



La fiscalité des restructurations internationales

**Matinée fiscale de l'IFA
Mardi 6 mars 2018**

Avec la participation de :

Vincent AGULHON, Avocat

Nicolas de BOYNES, Avocat

Principaux éléments de la réforme sur les restructurations

- Suppression de l'agrément pour les opérations transfrontalières – remplacé par une déclaration spéciale *a posteriori*
- Suppression de l'engagement de conservation pendant trois ans (apports partiels d'actifs, scissions et scissions partielles de l'article 115-2 du CGI)
- Suppression de l'agrément pour les opérations de scissions partielles

Principaux éléments de la réforme sur les restructurations

- Les apports ne portant pas sur des branches d'activité ou éléments assimilés peuvent bénéficier du régime de sursis sur agrément, mais sous condition d'engagement de conservation
- Même chose pour les scissions et « scissions partielles », mais le régime hors agrément ne s'étend pas aux « éléments assimilés » (titres de participation)
- Transposition de la clause anti-abus de la Directive Fusion, avec procédure de rescrit
- Rappel sur le champ territorial : Etats ayant conclu avec la France une convention contenant une clause d'assistance administrative

1 - Absorption d'une société française par une société étrangère (1/2)

- Situation de l'arrêt CJUE Euro Park Service du 8 mars 2017
- Suppression de l'agrément
- Condition d'affectation des actifs et passifs de la société absorbée à un établissement stable de la société absorbante
 - ➔ Holding pures : la déclaration par l'absorbante d'un établissement stable est-elle opposable à l'administration si les conditions de qualification d'un établissement stable ne sont pas remplies?

1 - Absorption d'une société française par une société étrangère (2/2)

- Condition d'affectation des actifs et passifs de la société absorbée à un établissement stable de la société absorbante
 - ➔ Rétroactivité : possibilité d'un effet rétroactif lorsque l'absorbante n'a pas d'établissement stable en France à la date d'effet?
 - ➔ Cas dans lequel la société absorbée dispose elle-même d'un établissement stable hors de France
 - ➔ Compatibilité avec la liberté d'établissement d'une imposition immédiate des actifs transférés hors de France – cf. jurisprudence sur l'exit tax, en particulier CJUE A Oy du 23 novembre 2017

2 - Absorption d'une société étrangère par une société française (1/4)

- Aucun agrément n'est nécessaire (c'était déjà le cas avant la 2^e LFR 2017 dès lors que la société bénéficiaire des apports était française).
- Valeurs d'apports (VNC/VR) déterminées dans le traité.
Recommandation d'application des principes français en l'absence de norme étrangère concurrente.
- Dans le cas général, les actifs de la société absorbée étaient hors du champ territorial de l'IS français avant l'opération et forment de fait un établissement stable de la société absorbante dans l'Etat du siège de la société absorbée après l'opération : les plus-values latentes correspondantes sont hors du champ de l'impôt français.

2 - Absorption d'une société étrangère par une société française (2/4)

- Si la société étrangère absorbée disposait d'un établissement stable en France avant l'opération, ses actifs sont transmis à la société française absorbante sous les mêmes conditions que dans le cas d'une fusion purement domestique : reprise des prix de revient fiscaux sur éléments non amortissables, réintégration des éventuelles plus-values sur éléments amortissables, etc.
- En cas de participation de la société française absorbante dans la société étrangère absorbée : absence de revenu mobilier (art. 115 du CGI) mais nécessité d'opter pour le régime de faveur pour exonérer la plus-value d'annulation des parts de la société étrangère absorbée (Art, 210-A 1, 2^e al.)

2 - Absorption d'une société étrangère par une société française (3/4)

Cas particulier : absorption d'une société holding étrangère, par exemple une sous-holding néerlandaise

- Nécessité d'opter pour le régime de faveur de l'article 210 A si l'on souhaite éviter l'imposition immédiate des plus-values latentes sur les actions annulées de la sous-holding absorbée.
- Les plus-values sur titres de participation détenus par la société absorbée sont exonérées dans le pays de son siège (régime de participation exemption) sans qu'il soit nécessaire de faire application du régime local de faveur des fusions.

