janvier. La société Metalic a demandé sans succès au tribunal administratif de Lyon d'annuler cette décision. De concert avec son mandataire judiciaire, la société AJ Partenaires, elle se pourvoit en cassation contre l'arrêt par lequel la cour administrative d'appel de Lyon a confirmé ce jugement.

1. La cour a relevé que le chiffre d'affaires et les effectifs de la société absorbée avaient subi une baisse de 70 à 80% entre 2011 et 2016. Elle en a déduit que l'activité avait connu un changement significatif au cours de la période de référence alors même que les moyens d'exploitation mis en œuvre n'avaient pas connu d'évolution.

La requérante soutient que ces motifs sont entachés d'erreur de droit et d'erreur de qualification juridique des faits dans la mesure où la chute du chiffre d'affaires et des effectifs s'expliquait, non par la volonté de générer un déficit artificiel à transmettre à la société absorbante, mais au contraire, par les mesures prises pour maintenir l'activité de la société absorbée, dans un contexte économique difficile.

Cette argumentation fait écho à l'orientation générale de votre jurisprudence, qui a retenu une lecture finaliste du II de l'article 209, conforme à l'intention du législateur. En introduisant une condition de stabilité passée de l'activité, celui-ci a, en effet, souhaité s'assurer que le déficit transféré n'est pas volontairement créé par une modification de l'activité de la société, afin de pouvoir être transféré ultérieurement à une société bénéficiaire, et permettre à celle-ci d'effacer une partie de son résultat imposable².

Par une décision *Société ID Espace* du 9 juin 2020 (n° 436187, aux tables, RJF 8-9/20 n° 680), vous avez ouvert la voie au transfert de l'agrément dans le cas dans lequel l'activité à l'origine des déficits aurait été, en tout ou partie, transférée à l'absorbante avant la fusion, par anticipation, alors même que la loi n'en faisait pas mention, mais ce qui répondait à la logique économique du dispositif.

Vous avez ensuite jugé, dans votre décision *Alliance Négoce* du 2 avril 2021 (préc.), que la diminution de l'emploi et des moyens d'exploitation (matériels) de l'entreprise ne suffit pas, à elle seule, à caractériser l'existence d'un changement significatif lorsqu'elle est destinée à assurer le maintien du volume de l'activité à l'origine des déficits. Etait en cause, dans cette affaire, une société qui avait recouru, dans un contexte de forte dégradation de sa compétitivité, à l'externalisation de ses moyens de production pour sauvegarder son activité et maintenir son volume de chiffre d'affaires.

² V. les rapports de M. Eckert à l'Assemblée nationale (n° 79) et de M. Mars au Sénat (n° 689) ainsi que les débats en séance publique.

De fait, si le législateur a souhaité préciser les éléments qu'il est pertinent de prendre en compte pour apprécier le respect de la condition de stabilité de l'activité - clientèle, emploi, moyens d'exploitation, nature et volume d'activité – il ressort des travaux préparatoires de la LFR pour 2012³ que cette énumération, expressément non exhaustive, ne doit pas constituer un carcan qui briderait l'appréciation de l'administration, et du juge de l'impôt à sa suite, en présence d'une opération sur laquelle ne pèserait aucun soupçon d'optimisation. L'évolution des différents facteurs doit faire l'objet d'une appréciation d'ensemble et le caractère significatif du changement ne doit pas être automatiquement déduit de la seule variation individuelle, même importante, de l'un d'entre eux.

En l'occurrence, et à la différence du précédent *Alliance Négoce*, le changement ne concernait pas uniquement les paramètres touchant aux moyens d'exploitation de l'entreprise. Le volume de l'activité a considérablement diminué au cours de la période de référence, le chiffre d'affaires chutant de 1,6 millions d'euros pour l'exercice 2011 à 288.000 euros pour l'exercice 2016. Parallèlement, l'effectif de l'entreprise était ramené de 25 à 7 salariés au cours de la même période.

A première vue, ces circonstances paraissent proches de celles de l'affaire *ID Espace* précitée, dans laquelle vous avez jugé qu'une cour n'avait pas inexactly qualifié les faits en jugeant que la baisse prononcée du chiffre d'affaires et des effectifs de l'entreprise permettait de caractériser un changement d'activité significatif. Mais, dans ce précédent, la confirmation du refus d'agrément s'expliquait, principalement, par le fait que la société n'avait pas, en appel, et à la différence de la première instance, justifié ces évolutions par le transfert anticipé de son activité à la société absorbante. Il n'était, par ailleurs, pas soutenu que l'adaptation aurait été subie par l'entreprise, pour répondre à un contexte de crise. Enfin, la réduction des effectifs ne se bornait pas à une simple compression, l'entreprise s'étant séparée de l'ensemble de ses salariés. Ce précédent ne nous paraît donc pas transposable au cas d'espèce.

