

THEIMER-ALSON

Société d' Avocats

Transfert de siège social ou fusion transfrontalière :

Quelle option choisir ?

Analyse des BOFIP sur les transferts de siège intracommunautaires et les fusions transfrontalières.

Sans conservation d'actifs en France

Nous profitons de la publication le 3 octobre 2018 des Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts (BOFIP) par la Direction Générale des Finances Publiques (DGFIP) sur les fusions pour faire une analyse comparative entre le transfert de siège intracommunautaire et la fusion absorption intracommunautaire, **sans conserver d'actifs ou un établissement stable en France.**

1 Fusion

Le régime spécial des fusions, codifié sous [l'article 210 C du CGI](#), est applicable aux opérations de fusion, de scission et d'apport partiel d'actif d'une branche complète d'activité réalisées au profit de personnes morales étrangères par des personnes morales françaises, uniquement **lorsque les éléments apportés sont effectivement rattachés à un établissement stable de la personne morale étrangère situé en France.**

Cette rédaction récente résulte de l'article 23 de la loi n° 2017-1775 du 28 décembre 2017 de finances rectificative pour 2017, la France ayant dû supprimer son régime d'agrément préalable jugé incompatible par la [CJUE le 8 mars 2017](#), avec la Directive 90/434 du 23 juillet 1990 (« Directive Fusion »), et avec la liberté d'établissement (article 49 TFUE) pour les fusions entre sociétés européennes.

En l'espèce, à l'occasion d'une transmission universelle de patrimoine d'une société française au bénéfice d'une société luxembourgeoise, les parties prenantes avaient appliqué le régime de faveur des fusions sans solliciter l'agrément préalable obligatoire prévu à l'article 210 C, 2° du CGI. L'administration fiscale a estimé que cet agrément aurait dû être demandé. Le contribuable a fait valoir qu'il n'avait pas demandé l'agrément qui lui aurait été refusé, faute de motif économique valable, l'agrément étant par ailleurs, selon lui, incompatible avec le droit de l'Union européenne.

La volonté du législateur de 2017 a consisté à s'assurer, après l'invalidation du régime de l'agrément préalable, de pouvoir suivre et imposer les plus-values en report d'imposition en exigeant la conservation d'un établissement stable en France.

Société d'Avocats inscrite au Tableau de l'Ordre des Avocats au Barreau de Luxembourg

5, boulevard Royal L-2449 Luxembourg | Tel +352 26 97 59 - Fax +352 26 20 05 17

S.à.R.L au capital de 12500€ - R.C.S Luxembourg B184810

N°TVA Intracommunautaire LU26699786

THEIMER-ALSON

Société d' Avocats

Mais, cette exigence peut être impossible à respecter lorsque la société française absorbée est une société holding purement passive, n'ayant pas d'autre activité que de détenir des titres de participations.

Rappelons que [l'administration](#) précise qu'un établissement stable suppose l'exercice habituel d'une activité.

Cette condition est notamment remplie lorsque la société exploite un établissement qui se caractérise, en principe, par l'existence d'une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle elle exerce tout ou partie de son activité.

Selon la nouvelle définition de l'OCDE, l'expression établissement stable comprend notamment :

- un siège de direction,
- une succursale,
- un bureau,

dans lequel la société conclut habituellement des contrats ou joue habituellement le rôle principal menant à la conclusion de contrats qui, de façon routinière, sont conclus sans modification matérielle par l'entreprise, et que ces contrats sont a) au nom de l'entreprise, ou b) pour le transfert de la propriété de biens, ou pour la concession du droit d'utiliser des biens, appartenant à cette entreprise ou que l'entreprise a le droit d'utiliser, ou c) pour la prestation de services par cette entreprise.

Lorsque la société se contente de gérer ses participations comme un simple actionnaire, son activité se limite à participer aux assemblées et à gérer sa trésorerie, ce qui ne peut en aucun cas constituer, selon nous, un établissement stable qui suppose un bureau et du personnel pouvant engager la société.

La DGFIP dans ses commentaires de l'article 201 C susvisé du CGI, publiés sous les paragraphes 90 et suivants du [BOI-IS-FUS-10-20-20-20181003](#), apporte des **assouplissements** intéressants à la loi.

