



## LE SENS DES FUSIONS : DU NOUVEAU ?

Olivier Fouquet  
Président de Section au  
Conseil d'Etat

Un arrêt récent de la [CAA de Paris du 18 juin 2007 n°06PA019141](#), SA **Décorative Ouest** a relancé les interrogations sur la portée de la jurisprudence du Conseil d'Etat relative au sens des fusions, au cas où une société absorbante qui détient des déficits reportables absorbe une société qui n'en a pas : dans quelle mesure les déficits accumulés de la société absorbante continuent-ils d'être reportables après la fusion ?

Même si la rédaction des motifs de l'arrêt de la cour comporte une ambiguïté (cf Frédérique Pérotin : les Petites Affiches n°192/2007 p.4), le dispositif solution apparaît orthodoxe (cf Jean-Luc Pierre : Droit de sociétés-LexisNexis- n°10/2007 comm.190).

1) Nous rappellerons la portée exacte de la décision du [CE 21 mars 1986 n°53002, StéAuriège](#) ; Dr. Fisc. 1986, comm. 1446 , **concl. O. Fouquet** cliquer pour lire.). Dans cette affaire, le Conseil d'Etat juge, dans le cas de deux sociétés filiales exerçant la même activité, que l'absorption par la filiale détenant des déficits reportables de l'autre filiale n'en détenant pas ne pouvait pas être constitutive d'un abus de droit, dès lors que l'opération n'avait « pas eu un caractère fictif et répondait à un intérêt économique ». Le Conseil d'Etat n'a pas été arrêté par la circonstance que le chiffre d'affaires de la société absorbante était cinq fois inférieur à celui de la société absorbée.

Il a estimé par ailleurs que les dispositions de l'article 209,II du CGI , dans leur rédaction alors en vigueur (avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002), qui prévoyaient que le ministre pouvait délivrer discrétionnairement un agrément autorisant le report par une société absorbante soit de ses propres déficits, soit de ceux de la société absorbée, n'impliquaient aucun a contrario interdisant d'opérer la fusion en sens inverse : il s'agissait seulement d'une faculté offerte au contribuable pour se mettre à l'abri de toute contestation ultérieure (un rescrit avant la lettre en quelque sorte). Le Conseil d'Etat a seulement vérifié que la société absorbante avait conservé son identité après l'absorption, ce qui allait de soi en l'espèce puisque les deux sociétés fusionnées exerçaient la même activité. Le raisonnement du Conseil d'Etat selon lequel il ne peut y avoir poursuite d'un but exclusivement fiscal dès lors que la fusion présente un intérêt économique conserve toute sa valeur dans le dernier état de sa jurisprudence sur l'abus de droit :

[CE 28 février 2007 n°284565, min c/ Persicot](#) , [Conc Laurent Valée](#) Dr. Fisc.2007, comm. 386 note O. Fouquet ; RJF 5/07 n°599.

2) Dans l'affaire jugée par la CAA de Paris, il s'agissait de deux filiales appartenant au groupe SA Akzo Nobel. La première, la SA Décorative Ouest, société absorbante, exploitait dans un département de l'Ouest de la France des enseignes spécialisées dans les peintures, les produits de décoration et de bricolage, tandis que la seconde, la Sté Delrue, société absorbée, exploitait dans le département voisin des magasins de droguerie et de quincaillerie. S'agissant de deux sociétés se livrant à des activités commerciales identiques dans deux départements voisins, leur fusion, facteur de rationalisation, présentait un intérêt économique évident. La société absorbante.

Toutefois, la société absorbante dont le chiffre d'affaires était inférieur de moitié à celui de la société absorbée, détenait 2 227 449 F de reports déficitaires et 1 678 434 F d'ARD alors que la société absorbée était bénéficiaire.

L'administration a refusé à la société absorbante le droit d'imputer ses reports déficitaires et ses ARD au motif que le sens de la fusion avait été choisi dans un but exclusivement fiscal.