2 - Absorption d'une société étrangère par une société française (4/4)

Cas particulier : absorption d'une société holding étrangère, par exemple une sous-holding néerlandaise

- En l'absence de création d'un établissement stable de la société française absorbée dans le pays du siège de la société absorbée auquel seraient rattachées les participations détenues antérieurement par cette dernière, quel est le prix de revient fiscal en France de ces participations transmises à la société absorbante par voie de fusion :
 - Le prix de revient « historique » en raison des engagements formels que doit prendre la société française absorbante dans le cadre de son option pour le régime de faveur de l'article 210 A ? Avec reprise de l'antériorité de détention ?
 - Une valeur réévaluée au moment de la fusion, les plus-values latentes au jour de la fusion relevant de la seule souveraineté fiscale de l'Etat du siège de la société étrangère absorbée ? (voir notamment BOI-IS-CESS-30-20130903 n° 120)

3 - Filialisation de la succursale française d'une société étrangère

- Avant la LDFR 2017 : obligation de réapport (sauf convention fiscale attribuant à la France le droit d'imposer la plus-value future).
- Justifiée par la condition prévue à l'article 210 B 1 (b) du CGI sur le calcul des plus-values futures.
- Cette condition n'étant pas prévue dans la Directive, la 2ème LDFR 2017 l'a transformée en une règle d'assiette (article 210 B 2 du CGI).
- L'agrément et le ré-apport à une holding française ne sont donc plus applicables.

4 - Apports de branche ou d'éléments assimilés à une société étrangère (1/3)

- Suppression de la formalité d'agrément préalable
- Suppression de l'engagement de conservation pendant 3 ans des titres rémunérant l'apport.
 - ➔ *Disparition corrélative des engagements secondaires exigés par le bureau des agréments, notamment conservation indéfinie des titres reçus par la société étrangère bénéficiaire des apports.*

4 - Apports de branche ou d'éléments assimilés à une société étrangère (2/3)

- Suppression de l'engagement relatif au mode de calcul des plus-values de cession ultérieures des titres ayant rémunéré l'apport, remplacé par une simple règle d'assiette.
 - ➔ *Quid du délai de détention : reprise de l'ancienneté des titres / actifs apportés ou non ? (cf. décision Heineken)*
 - ➔ *De nouvelles problématiques en matière d'apports – cessions rapides ? Avant 2 ans ? Entre 2 et 3 ans ? Risque de transformation long terme > court terme ?*
- Éléments assimilés à une branche complète : extension aux apports venant renforcer une participation supérieure à 50%
- Obligation déclarative spéciale

4 - Apports de branche ou d'éléments assimilés à une société étrangère (3/3)

Quel sort pour les engagements de conservation en cours ?

Rappel : contrairement à ce qui s'était passé lors du passage de 5 à 3 ans du délai de conservation, le législateur n'a pas précisé le sort des engagements encore en cours pris antérieurement au 1/1/2018

La revente des titres reçus moins de 3 ans après l'apport ne saurait constituer une présomption irréfragable d'abus (critère général prédéterminé prohibé).

Faut-il distinguer les engagements « légaux » et ceux qui étaient exigés par le bureau des agréments ? *(Voir notamment pour ces derniers, illimités dans le temps, l'impact de la décision Goudy, CE 4 avril 2012 n° 326760 qui fait application du délai général de reprise de 6 ans de l'article L. 186 du LPF et SNC Tua Moana CAA Paris 23 septembre 2015, n° 13PA03809)*

Faut-il distinguer les opérations postérieures à la décision Euro Park Service et les autres ? *(L'administration ayant de fait admis pour les opérations 2017 que la procédure d'agrément était inapplicable, les engagements pris pour ces opérations étaient-ils eux aussi sans fondement ?)*

La procédure d'abus de droit comme garde-fou ?

