

GROUPES DE SOCIÉTÉS

Chronique d'actualité

Prix de transfert

- > **Cadre juridique français et international - Principes OCDE** - Si la direction future des travaux au titre du Pilier 1 de l'OCDE demeure incertaine, la réunion de consultation publique des 21 et 22 novembre 2019 représente néanmoins une étape intéressante sur le sujet compte tenu, notamment, de la qualité des commentaires reçus du public (V. § 1).
- > **Principes et méthodes** - Le Conseil d'État considère qu'il y a un transfert de clientèle dans la situation où un distributeur disposant d'une autonomie commerciale et supportant des risques est converti en agent commercial, même s'il ne détient pas une marque connue avec laquelle la clientèle est exploitée (V. § 9).
- > **Documentation** - L'OCDE complète les informations mises à la disposition des groupes et des administrations pour remplir et utiliser les déclarations pays-par-pays (V. § 15).
- > **Apport partiel d'actif par une société hors UE** - Le Conseil constitutionnel déclare conforme à la Constitution les dispositions qui, avant l'intervention de la loi de finances rectificative pour 2017, subordonnaient à l'obtention d'un agrément préalable l'absence d'imposition comme revenu mobilier des titres reçus par un contribuable domicilié en France à l'occasion de la « scission partielle » d'une société étrangère établie hors de l'UE, alors qu'en application du droit de l'Union un tel agrément ne pouvait être exigé en cas de « scission partielle » d'une société établie dans l'UE (V. § 37).
- > **Absorption d'une société française propriétaire d'un fonds de commerce américain** - La CAA de Versailles juge que le transfert d'un actif du bilan français d'une société absorbée au bilan d'une succursale étrangère de la société absorbante constitue une « cession » imposable en France (V. § 41).

Réorganisations

- > **Transferts d'actifs dans une même entité au sein de l'UE** - La loi de finances pour 2020 rend éligible à l'étalement sur cinq ans l'imposition de la plus-value latente réalisée lors du transfert d'actif isolé de la France vers un État membre de l'UE, afin de mettre le 2 de l'article 221 du CGI en conformité à l'article 5 de la directive ATAD 1 (V. § 22).

Prix de transfert



Pierre ESCAUT
Avocat associé,
PwC Société d'avocats



Eric LESPRIT
Avocat associé, Taj,
Société d'avocats,
une entité du réseau
Deloitte



Alberto PLUVIANO
Président, SATIS RES
Consulting

Cadre juridique français et international

Principes OCDE et ONU

1. Prix de transfert - Principes OCDE - Consultation publique sur la proposition au titre du « Pilier 1 » - Si la direction future des travaux au titre du Pilier 1 de l'OCDE demeure incertaine, la réunion de consultation publique des 21 et 22 novembre 2019 représente néanmoins une étape intéressante sur le sujet compte tenu, notamment, de la qualité des commentaires reçus du public.

OCDE, Réunion de consultation publique sur la proposition du Secrétariat d'une « Approche unifiée » au titre du Pilier 1, 21 et 22 nov. 2019

2. Le Secrétariat de l'OCDE a publié le 9 octobre 2019 sa proposition d'une « approche unifiée » concernant le 1^{er} pilier du programme de travail du Cadre inclusif sur le BEPS (associant 137 pays membres et non-membres de l'OCDE sur un plan d'égalité)¹.

Cette proposition s'appuie sur des points communs aux trois propositions retenues dans le cadre du « Programme de travail visant à élaborer une solution fondée sur un consensus pour relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie », publié le 31 mai 2019². La proposition du Secrétariat dépasse les contours du numérique pour embrasser les entreprises en relation étroite avec les consommateurs, via un nouveau concept reposant sur les ventes, indépendamment de la traditionnelle présence physique. Le mécanisme de répartition des bénéfices proposé est à trois niveaux :

- montant A : attribuant à la juridiction du marché une fraction du bénéfice résiduel présumé, calculée selon une formule ;
- montant B : rémunération fixe des fonctions de commercialisation et de distribution « routinières » exercées dans la juridiction du marché ;
- montant C : attribution d'un bénéfice supplémentaire

¹ Sur cette proposition, v. FI 4-2019, n° 01 et n° 4, § 1.

² Pour une présentation détaillée du Programme de Travail, v. C. Silberstein et M. Brauge, Fiscalité Internationale : vers un nouveau droit d'imposition au profit des juridictions de marché : FI 3-2019, n° 1.2.

dès lors que les fonctions exercées dans la juridiction vont au-delà des activités rémunérées au titre du montant B.

3. Plus de 300 commentaires, totalisant plus de 3 000 pages, ont été reçus par l'OCDE en vue de la consultation publique qui a eu lieu les 21 et 22 novembre 2019 au Centre de conférences de l'OCDE à Paris, réunissant environ 450 participants.

La rediffusion intégrale de la consultation publique est disponible sur le site web de l'OCDE, ainsi que la copie des présentations et des commentaires reçus.

4. L'avenir reste incertain pour deux raisons : tout d'abord parce que la proposition du Secrétariat de l'OCDE était explicitement une tentative de synthèse et non un document consensuel ; ensuite, parce qu'un échange de lettres de décembre 2019 entre le Secrétaire au Trésor des États Unis et le Secrétaire général de l'OCDE a fait état de difficultés dans l'identification d'une solution consensuelle et de tensions au sujet de certaines mesures unilatérales d'imposition pour les entreprises du numérique.

5. En attendant des éclaircissements sur la direction future, qui ne devraient pas tarder compte tenu de la pression politique et médiatique, il est utile d'analyser comment le processus de consultation publique a évolué.

6. Dans le passé, les réunions de consultation publique sur les prix de transfert réunissaient un nombre limité de spécialistes autour de débats techniques. Avec le projet BEPS, à partir de 2013, la participation s'est élargie, mais les contributions écrites restaient de l'ordre de quelques dizaines (totalisant quelques centaines de pages). Dans ce contexte, les réunions de consultation publique étaient organisées d'une façon interactive : chaque thème était introduit par le représentant d'un pays membre ; ensuite des spécialistes, désignés parmi ceux qui avaient envoyé de commentaires, présentaient leur contribution, avec un temps limité pour laisser du temps aux autres participants ; avec cette approche, les présentations initiales avaient tendance à cadrer le débat ; les représentants des États, tout en étant essentiellement à l'écoute, intervenaient occasionnellement ; ces interventions étaient toujours instructives et permettaient d'avoir une idée sur l'orientation des travaux.

Dans la consultation publique sur le Pilier 1, **l'approche a changé** : pour chaque thème, quatre intervenants ont été sélectionnés avec un objectif d'équilibre entre représentants des différentes catégories de parties prenantes (entreprises, représentants des salariés, monde académique, société civile,

conseils). Ces intervenants ont présenté leurs contributions mais les questions n'étaient pas autorisées et les intervenants suivants, qui avaient dû s'inscrire préalablement, ont présenté brièvement leur point de vue, préparé à l'avance, sans vrai débat. Les représentants des États n'ont pratiquement pas pris la parole pendant la réunion de consultation.

On suppose que cette nouvelle organisation répond à deux exigences : s'adapter au nombre élevé de contributions et de participants, et donner l'opportunité de s'exprimer au plus grand nombre de contributeurs, le débat ayant acquis une dimension politique certaine.

7. Si l'augmentation significative des contributions a généré des difficultés et des limites à l'interactivité, on ne peut qu'apprécier la richesse et la variété des contributions. Dans le passé, de nombreuses contributions étaient surtout critiques ; dans le cadre du « Pilier 1 », un grand nombre de contributions se montrent propositionnelles et cherchent à influencer le débat plutôt qu'à le freiner avec des oppositions stériles ; un nombre limité de contributeurs seulement sollicite des exceptions pour certains cas ou secteurs.