Les évolutions observées s'inscrivent, ici, dans le contexte général de la crise du secteur de la fonderie en France, accompagnée de la délocalisation de nombreux sites de production à l'étranger pour faire face à la baisse des prix d'achat imposés par les donneurs d'ordre. La requérante expliquait, ce qui n'était pas contesté, que la société absorbée avait dû, d'abord spontanément, puis dans le cadre d'un plan de redressement, renoncer aux marchés qui ne lui permettaient plus de dégager une marge positive et concentrer son activité sur le segment de sa clientèle la plus rentable, d'où la chute de son chiffre d'affaires et de ses effectifs. Ce plan a été couronné de succès puisqu'il a débouché, en 2016, sur un plan de continuation, l'entreprise ayant retrouvé l'équilibre, en conservant son outil industriel – les moyens matériels d'exploitation présents sur site ayant été maintenus - et en préservant un noyau essentiel d'emplois spécialisés.

³ Le rapporteur du projet de loi devant la commission des finances de l'Assemblée nationale, ayant estimé que l'énumération, prévue au c) du II de l'article 209 et dont la rédaction est symétrique à celle du b), portait sur des notions dont le caractère était « assez flou », et soulignant que l'administration conservait la marge d'appréciation nécessaire à l'examen des demandes d'agrément particulières.

Et la cause des changements observés ne saurait, compte tenu de l'objet des dispositions en litige, demeurer indifférente pour apprécier leur caractère significatif. Même si les règles applicables au transfert des déficits en cas de fusion et opérations assimilées ne sont pas alignées sur celles du report déficitaire au sein d'une même entreprise, les travaux préparatoires de la LFR pour 2012 témoignent de la recherche d'une certaine cohérence pour ne pas faire obstacle aux restructurations économiquement justifiées. Or on le sait, le « changement d'activité réelle », qui emporte cessation d'entreprise et éteint le droit au report en vertu du a) du 5 de l'article 221 du CGI, est traditionnellement apprécié restrictivement par votre jurisprudence. Le législateur y a certes inclus, en 2012, l'hypothèse de l'adjonction, de l'abandon ou du transfert d'une activité se traduisant par une modification, d'un exercice à l'autre, de plus de 50% du chiffre d'affaires ou de l'effectif et du montant brut des immobilisations. Mais il a expressément réservé les opérations indispensables à la poursuite de l'activité à l'origine des déficits et de la pérennité des emplois. Et le durcissement opéré ne s'applique pas – sauf disparition totale des moyens de production nécessaires à l'exploitation pendant plus de douze mois – aux sociétés qui, comme en l'espèce, se bornent à réduire la voilure de leur activité, sans y adjoindre une activité nouvelle.

Alors que le ministre s'en remet, significativement, à votre sagesse sur ce point, nous vous proposons donc de juger que la cour a inexactement qualifié les faits de l'espèce en retenant que l'activité de la société Fonderie du Rhône avait fait l'objet d'un changement significatif.

2. Une fois n'est pas coutume, nous vous proposons, même si vous n'y êtes nullement tenus, de censurer une autre erreur de droit commise par la cour et également dénoncée par le pourvoi, compte tenu de l'intérêt de la question soulevée, inédite et d'un grand intérêt pratique.

Alors que les déficits dont le transfert avait été demandé avaient été constatés dans la comptabilité de la société Fonderie du Rhône au terme de trois exercices distincts, clos en 2011, 2014 et 2015, la société Metalic avait demandé aux juges du fond, à titre subsidiaire, que soit fait droit à sa demande de transfert des seuls déficits constatés à la clôture des exercices 2014 et 2015, alors bien sûr que les changements constatés entre 2014 et 2017, en termes de baisse du volume d'activité et des effectifs, étaient d'une importance négligeable par rapport à ceux qui avaient été observés au cours des années précédentes.

La cour a rejeté ces conclusions, en se fondant, comme l'y invitait le ministre, sur l'absence de divisibilité de la demande de transfert.

Si l'arrêt s'appuie sur les motifs de votre décision *ID Espace* déjà mentionnée, qui précise que la période au titre de laquelle ont été constatés les déficits, au sens du II de l'art 209 du CGI, s'étend de l'exercice de naissance des déficits en cause jusqu'à celui au cours duquel est effectuée la demande tendant à leur transfert, nous pensons que les juges d'appel ont, ce faisant, sur-interprété votre décision.

Comme l'explique K. Ciavaldini dans ses conclusions, vous vous êtes bornés à écarter une interprétation, certes littérale, mais illogique au regard de leur objet, des dispositions en cause consistant à regarder la période de référence comme se limitant à celle de l'exercice d'origine des déficits, de sorte que, si plusieurs exercices faisant apparaître des déficits étaient suivis de plusieurs autres non déficitaires, ces derniers ne seraient pas pris en compte pour l'appréciation de la condition de stabilité de l'activité passée. Votre décision ne préjuge pas, en revanche, de la faculté d'apprécier le changement d'activité au titre de plusieurs périodes distinctes, en fonction de l'exercice de naissance des différents déficits concernés.

Et ni les textes, ni l'économie du dispositif ne font obstacle à cette distinction.