5 - Apport par une société française suivi de la répartition des titres de la société bénéficiaire à des associés non-résidents (1/2)

- Jusqu'à la LDFR 2017, ces opérations ne pouvaient pas bénéficier du régime de sursis (pratique du bureau des agréments)
- Modifications de la LDFR 2017
 - ➔ Apport-distribution portant sur une branche d'activité : suppression de l'agrément et de l'engagement de détention pendant trois ans
 - ➔ Les apports-distributions portant sur des éléments assimilés (titres de participation) restent soumis à ces deux conditions, ce qui limite l'intérêt pratique de la réforme

5 - Apport par une société française suivi de la répartition des titres de la société bénéficiaire à des associés non-résidents (2/2)

- Une branche d'activité comprend-elle les titres de filiales liées à cette activité?
- Question de l'abus en cas d'apport-distribution suivi d'une cession

6 - Apport par une société étrangère suivi de la répartition des titres de la société bénéficiaire à des associés résidents de France (1/2)

- Suppression de la condition d'agrément préalable dans les mêmes conditions que pour les opérations purement domestiques.
 - ➔ Appréciation de la notion de branche complète à l'étranger par l'administration française ?
- Suppression de la condition d'engagement de conservation pesant sur les associés (sauf opération sur agrément pour défaut de branche(s) complète(s))

6 - Apport par une société étrangère suivi de la répartition des titres de la société bénéficiaire à des associés résidents de France (2/2)

- Application de plein droit aux opérations de « scissions partielles » étrangères? (qui pouvaient antérieurement bénéficier du régime de faveur sur agrément au titre des articles 121 2é et 115 du CGI ? cf. cas espagnol visé au BOI-SJ-AGR-20-20-20140716 n° 360).
 - ➔ Critère de l'application à l'étranger d'un régime de faveur « comparable » à celui de l'article 210-A (art. 121-1) : le choix du régime de faveur étranger s'impose à l'actionnaire résident de France ?
- Est-il impossible à compter du 1^{er} janvier 2018 pour l'associé français de considérer que l'attribution gratuite des titres de la sous-filiale constitue un revenu mobilier éligible au régime mère-fille sans modification du prix de revient fiscal des titres de la filiale étrangère apporteuse ? (Potentiellement plus favorable qu'un sursis d'imposition avec éclatement du prix de revient d'origine, même si l'administration confirme la reprise de l'antériorité de détention (ancienne D. ad. 4 I-2214 n° 11 du 1^{er} novembre 1995)).

7 – Scission de société française avec société(s) bénéficiaire(s) étrangère(s)

- Suppression de la procédure d'agrément préalable : régime de faveur applicable de plein droit à la condition que chacune des sociétés reçoive au moins une branche complète d'activité.
 - ➔ Compatibilité avec la Directive dont l'article 2 (b) qui définit les scissions ne contient aucune condition d'apport de branches complètes ?
- Suppression de l'engagement de conservation pesant sur les associés, sauf opérations sur agrément (pour défaut de branche)
- Pas d'extension aux éléments assimilés à une branche : les scissions de holding ne sont toujours pas libres...
- Maintien de l'obligation de répartition proportionnelle
- Dans la plupart des cas, les actifs de la société scindée formeront un établissement stable français de la ou des sociétés étrangères bénéficiaires de la scission, avec reprise des attributs fiscaux de la même façon qu'en régime purement domestique.

7 – Scission de société française avec actionnaires étrangers

- Opération purement interne pouvant bénéficier du régime de sursis dans les conditions de l'article 210 B du CGI
- Problématique de l'abus dans le cas d'une scission suivie d'une cession des titres d'une des sociétés issues de la scission
- Scission sans branche complète d'activité : discrimination à rebours ?