Manifestement, la volonté politique affichée a eu un impact sur la qualité des contributions et il est remarquable de constater que **même des groupes multinationaux reconnus se sont engagés au travers de propositions innovantes** de méthodes de partage des profits mondiaux.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Les incertitudes sur le devenir du Pilier 1 pourraient conduire à négliger les détails de cette consultation publique et à attendre les prochaines étapes. Ce serait regrettable, parce que **parmi les 3 000 pages de contributions écrites se trouvent des analyses approfondies et des commentaires réfléchis : la lecture d'une sélection d'entre eux permet d'enrichir les réflexions conceptuelles et pratiques quant aux défis de l'impôt sur les bénéficiaires des groupes multinationaux dans une économie numérisée :**

- pour une analyse générale, on peut se tourner vers les commentaires des grands cabinets de conseil internationaux.
- plusieurs contributions académiques fournissent une analyse plus conceptuelle (par exemple les contributions de professeurs des universités de Lausanne, Auckland, Münster, Texas, Mannheim, Miami, Maastricht, Vienne) ;
- les commentaires des grandes organisations et fédérations d'entreprises sont en général moins incisifs, car elles ne peuvent pas ignorer la diversité de leurs adhérents ;
- les contributions des représentants de la société civile campent sur leur position traditionnelle en faveur d'un partage des profits globaux sur la base de méthodes « simples », par opposition à une méthode de partage des profits résiduels ;
- on peut aussi avoir un aperçu des points de vue provenant de **régions géographiques éloignées grâce à plusieurs contributions** (par ex. Indonesian Institute of International Tax Studies, Rashmin Sanghvi & Associates, China International Tax Center / IFA China Branch, South African Institute of Chartered Accountants).

A. PLUVIANO ■

8. À NOTER

> **Prix de transfert - Projets OCDE de réforme de la fiscalité des multinationales - Analyse d'impact** - Le Conseil d'analyse économique (CAE) publie les résultats d'une analyse économique des différents scénarios de réforme de la fiscalité internationale des entreprises et des conséquences sur les recettes fiscales et sur l'attractivité des pays.

CAE, Fiscalité internationale des entreprises : quelles réformes pour quels effets ?, note n° 54, nov. 2019

La note n° 054 du CAE décrit d'abord son estimation des pertes de recettes fiscales dues au transfert des bénéfices : selon cette estimation, les pertes d'impôt sur les sociétés résultant de transferts de bénéfices représentent au moins 4,6 milliards d'euros par an pour la France.

Ensuite, la note analyse le secteur des entreprises du numérique et conclut que l'optimisation fiscale y est relativement plus importante que pour le reste de l'économie, sans pour autant être limitée à ces entreprises ; la note souligne aussi l'importance de l'introduction du critère de « présence numérique » dans la définition de l'établissement stable pour limiter cette optimisation.

La note présente enfin l'évaluation des différents types de réformes possibles pour six pays (France, Allemagne, États-Unis, Irlande, Chine et Inde) :

- affectation partielle des profits résiduels aux juridictions du marché (Pilier 1 OCDE) ;
- mise en place d'un taux effectif minimum d'imposition (Pilier 2 OCDE) ;
- renforcement de la mise en œuvre des lois anti-abus.

Les résultats présentés montrent que la redistribution partielle des profits (Pilier 1) aurait un impact très limité (en particulier en France) ; en revanche, l'adoption d'un taux d'imposition minimum (Pilier 2) générerait des gains substantiels de recettes fiscales, surtout pour la France et l'Allemagne.

En conclusion, la note recommande de donner la priorité à l'introduction d'un taux effectif minimum mondial d'imposition des sociétés ; elle recommande aussi de repenser et simplifier les propositions actuelles de l'OCDE au titre du Pilier 1 et d'introduire des mesures anti-abus efficaces.

La note est un document synthétique (12 pages) qui ne permet pas de connaître en détail les paramètres utilisés pour l'analyse, en particulier s'agissant du Pilier 1 de l'OCDE pour lequel des incertitudes majeures persistent (par exemple le traitement des pertes). Il est par conséquent difficile d'apprécier dans quelle mesure l'évaluation pourrait changer en fonction de l'évolution des travaux OCDE sur le Pilier 1.

A. PLUVIANO ■

Principes et méthodes

Actualité française

9. Prix de transfert - Conversion d'un distributeur en agent commercial - Marque à forte notoriété - Transfert de clientèle - Le Conseil d'État considère qu'il y a un transfert de clientèle dans la situation où un distributeur disposant d'une autonomie commerciale et supportant des risques est converti en agent commercial, même s'il ne détient pas une marque connue avec laquelle la clientèle est exploitée.

CE, 10^e et 9^e ch., 4 oct. 2019, n° 418817, Min. c/SAS Piaggio France, concl. A. Lallet (V. annexe 1)

10. Par cet arrêt, le Conseil d'État répond à la question de l'existence ou non d'un transfert de clientèle dans le cas d'une conversion en agent d'un distributeur (également dénommé « acheteur-revendeur ») qui exploitait une marque connue dont il n'était pas propriétaire³.

11. La société SAS Piaggio France (ci-après « Piaggio France ») a été créée en 1977 et pendant 30 ans a exercé une activité de distribution en France de véhicules sous la marque Piaggio. Elle agissait pour son propre compte et en son nom propre. Les véhicules étaient achetés à sa société mère italienne et revendus à un réseau de concessionnaires.

La société française a changé de statut juridique en 2007, en devenant un simple agent commercial. Depuis, son rôle se limite à réaliser des études de marché et analyses stratégiques, et à mener des actions de promotion et d'animation du réseau.

12. Lors d'un contrôle fiscal, l'administration a considéré qu'il y avait eu, lors du changement de statut, un transfert de clientèle à sa société mère italienne, sans contrepartie.

Elle a en conséquence réintégré dans les résultats imposables de la société française une indemnité de cession de clientèle d'un montant de près de 8 millions d'euros, en application de l'article 57 du CGI. La position de l'administration a été confirmée par les Tribunaux administratifs de Montreuil et de Cergy-Pontoise⁴, mais infirmée par la Cour administrative d'appel de Versailles par un arrêt du 30 janvier 2018⁵.

Le Conseil d'État a ensuite été saisi.

13. La Haute assemblée a relevé que la société française, qui détenait la licence d'utilisation de la marque Piaggio dont sa maison mère était propriétaire, avait développé sa propre stratégie d'implantation des produits Piaggio en France en

décidant sa propre politique commerciale en matière de fixation des prix et de service après-vente. La société française avait aussi constitué et animé son réseau de concessionnaires à l'égard desquels elle fixait les volumes et modèles à acheter. Elle supportait par ailleurs seule les risques afférents aux stocks ainsi que ceux résultant d'impayés ou d'invendus.

Le Conseil d'État en a conclu qu'il y avait eu dans un tel contexte un transfert de clientèle constituée par le réseau de concessionnaires, malgré la forte notoriété de la marque Piaggio.

14. Le rapporteur public avait relevé dans ses conclusions (reproduites en annexe) l'existence d'un arrêt de la Cour de cassation du 27 mars 2002⁶, dit arrêt *Trévisan*, où il avait été jugé que l'existence d'une clientèle nationale attachée à une marque d'un franchiseur n'était pas exclusive d'une clientèle locale constituée par le franchisé avec ses propres moyens (notamment bail, éléments corporels du fonds de commerce).

De cet arrêt de la Cour de cassation, le rapporteur public avait tiré les **conditions cumulatives suivantes pour considérer qu'un distributeur est propriétaire de sa clientèle** :

- le distributeur doit agir pour son propre compte, à la différence d'un agent commercial qui est un simple mandataire ; cette condition est par définition remplie pour un acheteur-revendeur ;

- il doit disposer d'une autonomie commerciale ; dans le cas de Piaggio France, le rapporteur public avait notamment relevé une « *très large autonomie de gestion* », et le fait que la société française avait constitué par ses propres moyens le réseau de concessionnaires locaux ;

- il doit supporter le risque d'exploitation ; cette condition était également remplie pour Piaggio France qui supportait des risques sur les stocks, et les risques commerciaux résultant d'éventuels impayés ou invendus.

Pour le rapporteur public, cette jurisprudence de la Cour de cassation s'applique également dans le cas où, comme pour Piaggio, il y a une marque mondialement connue se traduisant par une clientèle internationale. Le rapporteur public a mentionné à l'appui de sa position une « *thèse largement majoritaire en doctrine* » selon laquelle une telle clientèle attachée à la marque n'aurait pas d'existence juridique puisqu'il ne s'agirait que d'une « *clientèle en puissance* », qui ne se concrétiserait qu'au travers des opérations de distribution ; c'est le distributeur qui a constitué la clientèle à travers « *ses investissements, son savoir-faire, son relationnel et le lien de confiance qu'il a pu tisser avec les clients* ». Le rapporteur public avait également relevé que les produits Piaggio n'étaient pas vendus aux clients finaux mais aux concessionnaires et que ces sociétés sont d'abord attachées à la rentabilité attendue de la distribution des véhicules.