Le tribunal administratif de Paris, par son jugement du 28 mars 2006 n°0000206, a donné raison à l'administration , en se fondant pour identifier la poursuite d'un but

exclusivement fiscal sur les motifs suivants :1° le sens choisi de la fusion « à l'envers » dispensait la société absorbante de demander l'agrément prévu par l'article 209,II du CGI ; 2°l'actif net de la société absorbante, dans le traité de fusion, correspondait pratiquement au gain d'impôt résultant de l'imputation des déficits reportables et des ARD ; 3° les services achat et comptabilité de la nouvelle société étaient demeurés implantés sur le site de la société absorbée. Par rapport à la jurisprudence Auriège dont il ne reprenait aucun des critères, le tribunal avait tout faux puisqu'il s'appuyait exclusivement sur de motifs précédemment non retenus par le Conseil d'Etat.

3)Aussi c'est sans surprise que la CAA de Paris, saisie en appel, a annulé le jugement du tribunal et déchargé la société absorbante des rappels d'impôt sur les sociétés.

La cour relève que la fusion avait pour objet « une restructuration interne destinée à rationaliser et simplifier les structures de la sté Azko présente dans deux départements limitrophes afin d'améliorer son réseau de vente et par conséquent sa rentabilité ». Après avoir porté cette appréciation, et alors que la société absorbante n'avait pas changé d'identité, la cour aurait dû aller directement à sa conclusion selon laquelle la fusion-absorption qui n'avait pas de caractère fictif et qui répondait à un réel intérêt économique, ne pouvait pas être réputée faite dans un but exclusivement fiscal.

Mais la cour, sans doute pour faire reste de droit à l'administration, a cru devoir relever également, par un « en outre », avant de parvenir à sa conclusion, que grâce à l'apport à la société absorbante, concomitant au traité de fusion, de quatre nouvelles enseignes, le chiffre d'affaires et le personnel de la Sté Décorative Ouest étaient devenus similaires à ceux de la société absorbée.

En intégrant cette constatation purement factuelle à son raisonnement écartant l'abus de droit, la cour a semé le doute dans l'esprit des commentateurs : si la société absorbant était demeurée d'une taille deux fois inférieure à celle de la société absorbée, la fusion « à l'envers » aurait-elle été encore possible ? Si l'on se réfère au précédent Auriège où la différence de taille entre l'absorbante et l'absorbée était de un à cinq, la réponse est clairement « oui ». Il eût été préférable que la cour assortisse sa constatation de fait d'un « d'ailleurs », plutôt que d'un « en outre », qui aurait montré que son observation n'était

pas indispensable à son raisonnement juridique et qu'elle était seulement destinée à monter à l'administration qu'elle s'était trompée sur toute la ligne.

4) A la vérité, la seule vraie difficulté des fusions « à l'envers », comme le soulignait Jean-Luc Pierre opus préc. ,est celui du maintien de l'identité de l'entreprise absorbante après la fusion.

Si les deux sociétés exercent, comme en l'espèce la même activité, la différence de taille n'est pas décisive puisque la société issue de la fusion continuera d'exercer la même activité réelle, alors même qu'elle aura sensiblement gagné en importance.

Si les deux sociétés exercent des activités différentes, il peut exister un risque de changement d'identité. En effet, si la société absorbante est nettement plus petite que la société absorbée, l'activité exercée initialement par la société absorbée risque de devenir « marginale » dans l'activité de la société issue de la fusion.

Or le Conseil d'Etat vient de juger qu'une entreprise qui redéploie son activité en exerçant une nouvelle activité, change d'identité si son activité initiale décline au point de revêtir un « caractère marginal » dans l'ensemble constitué par l'ancienne et la nouvelle activité : [CE 10 juillet 2007 n°288484, SARL Final](#) ; RJF 11/07 n°1219.

Plus récemment encore, la haute juridiction vient de juger qu'une société qui exerçait deux activités différentes et qui décide d'en abandonner l'une d'entre elles, ne change pas d'identité si l'activité poursuivie ne revêtait pas un « caractère marginal dans l'ensemble de son activité initiale » : [CE 30 novembre 2007 n°284621, Sté Le Marché Actif](#) .

On voit bien que cette jurisprudence rend risquée la reprise par une petite société déficitaire d'une plus grosse société bénéficiaire exerçant une activité différente lorsque l'activité initiale de la société absorbante, loin de se développer, décline

En conclusion, la jurisprudence sur le sens des fusions, si favorable soit-elle aux opérations de restructuration, n'est pas pour autant un chèque en blanc.

**Olivier Fouquet**  
**Président de Section au**

Conseil d'Etat