

Conclusions

Florence Nègre-Le Guillou, rapporteure publique

La société par action simplifiée (SAS) Bati Bourg a racheté le 29 octobre 2019, les sociétés PGT Immobilier et Floriot Immobilier, deux filiales du groupe TGL, qui exerçaient principalement une activité de promotion immobilière dédiée à la construction et la vente d'immeuble d'habitation. La société PGT Immobilier a fait l'objet, avec effet rétroactif au 1^{er} octobre 2020, d'une fusion-absorption¹ par la société Floriot Immobilier, devenue depuis la société par action simplifiée (SAS) Cosy Casa Promotion. La société Bati Bourg, détenant l'intégralité des titres des sociétés parties à l'opération de fusion, a sollicité la délivrance de l'agrément prévu au II de l'article 209 du code général des impôts afin que soient transférés au profit de la société Floriot Immobilier les déficits, d'un montant de 754 655 euros, enregistrés par la société PGT Immobilier à l'issue de l'exercice clos en 2019. L'administration fiscale a rejeté cette demande d'agrément par une décision du 12 octobre 2021. Par sa requête, la société Cosy Casa Promotion vous demande d'annuler la décision du 12 octobre 2021. Elle vous demande par ailleurs de lui accorder le droit au transfert des déficit tel que formulé dans sa demande du 26 avril 2021. Elle vous demande enfin, dans le dernier état de ses écritures, de mettre à la charge de l'Etat une somme de 2 000 euros au titre de ses frais d'instance.

Vous êtes saisies d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la décision par laquelle l'administration fiscale a refusé de délivrer à la société requérante l'agrément prévu à l'article 209-II du code général des impôts dans le cadre d'une demande de transfert de déficit d'une société absorbée vers la société absorbante. En ce qui concerne votre office, vous exercez un contrôle normal² sur l'appréciation portée par l'administration, dans la décision attaquée, du respect des conditions prévues par l'article 209-II-1-c.

¹ placée sous le régime prévu à l'article 210 A du code général des impôts

² Voir par exemple un arrêt de la CAA de Nantes du 12 mai 2016, n° 14NT02921.

En ce qui concerne le cadre juridique, les déficits subis par une société absorbée antérieurement à la date d'effet de la fusion ne peuvent pas, en principe, être imputés sur les résultats de la société absorbante. Toutefois, une dérogation à cette règle générale est prévue par le II de l'article 209 du code général des impôts pour les opérations placées sous le régime de l'article 210 A. La société absorbante peut, après agrément délivré sous certaines conditions, obtenir la possibilité de reporter sur ses propres résultats les déficits en instance de report chez la société absorbée à la date de l'opération.

Le dispositif de transfert des déficits de la société absorbée à la société absorbante sur agrément a fait l'objet d'aménagements successifs. 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, en date du 16 août 2012, 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, ainsi qu'une condition tenant à ce que les déficits transférés ne proviennent ni de la gestion d'un patrimoine mobilier par des sociétés dont l'actif est principalement composé de participations dans d'autres sociétés ni de la gestion d'un patrimoine immobilier.

Dans sa version en vigueur à la date de l'opération d'absorption en litige³, l'article 209-II-1 du code général des impôts prévoit 4 conditions cumulatives « (...) / a) *L'opération est justifiée du point de vue économique et obéit à des motivations principales autres que fiscales ; / b) L'activité à l'origine des déficits (...) dont le transfert est demandé n'a pas 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 ; / c) L'activité à l'origine des déficits (...) dont le transfert est demandé est poursuivie par la (...) société*

³ CE, 2 avril 2021, n°429319

absorbante (...) pendant un délai minimal de trois ans, sans faire l'objet, pendant cette période, 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 ; / d) Les déficits (...) susceptibles d'être transférés ne proviennent ni de la gestion d'un patrimoine mobilier par des sociétés dont l'actif est principalement composé de participations financières dans d'autres sociétés ou groupements assimilés ni de la gestion d'un patrimoine immobilier. (...) ».