³ Il s'était déjà prononcé sur la détention de clientèle par un distributeur (CE, 17 févr. 2010, n° 311953, Min. c/ EURL Bosc Développement Loire), mais pas dans une situation où était exploitée une marque forte détenue à l'étranger et à laquelle la clientèle pouvait être considérée attachée.

⁴ TA Montreuil, 7 juill. 2015, n° 1309996. – TA Cergy-Pontoise, 4 mai 2016, n° 1307898.

⁵ CAA Versailles, 30 janv. 2018, n° 15VE02906.

⁶ Cass. civ. 3^e, 27 mars 2002, n° 00-20.732, *Trévisan* : JCPG 2002, II, 10112, p. 1312, obs. F. Auque ; D. 2002, p. 2400, note H. Kenfack ; Gaz. Pal. 2002, 2, p. 970, obs. crit. J.-D. Barbier. – B. Boccara, Régime locatif des franchisés et renouvellement des concepts sur le fonds de commerce, la fin d'une controverse : AJDI 2002, p. 502 s. – M.-P. Dumont-Lefrand, Bail commercial et droit de la distribution : RTD com. 2003, p. 43 s. – R. Fabre, L'autonomie du fonds de commerce du franchisé : CDE 2002 n° 5, p. 24 s. – Y. Marot, Franchise et propriété commerciale : la Cour de cassation a tranché définitivement : LPA 4 févr. 2003, n° 25, p. 3 et s.

La question de la marque n'aurait alors, d'après le rapporteur public, d'incidence que sur la valeur du fonds de commerce : plus la clientèle est attachée à la marque, moins le fonds a de valeur. Il pourrait même n'avoir qu'une valeur résiduelle au moment de la cession ou du non-renouvellement du contrat de distribution.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

En cas de conversion d'un distributeur en commissionnaire (agent « opaque » car agissant pour le compte de son commettant mais en son nom propre), il n'y a pas de transfert de clientèle⁷.

En cas de conversion d'un distributeur en agent transparent (pour le compte et au nom de son donneur d'ordres), il convient de distinguer les situations suivantes :

1 - **le distributeur agit de manière autonome ou supporte les risques de l'exploitation**, comme dans la situation de Piaggio France. Il y aurait dans ce cas un transfert de clientèle, même lorsque le distributeur n'est pas propriétaire d'une marque connue avec laquelle il exploite la clientèle ; une telle marque n'aurait d'incidence que sur la valeur de la clientèle mais pas sur le principe de son transfert.

2 - **le distributeur n'a pas d'autonomie et/ou ne supporte pas de risques**. Une lecture *a contrario* de la jurisprudence Piaggio permettrait de considérer qu'il n'y a pas de transfert de clientèle puisque le distributeur ne serait pas à l'origine de la clientèle ; il n'aurait pas engagé de moyens propres conduisant à son développement.

3 - **le distributeur ne dispose que d'une autonomie partielle ou ne supporte que certains risques**, sans qu'il soit donc possible de trancher de manière claire au regard des critères de l'autonomie et des risques. Dans cette situation, même s'il est considéré qu'il y a transfert de clientèle dès lors que le distributeur aurait contribué à son développement, la valeur de cette dernière devrait être moindre que dans la situation où le distributeur est pleinement autonome et supporte l'ensemble des risques de l'exploitation. Des fonctions et des risques existants mais plus limités seraient donc pris en compte au même titre que la non-détention de la marque pour valoriser la clientèle.

Ce n'est donc que par une **approche au cas par cas**, à travers une analyse fonctionnelle, qu'il convient de vérifier si le distributeur considéré relève du cas Piaggio, ou bien des situations où le distributeur n'a, de fait, pas contribué au développement de la clientèle locale en raison de fonctions limitées ne lui conférant pas d'autonomie et/ou d'une absence de risques. L'approche du Conseil d'État n'est donc pas uniquement juridique puisque les critères qu'il applique requièrent l'appréciation d'une situation de fait, avec la réalisation d'une analyse fonctionnelle qui est aujourd'hui systématique en matière de prix de transfert, et dont la nécessité est renforcée avec les derniers développements de l'OCDE dans le cadre de son plan BEPS de lutte contre l'évasion fiscale où la « substance » des opérations prévaut sur le formalisme juridique. En matière d'actifs incorporels notamment, l'OCDE précise

qu'il convient de déterminer qui a effectivement contribué à générer leur valeur, au regard de l'analyse fonctionnelle. Les fonctions à analyser d'après l'OCDE sont celles qui ont trait à la mise au point, l'amélioration, l'entretien, la protection ou l'exploitation d'actifs incorporels⁸.

Même dans le cas où une société donnée aurait clairement, au plan juridique, la propriété d'un actif incorporel donné, elle n'aurait droit à aucun revenu au titre de l'exploitation de cet actif si elle n'exerce pas les fonctions identifiées par l'OCDE qui génèrent et valorisent l'actif incorporel⁹.

En pratique, dans la situation d'un distributeur qui se convertit en agent commercial, il conviendra de répondre aux questions suivantes pour déterminer si le distributeur a contribué ou non à la création d'une clientèle locale :

- depuis quand la filiale de distribution est-elle présente sur le marché français ?

- quelles sont les actions de développement engagées et qui, du distributeur ou de son fournisseur, en a pris l'initiative et supporté les coûts ?

- s'il y a un réseau de concessionnaires ou de détaillants, qui l'a construit ?

- qui interagit et gère en pratique les clients ? Qui en particulier a négocié les contrats de vente et qui assure le service après-vente ?

- quels sont les actifs corporels et incorporels autres que la clientèle détenus par le distributeur et par son fournisseur et utilisés pour le développement et l'exploitation de la clientèle ; dans le cas où des actifs ne seraient pas détenus par le distributeur, est-ce que cela limite son autonomie¹⁰ ?

- quels risques sont supportés en pratique par le distributeur et par son fournisseur ?

Une approche factuelle, au cas par cas, est ainsi requise pour déterminer si le distributeur a dans les faits développé la clientèle, les critères à retenir étant principalement ceux de l'autonomie et des risques supportés par le distributeur, mais pas la détention ou non de la marque qu'un distributeur propriétaire de sa clientèle peut se contenter d'exploiter.

Si le distributeur a développé une clientèle, la non-détention de la marque n'aura d'impact que sur la valeur de la clientèle.

P. ESCAUT ■

⁷ C'est ce qu'avait déjà tranché le Conseil d'État (CE, 9 avr. 2014, n° 366493, Min. c/ Sopebsa).

⁸ Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert, juill. 2017, § 6.48.

⁹ *Ibidem*, § 6.42.

¹⁰ Dans l'arrêt précité du 17 février 2010, le Conseil d'État avait considéré que l'existence d'une centrale de réservation gérée par la société mère ne faisait pas obstacle à ce que la filiale distributrice soit considérée comme étant autonome et propriétaire de sa clientèle.

Documentation

15. Prix de transfert - Obligations documentaires - Déclaration pays-par-pays (Country by Country Report, CbCR) - Précisions de l'OCDE - L'OCDE complète les informations mises à la disposition des groupes et des administrations pour remplir et utiliser les déclarations pays-par-pays.

OCDE, communiqué, 5 nov. 2019

OCDE, communiqué, 23 déc. 2019

16. Dans le cadre du suivi de la mise en place des recommandations BEPS, le Secrétariat de l'OCDE met régulièrement à disposition ses recommandations et des précisions de méthode. Ces dernières doivent permettre aux groupes multinationaux et aux administrations fiscales de, respectivement, mieux remplir la déclaration pays-par-pays (ou CbCR) et la rendre plus fiable, mieux comprendre les informations communiquées par les groupes et les utiliser à bon escient. Le Secrétariat de l'OCDE présente notamment les erreurs commises par les groupes quant à la compréhension des informations attendues. L'OCDE a également actualisé la liste des pays ayant signé l'accord proposé par l'OCDE pour échanger ces déclarations CbCR.

17. Dans le précédent numéro, nous avons rappelé l'origine de cette déclaration et le mécanisme d'échange de celle-ci entre les administrations fiscales des pays participants¹¹. Ils ne sont donc pas repris une nouvelle fois ; en revanche, même s'il s'agit d'un choix subjectif, certaines des recommandations les plus importantes du Secrétariat de l'OCDE en la matière sont ici présentées, faute de pouvoir toutes les détailler dans leur intégralité.