Rappelons que [l'article L80 A](#) du Livre des Procédures Fiscales (LPF) énonce que lorsque le redevable a appliqué un texte fiscal selon l'interprétation que l'administration avait fait connaître par ses instructions ou circulaires publiées et qu'elle n'avait pas rapportée à la date des opérations en cause, elle ne peut poursuivre aucun rehaussement en soutenant une interprétation différente.

L'opposabilité suppose **une identité parfaite** des conditions de l'opération par rapport aux commentaires des instructions.

Ceux-ci précisent que :

« ...cette obligation n'est pas exigée pour les opérations d'apport de participations assimilés à une branche complète d'activité mentionnés au 1 de l'[article 210 B du CGI](#) ou pour les opérations de fusion dont les éléments apportés sont exclusivement constitués de titres de participations. En revanche, les apports qui ne sont pas composés exclusivement de titres de participation mentionnés au I de l'[article 219 du CGI](#) (tels que les fusions de holdings lorsque les activités de ces dernières seraient constitutives d'un établissement stable si elles étaient exercées par une société étrangère) sont soumis à l'obligation de rattachement à un établissement stable situé en France. »

Société d'Avocats inscrite au Tableau de l'Ordre des Avocats au Barreau de Luxembourg

5, boulevard Royal L-2449 Luxembourg | Tel +352 26 97 59 - Fax +352 26 20 05 17

S.à.R.L au capital de 12500€ - R.C.S Luxembourg B184810

N°TVA Intracommunautaire LU26699786

THEIMER-ALSON

Société d' Avocats

Il résulte de ces commentaires que l'absorption d'une société holding française par une société dont le siège est situé dans un autre Etat européen (sous réserve de respecter l'ensemble des conditions prévues par le régime de faveur) peut être placée sous ledit bénéfice du régime de faveur, alors même que la holding ne conserverait aucun élément d'actif en France lorsque :

- **son patrimoine est exclusivement constitué de titres de participations dans des sociétés dont aucune n'est à prépondérance immobilière et qu'elle n'a pas d'activité d'animation de son groupe.**

Dans ce cas, la fusion n'aura pas de conséquences fiscales pour la société absorbée qui ne sera pas imposée sur les plus-values latentes sur titres de participation, y compris au titre de la quote-part de frais et charges de 12%.

En revanche, lorsque la société absorbée est une holding animatrice qui détient des titres de participation, l'administration précise que si cette activité d'animation constitue un établissement stable, les titres de participation devront être rattachés à cet établissement, à défaut de quoi, les plus-values seront imposées.

L'administration ne traite pas du cas de la détention de titres de participation et de titres dans des sociétés à prépondérance immobilière. Cependant en écartant du régime de faveur toute fusion ne concernant pas exclusivement des apports de titres de participation, les commentaires conduisent à refuser l'application du régime de faveur aux holdings possédant de l'immobilier au travers de sociétés à prépondérance immobilière.

Dans cette situation, la fusion est rendue impossible sans dégager toutes les plus-values latentes, puisque la société absorbée sera dans l'impossibilité matérielle de conserver un établissement stable en France, faute d'activité qualifiante.

Pour bénéficier du régime de faveur avec le transfert complet de ses actifs vers l'étranger, la société absorbée devra donc au préalable détourner de son bilan l'ensemble des actifs autres que les titres de participation (à défaut de quoi la plus-value sur les titres de participation serait imposée).

2 Transfert de siège

Une autre voie pourrait consister à transférer directement vers un autre Etat de l'Union européenne le siège de la société française, au lieu de la faire absorber.

Aux termes de [l'article 221 du CGI](#), le transfert ne peut être réalisé en neutralité fiscale que si les éléments de l'actif de la société dont le siège est transféré sont rattachés à un établissement stable en France de la société devenue étrangère (identité de rédaction avec le régime spécial des fusions).

L'administration a commenté ces dispositions dans son BOFIP ([BOI-IS-CESS-30-20130903](#)).

Société d'Avocats inscrite au Tableau de l'Ordre des Avocats au Barreau de Luxembourg

5, boulevard Royal L-2449 Luxembourg | Tel +352 26 97 59 - Fax +352 26 20 05 17
S.à.R.L au capital de 12500€ - R.C.S Luxembourg B184810
N°TVA Intracommunautaire LU26699786