Vous savez que ce régime de transfert des déficits est un régime fiscal dérogatoire, qui est dès lors nécessairement d'interprétation stricte. La dérogation est d'ailleurs double puisque le report des déficits est une exception au principe de l'annualité de l'impôt d'une part, et puisque la cessation de l'activité de l'entreprise absorbée devrait s'opposer au transfert de ses déficits non imputés à la société absorbante, d'autre part⁴. Néanmoins, ce point étant précisé, une annulation nous semble justifiée en l'espèce.

La première question que pose ce dossier est celle de l'interprétation de la notion de poursuite, par la société absorbante, de l'activité à l'origine du déficit, condition mentionnée au c de l'article 209-II-1 du code général des impôts. En l'espèce, pour rejeter la demande d'agrément de la société requérante, l'administration fiscale a considéré que la condition de poursuite de l'activité par la société absorbante ne pouvait être regardée comme remplie dès lors que les déficits dont le transfert est sollicité correspondaient non pas aux déficits générés directement par la société absorbée, mais aux déficits constatés par des sociétés civiles de construction vente soumises au régime prévu à l'article 8 du code général des impôts, dont la société absorbée était associée et dont les déficits lui ont été transmis par le mécanisme de la transparence fiscale. L'administration fiscale a ainsi considéré que les déficits provenant des SCCV n'étaient pas transférables et que la société absorbante ne pouvait valablement prétendre poursuivre l'activité à l'origine des déficits.

Alors qu'il existe peu de jurisprudence sur l'application de cette condition, la seconde question que pose ce dossier, en lien avec la première, est celle de la portée que nous pouvons donner, dans le cadre de la présente instance, à une jurisprudence issue de trois décisions du 19

⁴ Voir conclusions sous la décision du 19 septembre 2014, n°362345.

septembre 2014, Sté Prisma Média, Sté Numéricable et Ministre c/ Sté Estivin Groupe Holding Finances, numéros 362345, 349084 et 370163, dans lesquelles le Conseil d'Etat a interprété les dispositions relatives à la condition de poursuite de l'activité dans leur version alors en vigueur. Lorsque le Conseil d'Etat s'est prononcé sur cette condition, l'article 209-II-b du code général des impôts prévoyait déjà la condition selon laquelle « *L'activité à l'origine des déficits (...) dont le transfert est demandé est poursuivie par la (...) société bénéficiaire des apports pendant un délai minimum de trois ans* ». Le Conseil d'Etat a jugé que ces dispositions ne faisaient pas obstacle à ce que les déficits enregistrés, en l'absence d'intégration fiscale, par une société holding absorbée à raison des déficits réalisés par des sociétés qu'elle détenait soient transférés à la société holding absorbante, dès lors que celle-ci continue à détenir les titres de participation dans les sociétés dont l'activité est à l'origine des déficits pendant un délai minimum de trois ans et que ces sociétés poursuivent pendant ce même délai cette activité.

Se référant aux décisions du Conseil d'Etat du 19 septembre 2014, que nous venons d'évoquer, la société Cosy casa promotion soutient que la décision attaquée est entachée d'une erreur de droit au regard des dispositions de l'article 209-II-1-c du code général des impôts, l'administration fiscale ne pouvant légalement considérer que la condition de poursuite de l'activité ne serait pas remplie au motif que l'activité à l'origine des déficits est exercée non pas par la société Floriot immobilier, société absorbante, mais par les SCCV dont la société PGT Immobilier, société absorbée, était associée.

Tout d'abord, vous pourrez prendre en compte la jurisprudence issue des décisions du 19 septembre 2014, d'une part, en ce que les dispositions de l'article 209-II-1-c demeurent rédigées en des termes quasiment identiques, la version applicable au litige ayant repris la rédaction antérieure de la condition de poursuite de l'activité par la société absorbante, en y ajoutant la condition de l'absence de changement significatif. Cette jurisprudence nous semble encore applicable, d'autre part, en ce que les dispositions de l'article 209-II ne contiennent aucune restriction relative à la forme juridique ou aux modalités d'imposition de la société absorbante ou bénéficiaire des apports⁵. Ainsi, cette jurisprudence doit vous

⁵ cf. Navis - documentation pratique fiscale IS-VI-17260 et suivants.

conduite à écarter le motif de rejet initialement retenu par l'administration dans la décision attaquée, tiré de ce que la condition de poursuite de l'activité par la société absorbante ne pourrait être regardée comme remplie au motif que l'activité à l'origine des déficits n'est pas exercée directement par la société absorbée mais est exercée par les SCCV relevant de l'article 8 du code général des impôts, dont la société absorbée était associée.