18. Une **clarification d'importance est apportée au regard du tableau 3 de la déclaration**. Ce dernier est conçu depuis l'origine en vue de recueillir une brève description des **sources de données utilisées pour compléter la déclaration**. Le rapport de l'action 13 du plan BEPS prévoit en effet que le groupe multinational doit compléter la déclaration en utilisant de manière cohérente les mêmes sources de données d'une année sur l'autre. Si une source de données est modifiée ou si l'origine de ces données a varié, le groupe doit en expliquer les raisons et les conséquences. Or, l'OCDE indique que les déclarations déposées jusqu'à présent ne faisaient pas apparaître ces informations ou que ces dernières étaient insuffisantes pour que les administrations puissent en avoir une idée suffisamment précise.

Les nouvelles recommandations conduisent à souligner que les entreprises sont bien tenues de présenter une description des sources de données utilisées. Elles ajoutent que, sous la responsabilité du groupe, cette description doit être suffisante pour identifier les sources et les suivre d'une année sur l'autre. L'exemple est en particulier donné d'un principe

général, selon lequel les données seraient issues des états financiers consolidés du groupe, qui souffrirait d'exceptions à préciser également dans la déclaration, telles que le recours aux données comptables dans un pays, les éléments issus d'états financiers prévus par une réglementation spécifique, ou les informations tirées des comptes de gestion interne.

L'OCDE recommande que les États ajustent très rapidement leur législation nationale ou leurs directives administratives, afin que ces informations soient introduites dans les déclarations dès que possible. Au demeurant, sans attendre ces ajustements, les groupes internationaux sont invités à communiquer ces informations et préciser leur déclaration de manière volontaire.

19. Une autre précision vient clarifier le paysage devenu avec le temps plus complexe de la déclaration CbCR, du fait de **l'exigence de certains pays à disposer d'une déclaration CbCR « nationale » déposée localement**. Cette dernière ne trouve pourtant pas place dans le mécanisme d'origine des recommandations BEPS qui prévoit le dépôt d'une seule déclaration, que les administrations s'échangent. Ces déclarations « nationales » spécifiques viennent ainsi en sus de l'obligation initiale.

L'OCDE encourage les juridictions qui imposent le recours à ces déclarations supplémentaires à faire preuve de souplesse et à autoriser le groupe multinational à utiliser les mêmes informations dans la déclaration prévue par les recommandations de l'OCDE, déposée dans la juridiction de la société mère, et la déclaration locale spécifique, déposée dans le pays qui l'exige de manière unilatérale.

L'OCDE rappelle également que seule la déclaration prévue par le mécanisme du rapport sous l'action 13 de BEPS, déclaration déposée en principe dans l'État dans lequel la mère du groupe est établie, est susceptible de faire l'objet de l'échange automatique entre les administrations. Ces déclarations locales exigées par certains États ne sont donc pas susceptibles d'être transmises par la juridiction à laquelle elle a été remise.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La bonne nouvelle de l'absence d'échange automatique de la déclaration « nationale » exigée localement doit être relativisée. Si elle ne circulera pas en effet comme celle prévue dans le cadre du plan BEPS, et qui a bien été conçue dans ce but, l'OCDE rappelle cependant que rien n'empêche l'échange automatique entre les administrations européennes des déclarations pays-par-pays reçues conformément à l'obligation de dépôt local au sein de l'Union européenne, comme prévu par la directive 2016/881/UE.

20. La Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale a été proposée par l'OCDE afin de mettre en place rapidement le **dispositif juridique autorisant cet échange automatique des déclarations CbCR entre administrations**. Le Secrétariat de l'OCDE rappelle que, aux termes de l'article 28 de la Convention, une période supérieure à 3 ans peut s'écouler entre la date de ratification de la Convention par une juridiction et

¹¹ V. FI 4-2019, n° 4, § 8.

la date à laquelle cette dernière commence à recevoir les déclarations. L'OCDE invite donc les États à déposer une déclaration unilatérale, en même temps que l'instrument de ratification, qui permet ainsi d'anticiper la mise en place des premiers échanges.

Au cours de l'année 2019, 9 juridictions ont signé cette Convention multilatérale pour l'échange des déclarations CbCR : Anguilla, les Iles Vierges Britanniques, Maroc, Panama, San Marin, l'Arabie Saoudite, les Seychelles, la Tunisie, et les Émirats Arabes Unis.

21. Des précisions ont également été apportées quant au **traitement des dividendes lors de la détermination du**

montant du bénéfice (ou de la perte), des impôts sur les bénéfices dus et des impôts sur les bénéfices acquittés déclarés dans le tableau 1 de la déclaration CbCR. La question était en effet posée de savoir de quelle manière en tenir compte, et conduisait les groupes à des interprétations parfois divergentes. Désormais, la règle est claire et simplement cohérente : lorsque les dividendes reçus d'autres entités du groupe sont pris en compte pour la détermination du résultat avant impôt porté au tableau 1, tout impôt dû/acquitté au titre de ces dividendes doit être mentionné dans les colonnes correspondantes. En revanche, en toute logique, tel n'est pas le cas lorsque ces dividendes ne sont pas pris en compte.

E. LESPRIIT ■

Intégration et consolidation fiscales - Réorganisations



Vincent AGULHON
Avocat associé, Darrois Villey Maillot Brochier



Nicolas de BOYNES
Avocat associé, Sullivan & Cromwell LLP



Charles MÉNARD
Avocat associé, EY Société d'Avocats



Frédéric TEPER
Avocat associé, Arsene Taxand

Réorganisations

22. Transferts d'actifs dans une même entité au sein de l'UE - Exit tax - La loi de finances pour 2020 rend éligible à l'étalement sur cinq ans l'imposition de la plus-value latente réalisée lors du transfert d'actif isolé de la France vers un État membre de l'UE, afin de mettre le 2 de l'article 221 du CGI en conformité à l'article 5 de la directive ATAD 1.

L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019 de finances pour 2020, art. 45 : JO 29 déc. 2019, texte n° 1 (V. annexe 2)

23. Le transfert du siège d'une société de la France vers un autre État ou le transfert d'un établissement stable situé en France vers un établissement stable de la même personne situé dans un autre État ont pour effet de faire sortir de la souveraineté française le droit d'imposer les bénéfices et plus-values futurs relatifs aux éléments transférés.

24. Dans sa version applicable jusqu'au 31 décembre 2019, le troisième alinéa de l'article 221, 2 du CGI prévoit, par dérogation au principe de « cessation d'entreprise », la possibilité d'étaler le paiement de l'impôt sur la plus-value constatée en cas de transfert réalisé par une société soumise à l'IS de son siège ou d'un établissement dans un État de l'Union européenne ou dans un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement (c'est-à-dire la Norvège et l'Islande, à l'exclusion du Liechtenstein). En effet, dans ces cas de figure, l'impôt sur les sociétés calculé à raison des plus-values latentes constatées sur les éléments de l'actif immobilisé transférés et des plus-values en report ou en sursis d'imposition est soit acquitté pour la totalité de son montant soit, sur demande expresse de la société, acquitté de manière étalée en cinq annuités.

25. L'article 45, I, 5° de loi de finances pour 2020 opère une **modification a minima de l'article 221, 2 du CGI** en supprimant, d'une part, la référence aux conventions d'assistance administrative pour les transferts vers des États de l'EEE et, d'autre part, en précisant que le paiement étalé de l'impôt sur cinq ans s'applique aux « transferts d'actifs » et non pas seulement aux « transferts de siège ou d'un établissement » réalisés au sein de l'UE ou assimilée.

Cette adaptation de l'article 221, 2 du CGI a explicitement pour objet de mettre la législation française en conformité avec la directive dite ATAD 1¹². Dès lors, le contexte européen ayant conduit à l'adoption du texte français doit être appréhendé afin de mieux comprendre les implications de cette transposition.

◆ LE CONTEXTE EUROPÉEN

26. Il n'existait pas en droit européen, avant l'adoption d'ATAD 1, de régulation fiscale générale portant sur la question des transferts d'actifs au sein d'une même entité entre deux États de l'Union européenne, qu'il s'agisse de transfert d'actifs du siège d'une société vers un établissement stable situé dans autre État de l'Union, d'un changement de résidence fiscale d'une société ou d'un transfert d'actifs entre deux établissements stables d'une même personne. En effet, le régime de neutralité de la directive fusions porte sur des réorganisations comportant au moins deux entités différentes ou sur des transferts de siège statutaire d'une société européenne ou d'une société coopérative européenne.

Néanmoins, la question de la neutralité ou de l'imposition d'une société au titre de son changement de résidence fiscale au sein de l'Union européenne avait fait l'objet d'un certain nombre de développements jurisprudentiels, particulièrement depuis 2011.

