



par
Mathieu le TACON
avocat fiscaliste, DELSOL Avocats

RETOUR SUR LES IDÉES PRÉCONÇUES EN MATIÈRE DE GESTION DES DÉFICITS FISCAUX, AVEC MATHIEU LE TACON.

Le transfert des déficits sur agrément et motivations autres que fiscales

La gestion des déficits fiscaux est une problématique récurrente des opérations d'acquisition ou de restructuration.

Chacun de ces projets donne lieu à la question suivante : sera-t-il possible pour la société bénéficiaire d'utiliser les déficits de la société cible destinée à être absorbée (par fusion ou confusion de patrimoine) ?

LA QUESTION DE L'AGRÈMENT

En la matière, le principe bien connu, posé par les dispositions du II de l'article 209 du Code général des impôts, est que les déficits fiscaux de la société cible peuvent être transférés à l'absorbante sous réserve d'obtenir un agrément de l'administration fiscale, lequel n'est délivré que si les deux conditions suivantes sont réunies :

- l'opération est justifiée du point de vue économique et obéit à des motivations principales autres que fiscales ;
- l'activité à l'origine des déficits dont le transfert est demandé est poursuivie par la société bénéficiaire pendant un délai minimum de 3 ans.

Selon l'article 1649 nonies du Code général des impôts, il est obligatoire de déposer la demande d'agrément avant que l'opération d'absorption considérée ne soit réalisée.

En revanche il n'est indiqué nulle part que l'opération doit être dûment réalisée avant que l'administration ne délivre l'agrément.

En pratique pourtant, l'administration tend de plus en plus à ne vouloir délivrer l'agrément autorisant le transfert des déficits de la société absorbée qu'une fois justifiée la réalisation définitive de l'opération d'absorption.

Autrement dit, l'administration fiscale contraint les entreprises à réaliser l'opération d'absorption avant même de leur faire savoir si l'agrément leur sera délivré. Ce faisant, l'administration prive évidemment l'entreprise de la possibilité de ne pas réaliser l'opération d'absorption si l'agrément lui était finalement refusé, permettant alors de conserver la société cible en l'état, avec ses déficits.

La position implicite de l'administration fiscale est de considérer que si l'opération d'absorption envisagée est vraiment justifiée d'un point de vue économique,

l'entreprise sollicitant l'agrément doit alors être prête à la réaliser même en l'absence de transfert des déficits.

DÉFINIR LES MOTIVATIONS PRINCIPALES

En sens inverse, toute velléité de subordonner la réalisation de l'opération à la délivrance de l'agrément est visiblement considérée par l'administration comme le signe que l'opération n'a d'autre mo-

tivation que de « récupérer » les déficits fiscaux de la société cible.

Cette position est largement contestable dès lors que, comme précédemment rappelé, la loi impose simplement que l'opération n'obéisse pas à des motivations principalement fiscales.

Or, en contraignant les entreprises à réaliser l'opération d'absorption avant d'avoir la certitude d'obtenir l'agrément, l'administration réserve en pratique le transfert des déficits aux seules entreprises pour lesquelles l'opération n'a

strictement aucune motivation fiscale, puisqu'elles doivent être prêtes à perdre toute possibilité d'imputation des déficits de l'absorbée.

Tel n'est pas l'esprit des dispositions précitées du II de l'article 209 qui visent à refuser les transferts de déficits uniquement si la motivation prin-

cipale est manifestement fiscale.

En revanche, le transfert des déficits peut légitimement être une condition essentielle de réalisation de l'opération au même titre que l'utilité économique proprement dite de la fusion des structures concernées.

La question mériterait d'être posée au juge de l'impôt d'autant que les conditions d'octroi de l'agrément autorisant le transfert des déficits ont été sensiblement durcies par la 2^{ème} loi de finances rectificative pour 2012. ■

“ LE TRANSFERT
DES DÉFICITS PEUT
ÊTRE UNE CONDITION
ESSENTIELLE ”