Dans son mémoire en défense, l'administration fiscale s'est néanmoins saisie de la jurisprudence du 19 septembre 2014 évoquée par la société Cosy casa promotion dans sa requête et sollicite une substitution de motif. L'administration fiscale admet désormais que les déficits enregistrés, en l'absence d'intégration fiscale, par une société absorbée à raison des déficits réalisés par des sociétés qu'elle détient, puisse être transférés à la société absorbante. Elle soutient toutefois que la condition de poursuite de l'activité ne peut être regardée comme remplie dès lors que la société absorbante, d'une part, n'a pas pris l'engagement de conserver pendant trois ans les titres des SCCV détenus par la société absorbée, d'autre part, n'a pas pris l'engagement de maintenir l'activité de ces SCCV pendant trois ans. L'administration fiscale ajoute que l'engagement de poursuite de l'activité, formulé par la société requérante dans sa demande d'agrément, est imprécis et formulé en des termes généraux et vagues.

Vous savez que l'administration peut, en première instance comme en appel, faire valoir devant le juge de l'excès de pouvoir que la décision dont l'annulation est demandée est légalement justifiée par un motif, de droit ou de fait, autre que celui initialement indiqué, mais également fondé sur la situation existant à la date de cette décision. Il appartient alors au juge, après avoir mis à même l'auteur du recours de présenter ses observations sur la substitution ainsi sollicitée, de rechercher si un tel motif est de nature à fonder légalement la décision, puis d'apprécier s'il résulte de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement sur ce motif. Dans l'affirmative il peut procéder à la substitution demandée, sous réserve toutefois qu'elle ne prive pas le requérant d'une garantie procédurale liée au motif substitué : voyez la décision du Conseil d'Etat du 6 février 2004, Mme Hallal, n°240560, fichée en A.

La société Cosy casa promotion soutient, dans son mémoire complémentaire, qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la substitution de motifs sollicitée, dès lors que l'administration fiscale, en se fondant sur la nécessité d'un engagement formel de conservation des titres et de poursuite de l'activité par les SCCV, ajoute des conditions qui ne sont pas prévues par l'article 209-II-1-c du code général des impôts et lui oppose des critères jurisprudentiels qui étaient alors applicables à des sociétés dont l'objet social était de gérer leur patrimoine mobilier, ce qui n'est pas son cas dans la mesure où elle exerce une activité commerciale de promotion immobilière. Elle précise qu'elle a formulé sa demande d'agrément et son engagement de maintien de l'activité conformément au modèle établi par l'administration et qu'aux termes de l'article 209-II-1-c du code général des impôts, le maintien de l'activité doit être apprécié en fonction du critère de l'absence de changement significatif pendant trois ans, notamment en termes de clientèle, d'emploi, de moyens d'exploitation effectivement mis en œuvre, de nature et de volume d'activité. La société requérante ajoute que l'administration doit vérifier que les conditions sont satisfaites à la date de l'opération d'absorption, quitte à remettre en cause ultérieurement le transfert si la société ne respecte pas la durée minimale de conservation de l'activité ou la condition tenant à l'absence de changement significatif, seuls critères mentionnés par l'article 209-II-1-C du code général des impôts. Elle estime ainsi que l'administration fiscale ne peut légalement fonder son refus d'agrément sur l'hypothétique survenance d'un événement futur et incertain ne permettant pas de s'assurer que la condition de maintien d'activité serait effectivement respectée. Elle ajoute enfin qu'elle remplit la condition de poursuite de l'activité prévue à l'article 209-II-1-c du code général des impôts et que, contrairement à ce que soutient l'administration fiscale, l'engagement de maintien de l'activité formulé dans la demande d'agrément est parfaitement clair et précis. L'argumentation développée par la société requérante pour contester les nouveaux motifs invoqués par l'administration fiscale nous semble fondée.

