

**CMS Francis Lefebvre Avocats**

2 rue Ancelle  
92522 Neuilly-sur-Seine Cedex  
France

T +33 1 47 38 55 00

cms.law/fl

**Monsieur Mathieu BIGOIS**  
**Akkadian Partners SA,**  
**Akkadian Partners Funds**  
18 rue Robert Stümper  
L-2557 Luxembourg

Neuilly-sur-Seine, le 06 juin 2023

**Objet : Maintien et valorisation des déficits fiscaux / Société Erytech Pharma / Fusion**

Cher Monsieur,

Vous nous avez sollicité dans le but d'obtenir notre analyse en matière d'impôt sur les sociétés quant au sujet des déficits fiscaux dont est titulaire la société Erytech Pharma au 31/12/2022.

\*\*\*

La société Erytech Pharma, cotée sur Euronext, a accumulé au 31/12/2022 des déficits fiscaux pour un montant de 364 000 000 €.

Un projet de fusion absorption d'une société, Pherecydes Pharma, cotée sur Euronext Growth, sera soumis à la prochaine AG de la société Erytech Pharma convoquée le 23 juin 2023.

**Dans le cadre de cette opération, nous comprenons que la société Erytech Pharma sera la société absorbante et la société Pherecydes Pharma sera la société absorbée.**

Dans ce cadre, vous vous demandez dans quelle mesure les déficits fiscaux de la société Erytech sont susceptibles d'être impactés du fait de cette opération de fusion sachant que nous comprenons que celle-ci serait la société absorbante.

Nous comprenons que ces deux sociétés ne sont pas membres d'un même groupe d'intégration fiscale et n'avaient aucun lien capitalistique.

**1. Principes concernant la conservation des déficits accumulés par une société soumise à l'impôt sur les sociétés (« IS ») en France :**

---

**CMS Francis Lefebvre Avocats** est membre du groupement européen d'intérêt économique CMS Legal Services EEIG qui coordonne un ensemble de cabinets d'avocats indépendants / **CMS Francis Lefebvre Avocats** is a member of CMS Legal Services EEIG, a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms.

**Implantations CMS / CMS locations :** Aberdeen, Abu Dhabi, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Bergen, Berlin, Bogotá, Bratislava, Brisbane, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Cúcuta, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Johannesburg, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Liverpool, Ljubljana, London, Luanda, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Maputo, Mexico City, Milan, Mombasa, Monaco, Munich, Muscat, Nairobi, Oslo, Paris, Podgorica, Poznan, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Shanghai, Sheffield, Singapore, Skopje, Sofia, Stavanger, Strasbourg, Stuttgart, Tel Aviv, Tirana, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich. cms.law/fl

**Siège social / Head Office :** CMS Francis Lefebvre Avocats – Avocats au Barreau des Hauts-de-Seine – 2 rue Ancelle, 92522 Neuilly-sur-Seine Cedex. S.E.L.A.F.A. à Directoire et Conseil de Surveillance au capital de 39 180 € – 722 047 164 R.C.S. Nanterre – Ident. TVA FR 69 722 047 164

En l'espèce, il est présumé qu'aucun évènement passé ou qu'aucune évolution de l'activité de la société Erytech Pharma depuis la réalisation des déficits n'est susceptible de fragiliser leur validité à date.

En effet, en application de l'article 221, 5 du CGI, le changement d'objet social ou d'activité réelle d'une société soumise à l'IS emporte cessation d'entreprise ce qui peut entraîner la perte du droit au report des déficits.

Précisons que l'article 221, 5-b du CGI précise que le changement d'activité réelle s'entend notamment de l'adjonction, l'abandon ou le transfert d'activité entraînant, au titre de l'exercice de sa survenance ou de l'exercice suivant, une variation positive ou négative de plus de 50 % par rapport à l'exercice précédent soit du chiffre d'affaires de la société, soit de l'effectif moyen et du montant brut des éléments de l'actif immobilisé.

Nous partons ici de l'hypothèse que le report des déficits accumulés par la société Erytech Pharma n'est pas, en l'espèce, susceptible d'être remis en cause en raison d'un évènement passé.

## **2. Principes en cas de déficits constatés par une société soumise à l'impôt sur les sociétés en France :**

Le droit fiscal français permet aux sociétés soumises à l'IS de reporter leurs déficits en avant indéfiniment dans le temps tout en devant respecter un plafond annuel d'imputation.

Cependant, précisons ici que les entreprises ont le choix entre deux régimes de report des déficits :

- ✓ Un régime de droit commun, dit de report « en avant », qui permet d'imputer les déficits sur les bénéfices des exercices suivant l'exercice déficitaire ;
- ✓ Et, un système optionnel de report « en arrière » des déficits (« carry-back ») sur le bénéfice de l'exercice précédent.