◆ Des évolutions fondées sur le droit primaire de l'UE

27. C'est d'ailleurs l'arrêt de grande chambre de la CJUE *National Grid Indus* du 29 novembre 2011¹³ portant sur un transfert de siège effectif au sein de l'Union européenne qui avait motivé le vote en France, dans le cadre de la loi de finances rectificative pour 2012, d'un dispositif d'étalement du paiement de l'impôt sur les plus-values latentes constatées lors d'un transfert de siège ou d'un établissement. Un arrêt de la CJUE du 6 septembre 2012¹⁴ s'inscrivait dans le sillon de l'arrêt *National Grid Indus* en rejetant l'obligation d'imposition immédiate non seulement dans le cas d'un transfert de siège effectif de société mais également dans le cas du transfert partiel ou total des actifs d'un établissement stable d'une société non-résidente au Portugal vers un autre État membre. Enfin, un arrêt de la CJUE du 18 juillet 2013¹⁵ avait condamné le principe d'imposition immédiate des transferts d'actifs transfrontaliers vers un établissement stable au sein de l'Union européenne, qui

figurait alors dans la législation danoise.

Dans l'affaire *National Grid Indus*, s'agissant d'un transfert de résidence fiscale des Pays-Bas au Royaume-Uni, la Cour s'était fondée sur la notion de liberté d'établissement de l'article 49 du TFUE pour considérer que l'imposition immédiate de la société aux Pays-Bas lors du transfert de son siège, sans offrir une possibilité d'une imposition différée, accompagnée le cas échéant de garanties pour l'Etat de sortie, était contraire aux libertés fondamentales.

Ainsi la Cour avait-elle fixé une position d'équilibre entre la préservation du pouvoir d'imposition des États et une restriction à la liberté d'établissement proportionnée : détermination définitive du montant de l'imposition à la sortie mais possibilité de recouvrement différé de l'impôt. Encore fallait-il déterminer les modalités du recouvrement différé : recouvrement uniquement lors de la sortie ultérieure des éléments d'actifs de l'Union européenne ou étalement du recouvrement ?

La France avait répondu dès 2012 à cette question en instaurant un recouvrement étalé sur 5 ans. Pour autant, la question n'avait pas été immédiatement tranchée au niveau européen et il ne semblait pas évident que le dispositif de paiement fractionné réponde pleinement au principe de proportionnalité. Il a fallu attendre notamment les arrêts de la CJUE *DMC* du 23 janvier 2014¹⁶ et *Verder Labtec GmbH & Co KG* du 21 mai 2015¹⁷ pour que la compatibilité de la position française avec la jurisprudence européenne soit sécurisée. En effet, ces deux arrêts admettent un système proposant un paiement fractionné de l'impôt dû à la sortie (sur cinq ans dans l'arrêt *DMC*, sur dix ans dans l'arrêt *Verder Labtec GmbH & Co KG*).

◆ L'intervention de la directive ATAD 1

28. Le dispositif concernant les transferts d'actifs de la directive ATAD 1 intervient avec cet arrière-plan au niveau du droit primaire de l'Union européenne, mais dans un contexte différent.

Le focus de la directive étant de préserver les États de l'érosion de leur base fiscale à la suite des rapports BEPS de l'OCDE, il s'agit désormais de fixer un « niveau minimal de protection » pour les États et non plus prioritairement de préserver les libertés fondamentales de l'Union. En effet, aux termes de l'article 3 de la directive, « la présente directive n'empêche pas l'application de dispositions nationales ou conventionnelles visant à préserver un niveau plus élevé de protection des bases nationales pour l'impôt sur les sociétés. »

L'article 5 de la directive porte spécifiquement sur la question de l'imposition à la sortie au moment d'un transfert d'actifs, défini comme « une opération par laquelle un État membre perd le droit d'imposer les actifs transférés, tandis que les actifs restent la propriété juridique ou économique du même contribuable ». Les transferts d'actifs visés se distinguent clairement des cessions d'actifs entre deux personnes juridiques différentes, y compris lorsque ces cessions sont réalisées entre deux personnes appartenant à un même groupe de sociétés.

12 Dir. UE 2016/1164 du Conseil, 12 juill. 2016.

13 CJUE, gde ch., 29 nov. 2011, C-371/10, *National Grid Indus*.

14 CJUE, 6 sept. 2012, C-38/10, *Commission c/ Portugal*.

15 CJUE, 18 juill. 2013, C-261/11, *Commission c/ Danemark*.

16 CJUE, 23 janv. 2014, C-164/12, *DMC*.

17 CJUE, 21 mai 2015, C-657/13, *Verder Labtec GmbH & Co KG*.

La directive envisage quatre cas de figure entraînant l'imposition à la sortie des actifs transférés sur la base de la différence entre leur valeur de marché et leur valeur fiscale :

- un transfert d'actifs d'un siège du contribuable vers un établissement stable du contribuable situé dans un autre État ;
- un transfert d'actifs d'un établissement stable du contribuable vers son siège un autre établissement stable du contribuable ;
- un transfert d'actifs vers un autre État résultant d'un transfert de résidence fiscale ;
- un transfert de l'ensemble de l'activité exercée par l'établissement stable (il cesse d'avoir une présence fiscale dans un État membre tout en acquérant cette présence dans cet autre État sans pour autant y devenir résident fiscal) vers un autre État.

Néanmoins, figeant les dernières jurisprudences européennes en forme de norme minimale sans ouvrir d'autres possibilités comme le paiement de l'impôt lors de la cession ultérieure des actifs transférés, la directive prescrit que le paiement de l'impôt calculé à la sortie est soit immédiat, soit étalé sur cinq ans lorsque les transferts d'actifs visés par la directive sont réalisés vers des États de l'Union européenne ou assimilés (Norvège et Islande).

◆ LA PORTÉE DE LA TRANSPOSITION FRANÇAISE

29. La France, en modifiant *a minima* le texte du CGI, transpose-t-elle de manière satisfaisante l'article 5 d'ATAD 1 ?

◇ Des éléments positifs

30. Sur le premier élément de transposition, qui est la **suppression de la référence à l'existence d'une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale** pour faire entrer dans le dispositif d'étalement du paiement de l'impôt sur les plus-values les transferts opérés vers des États de l'EEE, il permet effectivement de supprimer une condition qui existait jusqu'à présent dans la législation française mais qui n'est pas exigée par la directive. En pratique, à ce jour, les États de l'EEE qui sont concernés par le régime d'étalement restent de manière identique la Norvège et l'Islande à l'exclusion du Liechtenstein.

Pour ce qui est des **transferts d'actifs** visés par la directive vers des **États tiers** à l'Union européenne, il ne fait pas de doute que l'imposition des plus-values ou des profits à la sortie sur de simples transferts d'actifs du siège vers un établissement stable ou entre établissements stables de la même personne et, *a fortiori*, la mise en œuvre de la notion de cessation d'activité en cas de transfert du siège ou de l'établissement, répondaient par avance à l'objectif minimal de protection des États fixé par la directive.

31. Mais c'est bien entendu l'introduction dans le CGI de la notion de **transfert d'un actif au sein de l'Union européenne** qui constitue la nouveauté. Ces transferts ont pour effet de faire sortir des actifs du bilan fiscal français, ce qui vaut « cession » imposable. L'insertion du terme « transfert d'un actif » permet désormais de faire bénéficier des transferts

isolés d'actifs d'un siège à un établissement stable ou entre établissements stables du régime d'étalement sur cinq ans du paiement de l'impôt sur la plus-value latente constatée au moment du transfert, alors que jusqu'à présent la loi française était muette sur ce point et que la doctrine administrative¹⁸ excluait clairement ce type de transferts du régime d'étalement du paiement de l'impôt, malgré la jurisprudence européenne sur les transferts isolés d'actifs.

La possibilité de bénéficier d'un régime de paiement fractionné de l'impôt est également accordée aux plus-values en report ou sursis d'imposition (par exemple, plus-values non imposées au moment d'une fusion ou opération assimilée placée dans le régime des articles 210 A et 210 B du CGI) qui deviendraient immédiatement imposables du fait du transfert d'un actif et non plus seulement d'un transfert du siège ou de l'ensemble des actifs d'un établissement.

Il est notable que la législation française ne contient pas de disposition imposant le paiement d'un intérêt ou la mise en place de garanties dans le cadre du paiement fractionné alors que la directive les rend possibles - mais non obligatoires - sous certaines conditions.