Tout d'abord, ainsi que le soutient la société requérante, l'administration fiscale doit effectivement examiner la demande d'agrément au regard des textes applicables à la date de l'opération d'absorption (en ce sens, voyez une décision du Conseil d'Etat du 2 avril 2021, n°429319). Or, d'une part, à cette date, les titres des SCCV détenus par la société PGT Immobilier, société absorbée, ont bien été transférés à la société Floriot Immobilier, société absorbante. D'autre part, si le transfert est de droit lorsque les conditions prévues par les

textes sont remplies⁶, la délivrance de l'agrément par l'administration fonctionne comme un acte reconnaissant de ce que l'actif d'impôt différé a bien été transféré lors de la fusion, ce transfert pouvant être ultérieurement être remis en cause par l'administration fiscale si la société ne respecte pas la durée minimale de conservation de l'activité, laquelle fonctionne telle une condition résolutoire : en ce sens, voyez les conclusions du rapporteur public sous la décision du Conseil d'Etat du 18 janvier 2017, n°389004. L'obtention de l'agrément, à la suite d'un examen circonstancié des motifs invoqués dans la demande, confère ainsi à la société la garantie que la faculté d'imputation des déficits transférés ne sera pas remise en cause, dès lors qu'elle s'en tient aux modifications dont elle a fait part au service. En revanche, si postérieurement à l'obtention de l'agrément, l'activité évolue de telle sorte que, par exemple, une ou plusieurs branches ont été abandonnées, l'administration est en mesure de rechercher l'origine des déficits pour limiter le transfert à ceux provenant des activités dont l'exploitation est poursuivie⁷. Le respect de l'engagement pris par la société dans sa demande de transfert de déficit peut donc être contrôlé, a posteriori, par l'administration fiscale.

Ensuite, en ce qui concerne plus particulièrement les deux critères issus de la jurisprudence du CE du 19 septembre 2014, tenant d'une part à ce que la société absorbante continue à détenir les titres de participation dans les sociétés dont l'activité est à l'origine des déficits pendant un délai minimum de trois ans, d'autre part à ce que ces sociétés poursuivent pendant ce même délai cette activité, vous noterez que les textes applicables ne prévoient pas expressément ces deux conditions. En outre, la jurisprudence de 2014 a formulé ces conditions sans toutefois exiger expressément un engagement formel. Au demeurant, toujours sur le plan formel, il n'est pas contesté par l'administration fiscale que le modèle de demande d'agrément établi par elle ne faisait pas mention de ces conditions.

Sur le fond, s'agissant d'une part de la condition prétorienne de détention des titres de participation dans les sociétés dont l'activité est à l'origine des déficits pendant une durée de trois ans, les 3 affaires dont le Conseil d'Etat a eu à connaître se rapportaient à des demandes d'agrément de transfert de déficits à la suite de l'absorption de holdings « purs », exerçant

⁶ Voir conclusions sous la décision n° 464667 ; conclusions sous la décision n°389004 ; Navis - documentation pratique fiscale IS-VI-17260 et suivants.

⁷ Voir Navis - documentation pratique fiscale IS-VI-17260 et suivants.

exclusivement une activité de gestion de titres de participation. L'administration avait refusé d'agréer le transfert au motif que la simple détention de participations ne constituait pas une « activité », au sens des dispositions du b du II de l'article 209 du code général des impôts, susceptible d'être poursuivie par la société absorbante. Le Conseil d'Etat est allé à l'encontre de cette interprétation, en jugeant que ces dispositions ne faisaient pas obstacle à ce que les déficits enregistrés, en l'absence d'intégration fiscale, par une société holding absorbée à raison des déficits réalisés par des sociétés qu'elle détenait soient transférés à la société absorbante. Cette jurisprudence a néanmoins ajouté, à la condition figurant au b du II de l'article 209 qui vise seulement la poursuite par la société absorbante de l'activité à l'origine des déficits de la société absorbée, des conditions supplémentaires non expressément mentionnées par ces dispositions, tirées de ce que la société absorbante devait continuer à détenir les titres de participation dans les sociétés dont l'activité était à l'origine des déficits pendant un délai minimum de trois ans et que ces sociétés devaient poursuivre pendant ce même délai cette activité. Ainsi, la condition de détention des titres pendant trois ans nous semble intrinsèquement liée au fait que l'activité des sociétés en cause, holdings purs, consistait exclusivement en une activité de gestion de titres de participation, ce qui n'est pas le cas dans le litige qui vous est soumis, les sociétés absorbante et absorbée exerçant une activité commerciale de promotion immobilière. Par ailleurs, vous noterez que la loi de finances rectificative pour 2012 a introduit au paragraphe II de l'article 209, un d) excluant désormais toute possibilité de transfert des déficits des sociétés holdings ayant uniquement pour activité la gestion de titres de participation, ceci rendant caduque sur ce point, nous semble-t-il, la jurisprudence du 19 septembre 2014.