- Concernant la possibilité d'un report en avant des déficits :

**Le droit au report en avant des déficits subis par les sociétés soumises à l'IS est illimité dans le temps.**

**Le déficit subi au titre d'un exercice est considéré comme une charge de l'exercice suivant et déduit du bénéfice réalisé pendant ledit exercice, dans la limite d'un montant de 1 000 000 €, majoré de 50 % de la fraction du bénéfice excédant ce seuil.**

Lorsque le déficit constaté au titre d'un exercice excède 1 000 000 € alors que le bénéfice de l'exercice suivant dépasse également ce seuil, l'entreprise doit donc acquitter un montant d'IS calculé sur 50 % de la fraction de ce bénéfice excédant 1 000 000 €.

**La part de déficit qui ne peut pas être déduite en application de cette mesure est reportable sur les exercices suivants, sans limitation de durée, dans la même limite.**

- Concernant la possibilité d'un report en arrière des déficits :

Le système du « carry-back » permet d'imputer le déficit constaté à la clôture d'un exercice sur le bénéfice de l'exercice précédent, dans la limite de la fraction non distribuée de ce bénéfice, ce qui fait naître une créance sur le Trésor correspondant à l'excédent d'impôt antérieurement versé.

**L'option pour le report en arrière ne peut être exercée que pour le déficit constaté au cours de l'exercice. Ce déficit est reportable sur le seul bénéfice de l'exercice précédent, dans la limite du montant le plus faible entre ledit bénéfice et un montant de 1 000 000 €.**

**A noter que le déficit qui n'a pas pu être reporté en arrière demeure reportable en avant dans les conditions habituelles.**

### 3. **Concernant la valorisation des déficits reportables détenues par une société soumise à l'IS en France :**

La valeur « théorique » des déficits fiscaux reportables correspond, indépendamment de tout échéancier d'utilisation, au montant des déficits reportables multiplié par le taux de l'impôt sur les sociétés applicable au titre des exercices ultérieurs de réalisation de bénéfices fiscaux sur lesquels ces déficits seront imputés. Soit en théorie, compte tenu du taux de l'IS actuellement fixé à 25%, majoré le cas échéant de la contribution sur l'IS de 3.3%, un maximum d'économie d'impôt théorique de 25,825 % des déficits reportables.

En France, la comptabilisation d'actifs d'impôts différés<sup>1</sup> liés aux déficits reportables doit s'opérer selon le principe de prudence dans la mesure où il est probable que l'on disposera de bénéfices imposables futurs sur lesquels ces pertes fiscales et crédits d'impôt pourront être imputés.

Si ce calcul permet de déterminer une économie d'impôt, valorisée ainsi pour les besoins de comptes consolidés, la valeur réelle de cette économie, notamment lorsqu'il s'agit de valoriser une entreprise titulaire de déficits fiscaux eu égard à ladite économie, peut être pondérée en fonction de l'aléa lié à l'activité de l'entreprise et à sa capacité à générer des bénéfices pouvant donner lieu à utilisation effective.

Au demeurant, on sait qu'en cas de restructuration ou de changement d'activité, ces déficits, bien qu'en principe indéfiniment reportable, peuvent être remis en cause.

C'est pourquoi il peut être nécessaire, notamment dans les négociations en cas de cession d'entreprise déficitaire, lorsque l'on souhaite donner une valeur « patrimoniale » à cette économie potentielle, soit lui appliquer une pondération (pouvant aller jusqu'à 50%) pour justifier de couvrir et de partager l'aléa, soit de se projeter en s'appuyant, au regard d'un business plan sur un échéancier d'imputation probable des déficits reportables eu égard aux bénéfices futurs attendus.

---

<sup>1</sup> Montant de l'impôt calculé en tenant compte du décalage temporaire entre la comptabilisation d'une charge et sa prise en compte réelle dans le résultat fiscal d'un exercice ultérieur.

Toutefois si la perspective d'une restructuration est d'ores et déjà d'actualité comme au cas d'espèce, il y a lieu de prendre en considération les critères qui pourraient être retenus par l'administration fiscale pour accepter le droit au maintien des déficits en report (vois ci-après).

#### **4. Impact d'une fusion sur les déficits reportables d'une société soumise à l'IS en France :**

##### **✓ En ce qui concerne la société absorbante :**

En l'espèce, nous comprenons que la société Erytech Pharma sera la société absorbante.

L'opération de fusion est susceptible d'avoir des conséquences quant aux déficits de la société absorbante si cette opération aura pour effet de modifier substantiellement son activité.

Or, rappelons que l'article 221, 5-b du CGI prévoit que le changement d'activité réelle s'entend notamment de l'adjonction, l'abandon ou le transfert d'activité entraînant, au titre de l'exercice de sa survenance ou de l'exercice suivant, une variation positive ou négative de plus de 50 % par rapport à l'exercice précédent soit du chiffre d'affaires de la société, soit de l'effectif moyen et du montant brut des éléments de l'actif immobilisé.

Ce texte ne prévoit pas d'exception et le changement ou l'adjonction d'activité susceptible d'entraîner la perte des déficits d'une société peut résulter tout aussi bien d'une acquisition de fonds de commerce que d'une fusion.