Pour ce qui est des transferts de sièges ou d'un établissement accompagnés du **transfert total des actifs**, ils continuent de bénéficier d'un régime de paiement fractionné de l'impôt sur les plus-values sans entraîner l'ensemble des conséquences d'une « cessation d'activité ». Cependant, il convient de noter que la directive ne traitant que de l'imposition sur la valeur de marché des actifs transférés, les autres impositions résultant d'un transfert de siège ou d'établissement, telles que l'imposition des bénéfices d'exploitation jusqu'à la date du transfert de l'ensemble des actifs ou l'imposition des provisions devenant sans objet, devraient perdurer, conformément à la doctrine administrative actuelle.

◇ Des insuffisances

32. *A contrario*, la loi n'a pas été modifiée sur la question du type d'actifs pouvant bénéficier du régime d'étalement : seuls les éléments de l'actif immobilisé peuvent bénéficier du régime d'étalement, à l'exclusion de l'**actif circulant**. Bien entendu, la nature de ces actifs peut poser des difficultés de suivi et l'imposition différée devrait en règle générale intervenir moins de cinq ans après le transfert s'agissant par exemple d'un stock n'ayant pas vocation à être détenu sur une longue durée au bilan d'une société. Il nous semble cependant que la directive ATAD 1 ne comporte pas de précision sur la nature des actifs pouvant bénéficier d'une imposition étalée et qu'une transposition précise impliquerait d'étendre la possibilité d'étalement du paiement de l'impôt à des transferts d'éléments de l'actif circulant.

En outre, la doctrine administrative exclut jusqu'à présent du bénéfice du régime d'étalement les transferts de **titres de participation** soumis au régime des plus-values à long terme au motif que « *la quote-part de frais et charges n'est pas constitutive d'une plus-value* »¹⁹. Cette position, qui était déjà

¹⁸ BOI-IS-CESS-30, 3 sept. 2013, § 70.

¹⁹ BOI-IS-CESS-30, 3 sept. 2013, § 100.

critiquable avant la transposition de la directive, devient encore plus difficile à tenir alors que la directive vise le report du paiement de l'impôt à la sortie et non le seul report de l'imposition des plus-values en tant que telles.

33. Par ailleurs, sur le plan législatif, la transposition ne traite pas des transferts d'actifs vers un siège ou vers un établissement stable situé en France. Or la directive prévoit que « lorsque les actifs, la résidence fiscale ou l'activité exercée par un établissement stable sont transférés vers un autre État membre, ce dernier accepte la valeur établie par l'État membre du contribuable ou de l'établissement stable comme **valeur fiscale de départ des actifs**, à moins que celle-ci ne reflète pas la valeur de marché. » Il eût été souhaitable que la loi soit claire sur ce point qui peut être une source importante de litiges.

34. Les modalités **d'interruption du report de paiement**, qui sont prévues au 4 de l'article 5 de la directive auraient également mérité un toilettage. En effet, la loi française prévoit des cas mettant fin au report de paiement qui sont globalement cohérents avec les cas désormais prévus par la directive : la cession des actifs, le transfert des actifs vers un État tiers ou la dissolution de la société ainsi que le non-respect par le contribuable de ses obligations. Néanmoins, le CGI dispose que l'impôt devient immédiatement exigible en cas de non-respect de l'une des échéances de paiement alors que la directive prévoit la possibilité de corriger le défaut de paiement dans un délai raisonnable qui n'excède pas douze mois. Malgré le caractère de norme minimale de protection des États qui est conféré à la directive, cette prescription en matière de délais de paiement semble davantage relever d'un souci de proportionnalité se rapportant au droit primaire de l'Union européenne.

35. Il convient également de s'interroger sur les **conséquences d'un transfert d'actifs vers un autre État membre suivi d'une opération de réorganisation visée par la directive fusions**. La directive ATAD 1 prévoit que la vente ou « cession d'une autre façon » entraîne l'interruption immédiate du report de paiement. Cependant, elle ne traite pas du cas où cette « cession » résulterait par exemple de l'apport de l'établissement stable à une société de l'État de l'Union européenne où il se situe. La loi française est également muette sur ce point.

36. En synthèse, la tension qui existe dans ATAD 1 sur la question de l'imposition à la sortie entre, d'une part, la prise en compte nécessaire de règles de proportionnalité fondées sur le droit primaire de l'Union et, d'autre part, l'exigence renforcée dans le contexte post-BEPS de protéger le droit d'imposer des États explique peut-être une transposition *a minima* de la directive réalisée par la France. Il en résulte certaines insuffisances pouvant être identifiées par rapport au texte même de la directive, sans préjuger d'évolutions jurisprudentielles éventuelles questionnant à nouveau la neutralité des transferts d'actifs au sein d'une même entité au regard du droit primaire de l'Union européenne.

F. TEPER ■

37. Apport partiel d'actif par une société hors UE - Attribution aux associés des titres de la société bénéficiaire de l'apport – Procédure d'agrément requise avant 2018 pour que la répartition ne soit pas qualifiée de revenu mobilier – Conformité à la Constitution - Le Conseil constitutionnel déclare conforme à la Constitution les dispositions qui, avant l'intervention de la loi de finances rectificative pour 2017, subordonnaient à l'obtention d'un agrément préalable l'absence d'imposition comme revenu mobilier des titres reçus par un contribuable domicilié en France à l'occasion de la « scission partielle » d'une société étrangère établie hors de l'UE, alors qu'en application du droit de l'Union un tel agrément ne pouvait être exigé en cas de « scission partielle » d'une société établie dans l'UE.

CC, 15 nov. 2019, n° 2019-813 QPC, Calogero G. (V. annexe 3)

38. Cette décision de conformité, rendue sur renvoi du Conseil d'État²⁰, **s'écarte des principes retenus à l'occasion des trois précédentes décisions Metro Holding²¹, Sté Natixis²² et SOPARFI²³** qui avaient reconnu, pour les déclarer non conformes à la Constitution, différents cas de discrimination résultant de l'application de dispositions fiscales moins favorables aux revenus qu'une société résidente retirait de sa participation dans une filiale française (discrimination à rebours) ou établie hors de l'UE, par comparaison avec le régime fiscal, plus favorable par application du droit dérivé de l'Union, réservé aux revenus de même nature retirés d'une participation dans une filiale établie dans un autre État membre. Il s'agissait, dans ces trois cas, du régime d'imposition des dividendes de filiales étrangères pour lequel la France est tenue de respecter la directive mère-fille²⁴ s'agissant de la perception de dividendes de source européenne (conditions d'accès au régime mère-fille pour l'imposition des dividendes entrants dans les deux premiers, champ d'application de la contribution de 3% en cas de redistribution dans le dernier).

Le dispositif de la décision est laconique et ne permet pas, à lui seul, de véritablement saisir sa motivation. Le **commentaire publié par les services du Conseil indique que celui-ci a adopté le même mode de raisonnement que pour ses précédentes décisions de conformité à la Constitution Époux V.²⁵ (application de la CSG aux personnes affiliées au régime de sécurité sociale d'un État tiers à l'UE) et Sté Life Science Holdings France²⁶ (absence de neutralisation**

20 CE, 16 sept. 2019, n° 431784, Giarmana, concl. E. Bokdam-Tognetti : FI 4-2019, n° 4, § 19, comm. V. Agulhon.

21 CC, 3 févr. 2016, n° 2015-520 QPC, Sté Metro Holding.

22 CC, 8 juill. 2016, n° 2016-553 QPC, Sté Natixis.

23 CC, 6 oct. 2017, n° 2017-660 QPC, SOPARFI.

24 Initialement Dir. 90/435/CEE, 23 juill. 1990 ; actuellement Dir. 2011/96/UE, 30 nov. 2011, complétée par Dir. 2015/121, 27 janv. 2015.

25 CC, 9 mars 2017, n° 2016-615 QPC, Époux V.

26 CC, 13 avr. 2018, n° 2018-699 QPC, Sté Life Science Holdings France.

de la quote-part de frais et charges sur les dividendes de filiales extra-européennes). Par ces deux décisions, le juge constitutionnel a en effet refusé de reconnaître l'existence d'une différence de traitement discriminatoire et ainsi de faire application des principes constitutionnels d'égalité devant la loi et devant les charges publiques pour étendre, au-delà du champ territorial de l'UE, certains avantages fiscaux dont la France était tenue de faire bénéficier les contribuables en mesure d'invoquer directement le droit de l'UE.