D'autre part, s'agissant de la condition prétorienne de poursuite de l'activité par les sociétés dont l'activité était à l'origine des déficits et dont les titres étaient détenus par la société absorbée, cette condition nous semble résulter, là aussi, du fait que le Conseil d'Etat s'est prononcé sur le cas de l'absorption d'une société exerçant exclusivement une activité de gestion de titres de participation. En outre, exiger le respect de cette condition dans notre cas d'espèce ne nous semble pas correspondre à l'esprit du texte et n'apparaît pas adéquat eu égard à l'activité mise en œuvre par la société requérante, à savoir une activité de promotion immobilière. En effet, pour bénéficier de l'agrément, l'opération doit être justifiée du point de vue économique et obéir à des motivations principales autres que fiscales, tel que le prévoit

l'article 209-II-1 en son point a). La procédure d'agrément permet ainsi de s'assurer de la réalité économique de la restructuration présentée et de ses motivations⁸. Si l'article 209-II-1-c du code général des impôts subordonne par conséquent l'agrément à la condition que la société absorbante poursuive pendant au moins trois ans l'activité à l'origine des déficits dont le transfert est demandé, et si cette activité doit être maintenue pendant cette période sans faire l'objet de changements significatifs, la société absorbante et la société absorbée exercent en l'espèce la même activité, à savoir une activité de promotion immobilière, à travers notamment la création de SCCV qui portent les programmes immobiliers. Précisons, à cet égard, que la promotion immobilière consiste à réunir les moyens juridiques, financiers, techniques et humains nécessaires à la réalisation de projets immobiliers destinés ultérieurement à la vente⁹. La société civile de construction vente (SCCV), société ayant pour but l'achat, la construction puis la revente d'un ou plusieurs biens immobiliers avec pour objectif la réalisation d'une plus-value sur l'opération, permet notamment au promoteur de réunir des fonds pour la réalisation d'un programme immobilier. La SCCV est généralement créée pour une opération immobilière et liquidée au terme de celle-ci. Elle facilite la gestion du promoteur qui peut piloter chacune de ses opérations séparément en termes de financement, de comptabilité, etc. Dans ces conditions, d'une part, la création de SCCV nous semble constituer une modalité voire une composante-même de l'activité de promotion immobilière mise en œuvre par la société absorbante, d'autre part, contraindre la société absorbante à conserver pendant trois ans les titres des SCCV à l'origine des déficits et contraindre ces SCCV à poursuivre leur activité pendant trois ans, indépendamment du calendrier de réalisation et de l'achèvement des programmes immobiliers qu'elles portent, ne nous semble pas pertinent car en décalage avec la réalité économique de l'activité mise en œuvre, sachant que ces SCCV ont généralement vocation à disparaître après l'achèvement du programme immobilier concerné. Ainsi, l'engagement pris par la société absorbante de poursuivre l'activité de promotion immobilière et de finaliser les programmes à l'origine des déficits transférés nous semble suffisant, eu égard aux réalités économiques de cette activité.

Nous vous proposons donc d'écarter, ainsi que le demande la société requérante, les deux conditions opposées par l'administration fiscale tenant d'une part, à l'engagement de

⁸ Navis : documentation pratique fiscale IS-VI-17050 et suivants.

⁹ Définition : source INSEE.

conserver pendant trois ans les titres des SCCV détenus par la société absorbée, d'autre part, à l'engagement de maintenir l'activité de ces SCCV pendant trois ans.