Si la première phrase du II de l'article 209 du CGI prévoit que « *les déficits antérieurs (...) non encore déduits (...) sont transférés* », cette formulation n'impose pas, selon nous, que le transfert porte sur l'intégralité du stock de déficits reportables à la date de l'opération, selon une logique du « tout ou rien », mais fait plutôt écho au fait que le transfert est de droit, lorsque les conditions prévues par le texte sont remplies⁴. L'article se réfère d'ailleurs également aux « *déficits dont le transfert est demandé* », ouvrant la voie à une sélection par le demandeur.

La solution retenue par la cour n'est pas conforme à l'objet du dispositif, qui est de faciliter les restructurations d'entreprises. Et nous ne sommes guère convaincue par la défense du ministre, qui soutient qu'une appréciation sélective par exercice aboutirait à des pratiques de contournement, par le biais d'un fractionnement du suivi d'activité afin d'éviter la qualification d'un changement significatif pourtant avéré au cours de la période en cause. Il va de soi, en effet, qu'en cas de constat d'un réel changement significatif, la sélectivité ne permettrait d'obtenir un transfert que pour les déficits nés postérieurement à ce changement, c'est-à-dire les plus récents. L'appréciation peut, certes, se révéler plus délicate en cas de changement progressif et continu au cours d'une longue période. Mais la tâche n'est pas impossible⁵, et le juge pourra tenir compte d'une éventuelle manœuvre abusive de l'entreprise pour s'opposer au transfert⁶.

Relevons aussi que les règles formelles de dépôt des demandes d'agrément permettent, en pratique, un examen sélectif. Les entreprises sont en effet invitées à utiliser une lettre-modèle

⁴ V., pour une version antérieure du dispositif, la décision du Conseil constitutionnel n° 2014-431 QPC du 28 novembre 2014 précisant que l'administration ne peut refuser l'agrément pour un autre motif que celui tiré de ce que l'opération de restructuration en cause ne satisfait pas aux conditions fixées par la loi.

⁵ La distinction serait moins difficile à opérer que dans le cas d'un transfert seulement partiel des activités, prévu par le texte, ou, comme dans l'affaire *Serena Caoutchoux* du 25 octobre 2017 (n° 401403, aux tables, RJF 1/18 n° 11), du transfert d'une activité résiduelle déficitaire, alors qu'une précédente activité bénéficiaire était devenue marginale, ce qui suppose de pouvoir déterminer l'origine des déficits transférables au moyen de la comptabilité analytique de l'entreprise.

⁶ La défense est d'autant moins convaincante que l'administration admet déjà, dans sa doctrine, que seule une fraction des déficits puisse, sous certaines conditions, être admise au bénéfice du transfert, dans l'hypothèse où les critères d'analyse mettraient en évidence une activité erratique ou ayant subi diverses évolutions (BOI-SJ-AGR-20-30-10-10 n°170, 13-02-2019).

proposée par l'administration⁷, qui comprend un tableau de suivi des déficits, exercice par exercice et l'indication de l'évolution, là encore exercice par exercice, du chiffre d'affaires, de l'actif immobilisé, des effectifs et du nombre de sites au cours de la période précédant l'opération. Cette présentation permet très aisément d'apprécier la réalité du changement d'activité au cours des différentes périodes s'étendant de chacun des exercices en cause à la date de la demande de transfert.

Certes, lorsque l'entreprise demande le transfert de l'intégralité du stock de ses déficits reportables, sans présenter de demande subsidiaire portant sur les déficits les plus récents, il est raisonnable de considérer que l'administration n'est pas tenue de procéder d'office à un tel examen, même s'il lui est toujours loisible de le faire. En revanche, rien ne fait obstacle selon nous à ce que l'entreprise présente une telle demande au cours de la procédure contentieuse⁸, alors qu'il ne lui est plus loisible, à ce stade, de présenter une nouvelle demande à l'administration, l'article 1649 *nonies* du CGI imposant qu'elle soit présentée avant la réalisation de l'opération. Et, s'agissant d'un recours pour excès de pouvoir, rien ne fait davantage obstacle à ce que le juge y fasse droit, en l'absence de changement significatif au cours de la période la plus récente, en annulant la décision en tant qu'elle refuse le transfert d'une partie des déficits en cause.

3. Si vous nous suivez, vous annulerez l'arrêt attaqué et vous pourrez régler au fond le litige, la solution découlant directement du premier motif de cassation que nous avons analysé. Vous annulerez le jugement du tribunal administratif de Lyon, qui a retenu la même solution, au fond, que la cour, et, dans la mesure où le refus d'agrément était fondé sur le seul motif d'un changement significatif de l'activité de l'absorbée, vous pourrez faire droit aux conclusions à fin d'annulation de cette décision.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt attaqué et du jugement du TA de Lyon, à l'annulation de la décision du directeur régional des finances publiques d'Auvergne Rhône-Alpes et du département du Rhône, et à ce que soit mise à la charge de l'Etat une somme de 3000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

⁷ BOI-LETTRE-000119.

⁸ NB :.