7 – Scission de société étrangère avec actionnaires français

- Définition fiscale de la notion de scission dans l'article 210 0-A du CGI
- Toute opération répondant à cette définition est éligible aux articles 115 et 121 du CGI qui exonèrent les actionnaires français de la société scindée
- Cette exonération s'applique quel que soit le régime fiscal de la scission (BOI-RPPM-RCM-10-20-30-30 n°40)

8- Déclaration spécifique des opérations transfrontalières (1/2)

- Codifiée au IV de l'article 210 0A
- Champ d'application identique à celui de l'ancien agrément de l'article 210-C (apport à une personne morale étrangère)
- Obligatoirement souscrite sous forme électronique, postérieurement à l'opération (dans le délai de dépôt de la liasse fiscale)
- Non sanctionnée par la déchéance du régime de sursis (amende de 10.000 euros)
- « *Permettant d'apprécier les motifs et les conséquences de l'opération* » alors que seuls les motifs sont susceptibles de justifier l'application de la clause anti-abus... - les travaux parlementaires font référence aux modalités de l'opération, aux opérations préalables et postérieures à cette opération et à l'impact sur l'activité et l'emploi en France

8- Déclaration spécifique des opérations transfrontalières (2/2)

- Sujétion particulière imposée aux seules opérations transfrontalières : cette obligation déclarative est-elle compatible avec la Directive et/ou le droit primaire tels qu'interprétés par la CJUE dans l'arrêt Euro Park Service ? (*principe d'équivalence*)
- « *Peut être considérée comme n'allant pas au-delà de ce qui est nécessaire pour prévenir la fraude et l'évasion fiscales une réglementation qui se fonde sur un examen d'éléments objectifs et vérifiables pour déterminer si une transaction présente le caractère d'un montage purement artificiel à des seules fins fiscales et qui, dans chaque cas où l'existence d'un tel montage ne peut être exclue, met le contribuable en mesure, **sans le soumettre à des contraintes administratives excessives**, de produire des éléments concernant les éventuelles raisons commerciales pour lesquelles cette transaction a été conclue* » (Itelcar, C-282/12, cité par M Whatelet dans ses conclusions sous Euro Park Service).

9- Nouvelle clause générale anti-abus (1/4)

- Codifiée au III de l'article 210-0A
- Champ d'application très large : pas limité au régime de faveur 210-A mais vise aussi la fiscalité des actionnaires (échanges de titres (art. 38-7 bis, 210-0A, art. 93 quater V), revenu mobilier (art. 115), dispositions spécifiques aux réorganisations dans l'intégration fiscale, réorganisations des SIIC, réorganisations de SCP, etc.)
- Texte repris servilement de la Directive, vise les opérations « *ayant comme objectif principal ou comme un de leurs objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales* ».
- Comme la Directive, présomption (simple) d'abus si l'opération « *n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables, tels que la restructuration ou la rationalisation des activités des sociétés participant à l'opération* ».

9- Nouvelle clause générale anti-abus (2/4)

- Les motifs économiques valables ne se limitent pas à la restructuration ou rationalisation des activités.
- Ne peut pas servir à sanctionner l'optimisation fiscale portant sur d'autres impôts (ex. DMTO) (CJUE aff, C-352/08, *Modehuis*)
- Nécessairement mise en œuvre dans le cadre d'une procédure contradictoire.

9- Nouvelle clause générale anti-abus (3/4)

- Articulation avec la procédure d'abus de droit :
 - Champ d'application exclusif ou concurrent ?
 - Le débat désormais traditionnel entre objectif fiscal exclusif ou principal... est-il réel ?
- La jurisprudence communautaire sur le sujet est parcellaire :
 - C-28/95, *Leur Bloem*
 - C-352/08, *Modehuis*
 - C-126/10, *Foggia*

9- Nouvelle clause générale anti-abus (4/4)

- Mais l'arrêt *Euro Park Service* a contribué à préciser les limites des prérogatives des administrations fiscales nationales en la matière :
 - Les mesures prises doivent respecter le droit primaire de l'UE (libertés d'établissement, de prestation, de circulation, etc.)
 - Appréciation nécessairement au cas par cas, *in concreto*
 - C'est à l'administration de fournir initialement des éléments permettant de penser que l'opération est à but principalement fiscal (il est intéressant de noter que le dispositif de l'arrêt *Euro Park Service* mentionne les opérations qui visent **exclusivement** à obtenir un avantage fiscal...)