Par ailleurs, la société Cosy casa promotion nous semble fondée à soutenir que l'administration fiscale doit examiner son engagement à poursuivre l'activité à l'origine des déficits au regard des critères mentionnés expressément à l'article 209 II 1 c., à savoir l'absence de changement significatif de cette activité pendant les trois années suivant l'opération d'absorption. Cette condition d'absence de changement significatif doit être appréciée selon les critères suivants, non exhaustifs et mentionnés dans le texte, notamment en termes de clientèle, d'emploi, de moyens d'exploitation effectivement mis en œuvre, de nature et de volume d'activité. A cet égard, l'appréciation des conditions et modalités d'exercice de l'activité transférée chez la société absorbante s'opère en appliquant les mêmes principes que ceux précisés, au titre de la société absorbée, à l'article 209-II-1-b du code général des impôts, cette dernière condition tenant à ce que l'activité de la société absorbée, transférée à la société absorbante, n'ait pas fait l'objet de changements significatifs pendant la période de constatation des déficits dont le transfert est demandé¹⁰. Concrètement, la poursuite de l'activité de la société absorbée suppose nécessairement que la société absorbante n'y apporte pas, au cours des trois années qui suivent la réalisation de l'opération, de changement significatif de nature à caractériser une perte d'identité de l'activité transférée. Cette condition s'apprécie dans le contexte économique propre de l'opération, en fonction de critères objectifs fondés sur la nature et l'importance des éléments repris en termes de clientèle, d'effectifs et de moyens d'exploitation, de lieux d'exploitation, de nature et de volume d'activité, de zones géographiques desservies, etc. En pratique, dans une décision du 2 avril 2021, SAS Alliance Négoce, n°429319, fichée en B, le Conseil d'Etat a jugé, s'agissant de la condition mentionnée au b du II de l'article 209, que l'adoption par la société absorbée de mesures de réorganisation consistant par exemple en une diminution de son emploi et des moyens d'exploitation qu'elle met en œuvre, destinées à rationaliser la production et à préserver la viabilité de l'activité transférée en assurant le maintien du volume de l'activité, ne devrait pas, en soi, être regardée comme incompatible avec l'obligation légale de maintien de l'activité et ne devrait pas faire obstacle à l'obtention de l'agrément. Ainsi, des

¹⁰ Navis documentation pratique fiscale IS-VI-17260 et suivants ; Navis documentation pratique fiscale IS-VI-17245 s.

changements dans les conditions d'exercice de l'activité résultant notamment de l'abandon de certains produits non rentables ou de la réalisation d'économies d'échelle pourraient ainsi être apportés. La condition de poursuite de l'activité pourrait être regardée comme satisfaite, même si ces changements entraînent la fermeture d'un site, d'un établissement ou d'une agence. En revanche, l'administration pourrait considérer la condition de maintien de l'activité comme non satisfaite en cas de baisse sensible du chiffre d'affaires correspondant à l'activité reprise, de licenciement d'une partie importante de l'effectif qui y est affecté, ou de modifications significatives affectant les conditions et modalités d'exploitation ou la nature de l'activité ou des produits vendus¹¹.

Enfin, en ce qui concerne la formalisation de l'engagement de poursuite de l'activité, l'administration fiscale a justifié sa demande de substitution de motif en arguant du fait que l'engagement de la société absorbante était « imprécis et formulé en des termes généraux et vagues ». A cet égard, en vue d'obtenir l'agrément, la société absorbante doit présenter à l'autorité compétente une demande dans laquelle elle prend l'engagement de conserver l'activité apportée pendant au moins trois ans et expose en détail l'ensemble des mesures concrètes de réorganisation auxquelles elle envisage de procéder compte tenu du contexte économique propre à l'opération¹². Or, en l'espèce, compte tenu des critères qui viennent d'être exposés, l'engagement nous semble suffisamment précis, en l'espèce, pour que l'absence de changement significatif de l'activité maintenue puisse être contrôlée par l'administration fiscale. En effet, il ressort de la demande d'agrément que la société absorbante et la société absorbée, qui exercent la même activité de promotion immobilière passant notamment par la constitution de SCCV dédiées à la réalisation des programmes, ont été fusionnées afin de conserver une unique société de promotion immobilière et de réduire ainsi les coûts de gestion administrative. L'objectif de cette opération était également de redévelopper l'activité, sans toutefois prévoir de licenciements mais, au contraire, un renforcement des effectifs afin de développer de nouveaux programmes et de terminer les chantiers historiques déficitaires. La liste des SCCV à l'origine des déficits est précisée dans la demande d'agrément. La partie C de la demande d'agrément, qui décrit les conditions de poursuite de l'activité reprise, mentionne des données prévisionnelles s'agissant du chiffre