39. Le Conseil constitutionnel s'attache tout d'abord à déterminer si la différence de traitement constatée est bien en rapport avec l'objet de la loi, ce qui constitue, on le sait, une condition de la justification constitutionnelle de toute discrimination opérée par le législateur. Pour ce faire, il reformule tout d'abord l'objet de la loi contestée pour tenir compte de l'interprétation neutralisante que le Conseil d'État a été contraint d'adopter afin de respecter le droit de l'UE dérivé : « *assurer la neutralité fiscale des seules opérations d'apport partiel d'actif effectuées à des fins de restructuration économique en dehors de toute volonté de fraude ou d'évasion fiscales, dans le respect du droit de l'Union européenne* » c'est-à-dire, en langage clair, sans poser de contraintes excessives aux seules opérations qui relèvent territorialement de la directive fusions²⁷. En d'autres termes, l'objet de la loi est préalablement redéfini pour, en quelque sorte, y intégrer la discrimination entre opérations intra et extra-européennes. C'est au vu de cet objet de la loi ainsi réécrit qu'est ensuite appréciée la conformité de la discrimination identifiée à l'encontre des situations extra-européennes.

L'approche semble quelque peu circulaire ou tautologique, à tout le moins très téléologique. Le rédacteur du commentaire en a d'ailleurs conscience, qui concède qu'elle pourrait avoir pour effet de justifier « *par construction* » la différence de traitement établie au profit des opérations européennes à l'encontre des situations extra-européennes. C'est pourquoi, explique-t-il, le raisonnement du Conseil constitutionnel intègre dans un second temps un mécanisme de garde-fou consistant à s'assurer que l'intégration de la contrainte issue du droit de l'UE dans l'objet « redéfini » de la loi nationale n'a pas conduit à une « dénaturation » de l'objet initial de cette dernière.

Mais là encore, les justifications données au commentaire pour l'application à l'espèce de ce test de dénaturation peinent à convaincre. Il y est ainsi rappelé que, dans la décision *Sté Life Science Holdings*, la discrimination opérée entre situations européennes et extra-européennes (c'est à dire entre dividendes de source extérieure ou intérieure à l'UE) par la prise en compte du droit de l'UE ne dénaturaient pas la loi d'origine puisque celle-ci instaurait déjà une discrimination en réservant l'avantage fiscal, c'est-à-dire la neutralisation de la quote-part de frais et charges au sein de l'intégration fiscale, aux seules situations purement domestiques. À l'inverse, l'état du droit national en matière de « scissions partielles » avant prise en compte de la contrainte européenne ne créait aucune différence de traitement entre situations domestiques, intra ou extra-européennes :

un agrément préalable était requis dans tous les cas pour que l'actionnaire ne soit pas taxé à raison de la distribution de titres. C'est donc bien la prise en compte du droit de l'UE qui introduit une dose de discrimination dans le dispositif domestique. S'il n'y a pas dénaturation, ce n'est donc pas le résultat d'une transposition directe du raisonnement tenu dans la décision *Sté Life Science Holdings* mais plutôt parce que l'apport du droit de l'UE ne modifie pas le régime fiscal en lui-même mais seulement les conditions à remplir pour y accéder.

40. Enfin, le Conseil constitutionnel note qu'il existe bien une différence de situation entre scissions partielles de sociétés européennes et extra-européennes et que cette différence est en rapport direct avec l'objet de la loi. Au vu de sa reformulation de l'objet de la loi, qui met l'accent sur l'objectif de lutte contre les abus, on peut supposer que le Conseil constitutionnel fait ici référence à l'exclusion des opérations ayant un objectif de fraude ou d'évasion fiscale et à la circonstance que le contrôle de cette condition est plus délicat, faute de procédure d'agrément préalable, pour les scissions partielles de sociétés extra-européennes.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Il semble bien que, par cette décision, **le Conseil constitutionnel confirme une très forte réticence à ce que l'invocation d'une discrimination dans le cadre d'une QPC permette d'étendre aux situations étrangères extra-européennes des avantages que le droit de l'UE réserve directement aux seules situations étrangères européennes**. Au cas particulier, le requérant déchanté après que le Conseil d'État a suscité par sa décision de transmission un certain espoir de voir la « scission partielle » d'une société américaine bénéficier de plein droit du régime de faveur. Mais à notre sens il ne faut pas en conclure que la même solution aurait été retenue dans un cas domestique de discrimination à rebours « *chimiquement pure* » (pour reprendre les termes du commentaire de la décision *Calogero G.*), c'est-à-dire à l'occasion de la distribution par une société française des titres représentatifs d'un apport partiel d'actif éligible de plein droit au régime de l'article 210 B, alors que l'agrément fiscal de l'article 115, 2 du CGI n'aurait pas été sollicité ou accordé. Il est en effet difficile de concevoir que l'objet de la loi, même réécrit en application du raisonnement ci-dessus pour tenir compte du droit de l'UE, puisse intégrer une discrimination à rebours à l'encontre des situations purement domestiques. Cela heurterait notamment les principes de la décision *Leur Bloem*²⁸ par laquelle la Cour de justice a estimé que les dispositions nationales qui transposent la directive fusions doivent recevoir la même interprétation selon qu'elles s'appliquent à des situations transfrontalières directement régies par la directive ou des situations purement domestiques. On ne peut, dès lors, s'empêcher d'imaginer que la solution aurait peut-être été différente si n'avait pas été seulement invoquée la différence de traitement dont souffraient avant 2018 les actionnaires de sociétés extra-européennes mais également, ou conjointement, celle qui pénalisait les actionnaires de sociétés françaises mettant en œuvre un

27 Initialement Dir. 90/434/CE, 23 juill. 1990 ; actuellement Dir. 2009/133/UE, 19 oct. 2009

28 CJCE 17 juillet 1997 aff. 28/95 plén.

« apport-distribution ». Malheureusement, la configuration du dispositif législatif d'origine, dans lequel les situations purement domestiques et transfrontalières étaient régies par des dispositions distinctes (CGI, art. 115, 2 pour les premières et art. 121-1 pour les secondes) a permis au Conseil constitutionnel d'examiner de façon isolée la situation des contribuables actionnaires de sociétés extra-européennes.

V. AGULHON ■

41. Dissolution sans liquidation d'une société française - Régime des fusions - Mali technique de fusion - Affectation à un établissement américain - La CAA de Versailles juge que le transfert d'un actif du bilan français d'une société absorbée au bilan d'une succursale étrangère de la société absorbante constitue une « cession » imposable en France.

CAA Versailles, 1^{re} ch., 9 juill. 2019, n° 17VE00314, SA Fromageries Bel, concl. N. Chayvialle (FI 1-2020, n° 3, § 24)

42. L'acquisition de la société Boursin par les Fromageries Bel et la réorganisation qui s'en suivit soulèvent plusieurs questions intéressantes sur lesquelles s'est penchée la Cour administrative d'appel de Versailles.

43. Les faits peuvent être résumés, et simplifiés, de la manière suivante. La société Boursin avait donné en location-gérance son fonds de commerce aux États-Unis à une société américaine. Elle n'avait pas déclaré d'établissement stable aux États-Unis à ce titre. À la suite de l'acquisition de Boursin par la société Fromageries Bel, cette dernière est devenue le nouveau locataire-gérant de cette activité et a ainsi créé un établissement stable aux États-Unis pour gérer l'activité Boursin. Quelques mois plus tard, les Fromageries Bel absorbent la société Boursin. Le mali technique correspondant au fonds de commerce américain de Boursin est inscrit par la société Fromageries Bel à l'actif de son établissement stable aux États-Unis. L'administration fiscale y voit un transfert de fonds de commerce par la société Fromageries Bel du bilan du siège français au bilan de son établissement stable américain, et entreprend d'imposer la plus-value constatée au titre de cette sortie de bilan, à hauteur du mali technique inscrit en comptabilité. Cette affectation du mali technique constituerait en effet une cession au sens de l'article 38, 1 du CGI, rendant imposable la plus-value latente sur la valeur du fonds de commerce reçu dans le cadre de la dissolution sans liquidation.

Dans un arrêt frappé d'un pourvoi en cassation (n°434412), la Cour administrative d'appel de Versailles confirme la position de l'administration, et juge que l'affectation d'un mali technique de fusion à une succursale étrangère de l'absorbante doit être assimilée à une cession, car cette affectation traduit une sortie des actifs correspondants du bilan du siège de la société absorbante vers celui de sa succursale étrangère ne relevant pas du champ territorial de l'impôt sur les sociétés.