D'ailleurs, l'administration fiscale a précisé explicitement dans son BOFIP (*BOI-SJ-AGR-20-30-10-10 n°30 et 40*) que :

*« Enfin, en cas notamment de changement d'objet social ou d'activité réelle au sens du 5 de l'article 221 du CGI, la société absorbante ou bénéficiaire ne pourra pas continuer à reporter ses déficits subis jusqu'au jour de la fusion ou de l'apport sur les bénéfices réalisés ultérieurement à cette opération.*

*Sous certaines conditions, toutefois, elle a la possibilité de solliciter l'agrément prévu au c du II de l'article 209 du CGI afin de bénéficier du report éventuel en tout ou partie de son déficit reportable ».*

**Par conséquent, il y aura lieu de s'assurer que cette opération ne sera pas de nature à entraîner un changement d'activité au niveau de la société absorbante auquel cas cette dernière pourrait devoir effectuer une demande d'agrément préalable pour tenter d'obtenir le maintien de ses déficits propres si une augmentation de 50% de l'un ou l'autre des critères évoqués ci-avant pourrait être constatée du fait de la restructuration.**

**On suppose que l'opération de fusion sera justifiée pour des raisons économiques, placée sous le régime de faveur, et que l'ensemble des activités des sociétés sera poursuivie. Un engagement en ce sens sera à prendre en marge de la demande d'agrément.**

##### **✓ En ce qui concerne la société absorbée :**

Une fusion de sociétés entraîne en principe les conséquences fiscales d'une cessation totale d'entreprise et notamment la perte du droit au report des déficits subis par la société absorbée.

Cependant, le II de l'article 209 du CGI dispose qu'en cas de fusion placée sous le régime de l'article 210 A du CGI, les reports déficitaires de la société absorbée peuvent être transférés à la société absorbante ou bénéficiaire sur agrément, délivré dans les conditions prévues à l'article 1649 nonies du CGI.

En ce qui concerne les éventuels déficits dont pourrait être titulaire la société absorbée, leur transfert reste toutefois permis de plein droit dans la limite de 200.000 € et, au-delà, une demande d'agrément, préalable à la réalisation de l'opération est indispensable.

**Aussi, pour éviter que la fusion entraîne la perte du droit au report des déficits antérieurs dont serait également titulaire la société absorbée, il conviendra de faire la demande et d'obtenir l'agrément délivré dans les conditions prévues à l'article 1649 nonies du CGI, sauf si le montant des déficits n'excède pas 200.000 € (le transfert étant, dans ce cas, et sous conditions, de plein droit en application du 2 du II de l'article 209 du CGI).**

✓ **En ce qui concerne les modalités de demande et d'obtention d'un agrément :**

Dans le cadre de la réalisation d'une fusion entraînant un changement d'objet social ou d'activité réelle au sein du 5 de l'article 221 du CGI de la société absorbante, celle-ci ne pourra pas continuer à reporter ses déficits subis jusqu'au jour de la fusion sur les bénéfices réalisés ultérieurement à cette opération.

Cependant, elle a la possibilité de solliciter l'agrément prévu au c du II de l'article 209 du CGI afin de bénéficier du report éventuel en tout ou partie de son déficit reportable.

La procédure d'agrément prévue à l'article 209 du CGI est spécifique au transfert des déficits de la société absorbée qui peut être délivré dans les conditions suivantes :

**(i)** L'opération doit être placée sous le régime fiscal de l'article 210 A du CGI.

**(ii)** En ce qui concerne les conditions de délivrance de l'agrément, le II de l'article 209 du CGI prévoit que l'agrément est délivré lorsque les quatre conditions suivantes sont satisfaites :

1. L'opération est justifiée du point de vue économique et obéit à des motivations principales autres que fiscales ;
2. 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 ;

3. L'activité à l'origine des déficits dont le transfert est demandé est poursuivie par la société 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 ;
4. 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.

A noter qu'en ce qui concerne la procédure d'agrément concernant le report des déficits de la société absorbante en cas de changement de son activité dû à la fusion, la condition n°3 susvisée ne pourra pas être respectée et il conviendra donc d'adapter la demande d'agrément sollicitée.

\*\*\*

**En conclusion, la fusion entre la société Erytech Pharma et la société Pherecydes Pharma ne sera pas susceptible de faire perdre à la société Erytech Pharma, ses reports déficitaires accumulés à condition que son activité ne soit pas substantiellement modifiée du fait de cette opération de fusion.**

**Au contraire, en cas de changement d'objet social ou d'activité réelle au sens du 5 de l'article 221 du CGI, la société Erytech Pharma ne devrait pas pouvoir continuer à reporter ses déficits subis jusqu'au jour de la fusion sur les bénéfices réalisés ultérieurement à cette opération sauf à solliciter et obtenir un agrément spécifique à ce titre.**

**Dès lors si l'on souhaite valoriser sans discussion possible la société Erytech Pharma en prenant compte, sans décote, 25.825% de la totalité de ses déficits fiscaux, il faudra s'assurer par voie d'agrément que l'administration fiscale accepte de considérer que la restructuration ne les remettra pas en cause.**

Nous sommes naturellement à votre disposition pour procéder à une analyse plus approfondie au regard des opérations projetées et vous accompagner dans cette démarche.