¹¹ Navis - documentation pratique fiscale IS-VI-17260 et suivants.

¹² Voir Navis - documentation pratique fiscale IS-VI-17260 et suivants.

d'affaires, des investissements, des effectifs, du nombre de sites et du nombre de programmes sur les trois années suivant l'opération d'absorption. Sont également mentionnées les évolutions envisagées, parmi lesquelles le renforcement des effectifs, l'évolution à la hausse du nombre de programmes ainsi qu'un développement national au-delà du champ territorial historique. Cette partie de la demande d'agrément prévoit expressément, outre le développement de l'activité via l'ouverture de nouveaux programmes, la finalisation des chantiers historiques déficitaires. Dans ces conditions, bien que le point 3 de la partie C du document, relatif à l'engagement de maintien de l'activité à l'origine des déficits pendant trois ans, soit formulé, à lui-seul, de façon synthétique, en mentionnant seulement « selon les critères et dans les conditions du c) du II de l'article 209 du code général des impôts », l'administration ne nous semble pas fondée à soutenir que cet engagement serait formulé en des termes généraux et vagues, compte tenu de l'ensemble des éléments qui ont été précisés préalablement dans la demande d'agrément.

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, il ne résulte pas de l'instruction que l'administration fiscale aurait pris la même décision en se fondant sur les motifs tirés de l'absence d'engagement de détention des titres pendant trois ans, de maintien de l'activité des SCCV pendant cette même durée et de l'absence de clarté et de précision de la demande d'engagement. Vous pourrez ainsi écarter la demande de substitution de motif formulée par l'administration fiscale, accueillir le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 209-II-1-c du code général des impôts et annuler la décision attaquée, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens¹³ de la requête.

Pour terminer, l'administration fiscale oppose une fin de non-recevoir dirigée contre les conclusions tendant à ce que le tribunal accorde le transfert des déficits. Elle fait valoir, à juste titre, que de telles conclusions sont irrecevables, dès lors qu'il n'appartient pas au juge de l'excès de pouvoir de prononcer lui-même le transfert des déficits sollicités. Vous pourrez accueillir cette fin de non-recevoir et rejeter ces conclusions comme étant irrecevables. Néanmoins et compte-tenu du fait que l'administration fiscale pourrait éventuellement rejeter la demande d'agrément pour un autre motif, les conditions fixées à l'article 209-II-1 du

¹³ Moyen de légalité externe (notification de la décision attaquée) et moyen tenant à ce que le transfert soit accordé, à titre subsidiaire, à hauteur de 356 161 euros.

code général des impôts étant cumulatives, nous vous proposons d'enjoindre au réexamen, ce que vous pouvez faire d'office sur le fondement de l'article L. 911-2 du code de justice administrative¹⁴.

Par ces motifs nous concluons :

- A l'annulation de la décision du 12 octobre 2021 ;
- A l'irrecevabilité des conclusions tendant à ce que le tribunal accorde le droit au transfert des déficits ;
- A ce qu'il soit enjoint au réexamen ;
- A ce qu'il soit mis à la charge de l'Etat une somme de 1 500 euros au bénéfice de la société Cosy casa promotion au titre de ses frais d'instance.

¹⁴ Article L. 911-2 du code de justice administrative : « Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne à nouveau une décision après une nouvelle instruction, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision juridictionnelle, que cette nouvelle décision doit intervenir dans un délai déterminé. / La juridiction peut également prescrire d'office l'intervention de cette nouvelle décision ».