44. La première question qui vient à l'esprit est de **savoir**

si un fonds de commerce situé hors de France et donné en location-gérance constitue pour le bailleur un établissement stable. Cette question est traitée dans une autre partie du présent numéro à laquelle nous renvoyons le lecteur²⁹. Il suffit de dire ici que la cour a jugé que tel n'était pas le cas, et que la société Boursin ne disposait donc pas d'établissement stable aux États-Unis.

45. La seconde question, qui sera l'objet de cette chronique, porte sur les **conséquences de la dissolution sans liquidation de la société Boursin (bailleur) dans la société Fromageries Bel (son locataire-gérant).** Par l'effet de la transmission universelle de patrimoine, les qualités de bailleur et de locataire-gérant sont réunies sur la même tête, celle de Fromageries Bel, ce qui conduit à l'extinction du contrat de location-gérance. La société Fromageries Bel devient l'exploitant de plein exercice du fonds de commerce américain, au travers de son établissement stable américain. Le mali technique est donc inscrit comme il se doit à l'actif de l'établissement stable. L'administration y voit une sortie d'un bilan français déclenchant l'imposition de la plus-value latente. Il faut néanmoins se pencher sur l'instant de raison qui suit la réalisation de la fusion : le fonds de commerce donné en location-gérance passe-t-il par le bilan du siège français pour être immédiatement transféré à l'établissement stable, ce qui pourrait justifier une imposition en France, ou est-il affecté d'emblée à l'établissement stable américain sans transiter par le bilan français de Fromageries Bel, auquel cas le contribuable pourrait valablement considérer qu'il n'y a eu aucun transfert entre le siège et sa succursale ?

La **cour traite cette question d'une manière lapidaire**, en jugeant en substance que le fonds de commerce est bien entré dans le « patrimoine » de Fromageries Bel à la suite de la dissolution sans liquidation, et que l'affectation du mali technique correspondant à ce fonds de commerce au bilan de l'établissement stable américain vaut « cession » de ce fonds de commerce entre le siège et l'établissement stable. **La chose ne nous semble pas si simple.**

46. Il ne fait pas de doute que **le fonds de commerce américain est entré dans le patrimoine de Fromageries Bel, mais peut-on en tirer la conclusion, comme semble le faire la cour, qu'il est entré au bilan du siège français de la société ?** Lorsqu'une société acquiert un actif, il n'existe aucune règle imposant de considérer qu'il est d'abord inscrit au bilan du siège pour être ensuite, le cas échéant, affecté à une succursale. Tout au contraire, l'actif en question peut être directement affecté au bilan de l'établissement stable. Personne ne songerait à le remettre en cause dans le cas où le personnel d'une succursale décide l'acquisition d'un actif dédié à l'activité de cette succursale. En l'espèce, Fromageries Bel aurait tout-à-fait pu acquérir le fonds de commerce américain d'un tiers et l'aurait dans ce cas inscrit directement à l'actif de son établissement stable.

Cette affectation directe nous semble indépendante de la question de savoir si cet actif était ou non inscrit chez le cédant au bilan de son siège français ou à l'actif d'un établissement stable à l'étranger. Un actif dédié à l'activité d'un

²⁹ V. FI 1-2020, n° 3, § 24, comm. R. Coin.

établissement stable hors de France sera inscrit directement au bilan de cet établissement stable même s'il figurait au bilan français de cédant. Si une société française n'ayant pas d'établissement stable à l'étranger vend un actif à une société qui entend l'utiliser pour sa succursale étrangère, cet actif sera inscrit directement au bilan de cette succursale sans passer, même un instant de raison, par le bilan du siège français.

La situation ne nous semble pas fondamentalement différente en l'espèce. Le fonds de commerce américain donné en location-gérance n'était pas constitutif d'un établissement stable pour la société Boursin mais, du point de vue de la société Fromageries Bel, ce fonds de commerce a, dès son acquisition par l'effet de la dissolution sans liquidation, été affecté à la succursale américaine. La solution retenue par le cour, qui y voit un transfert du bilan du siège français de Fromageries Bel au bilan de son établissement stable, nécessiterait d'accepter la fiction selon laquelle Fromageries Bel a d'abord été bailleur de sa propre succursale en recevant le contrat de location-gérance, ce qui pourrait justifier l'inscription de ce fonds au bilan du siège français, pour ensuite mettre fin au contrat de location-gérance et constater le transfert de ce fonds à sa succursale. Une telle approche semble très éloignée de la réalité juridique de l'opération, dans laquelle **le contrat de location-gérance s'éteint par l'effet de la dissolution, sans qu'il soit possible d'imaginer même un instant de raison que le contrat a pu subsister dans le patrimoine de la société absorbante.**

47. Il reste que ce raisonnement conduirait à accepter l'idée que **la plus-value latente sur un actif inscrit au bilan français de l'absorbée pourrait quitter le champ territorial français, par l'effet d'une opération soumise au régime fiscal des fusions, sans imposition à la sortie.** Cette situation n'est pourtant pas totalement inédite. On retrouve un cas similaire dans les fusions transfrontalières, où une société française détenant uniquement des participations est absorbée par une société étrangère. Les participations transférées dans le cadre de la fusion sont inscrites directement à l'actif du siège étranger de la société absorbante, et sortent ainsi du champ territorial français par l'effet de la fusion. Naturellement, une telle opération ne peut bénéficier du régime fiscal des fusions. Mais l'imposition à la sortie n'est pas la conséquence d'une fiction dans laquelle on considérerait que la société absorbante inscrit d'abord ces titres à un bilan français, un instant de raison avant de les transférer à son bilan étranger. Cette imposition a tout au contraire été explicitement prévue à l'article 210 C, 2 du CGI, qui dispose que le régime fiscal des fusions ne s'applique que si les éléments apportés sont effectivement

rattachés à un établissement stable français de la société absorbante étrangère. En revanche, aucune disposition analogue n'existe pour les fusions franco-françaises. La situation, qui est celle des Fromageries Bel, dans laquelle un actif sort du champ territorial français par l'effet d'une fusion soumise au régime de faveur n'a pas été envisagée par le législateur. Ce vide législatif pourra-t-il profiter au contribuable ? Ce sera au Conseil d'État de le dire.

N. de BOYNES ■

48. À NOTER

> Fusions - Fusions entre sociétés sœurs - La loi de finances pour 2020 modifie le 3^e du I de l'article 210-O A du CGI pour inclure à compter du 21 juillet 2019, dans la liste des opérations éligibles au régime de neutralité fiscale de l'article 210 A, les fusions et scissions pour lesquelles il n'est pas procédé à l'échange de titres de la société absorbante ou bénéficiaire de l'apport contre les titres de la société absorbée ou scindée lorsque ces titres sont détenus par une société qui détient la totalité des titres de la société absorbante ou bénéficiaire et de la société absorbée ou scindée.

L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019, de finances pour 2020, art. 44 : JO 29 déc. 2019, texte n° 1 (V. annexe 4)

Cette modification est la conséquence de l'article 32 de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, qui a prévu l'application du régime des fusions et des scissions simplifiées aux opérations intervenant entre sociétés sœurs à compter du 21 juillet 2019.

Si la société absorbante est une société française, de telles opérations peuvent donc bénéficier du régime de l'article 210 A, quelle que soit la nationalité de la société absorbée ou celle des associés de celle-ci, dès lors qu'ils sont résidents d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales.

Toutefois, dans la mesure où la fusion entre sociétés sœurs sans échange de titres n'est pas couverte par la directive fusions du 19 octobre 2009³⁰, il existe un **risque que cette opération ne bénéficie pas d'un sursis d'imposition dans l'État de résidence de la société absorbée et/ou dans l'État de résidence des associés de celle-ci.**

C. MÉNARD ■

30 Dir. 2009/133/ CE du Conseil, 19 oct. 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents.

Annexes (disponibles sur le site internet de la Revue)

Annexe 1 : CE, 10^e et 9^e ch., 4 oct. 2019, n° 418817, Min. c/SAS Piaggio France, concl. A. Lallet

Annexe 2 : L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019 de finances pour 2020, art. 45 : JO 29 déc. 2019, texte n° 1 (texte et travaux parlementaires)

Annexe 3 : CC, 15 nov. 2019, n° 2019-813 QPC, Calogero G.

Annexe 4 : L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019, de finances pour 2020, art. 44 : JO 29 déc. 2019, texte n° 1

