

Abus de droit et opération d'Owner Buy Out (OBO)

Le Conseil d'État vient de juger qu'une opération d'Owner Buy Out n'est pas constitutive d'un abus de droit dès lors que la création de la holding de rachat présente pour ses associés, personnes physiques, un intérêt d'ordre financier et patrimonial durable (arrêt du 27 janvier 2011, n°32 0313).

Cette décision valide dans une large mesure la constitution d'une holding pure de rachat, ainsi que le montage juridique commun aux opérations de LBO.

Applicabilité du régime de faveur des fusions aux TUP

Avant l'extension expresse du champ d'application du régime de faveur des fusions aux opérations de confusion de patrimoine (C.civ, art. 1844-5) par la LFR 2002 (CGI, art. 210-0 A), la doctrine administrative s'opposait formellement à ce que ces dernières bénéficient de ce régime. Le Conseil d'État juge que cette doctrine était illégale suivant un dispositif qui pourrait être transposé à d'autres difficultés.

En se fondant sur les travaux préparatoires de la LFR 1991 qui a instauré le régime spécial de faveur, il relève que cette loi avait, d'une part, pour objet de transposer la directive « fusion » (directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990) et, d'autre part, n'avait pas entendu traiter moins favorablement les fusions entre sociétés françaises (hors du champ d'application de la Directive) que les fusions transnationales. Il en conclut que les opérations de confusion de patrimoine devaient être regardées comme entrant, dès l'entrée en vigueur de ladite loi, dans le champ d'application du régime spécial (arrêt du 17 juin 2011, n°324392, SARL Méditerranée Automobiles).

L'obligation de nommer un représentant fiscal constitue une entrave à la libre circulation des capitaux

La CJUE a condamné le Portugal pour le maintien de sa législation imposant, aux non-résidents percevant des revenus soumis à l'impôt sur le revenu et aux résidents quittant le territoire nationale pour plus de six mois, de désigner un représentant fiscal. C'est ce qui ressort des termes de l'arrêt Commission contre Portugal du 5 mai 2011 affaire C-267/09.

Pour la Cour, l'obligation imposée aux résidents et non-résidents constitue une restriction à la libre circulation des capitaux édictée par les articles 56 et suivants du Traité CE (devenus 63 et suivants du Traité sur le fonctionnement de l'UE). Bien qu'il soit possible de restreindre cette liberté en cas de raison impérieuse d'intérêt général, la Cour considère que la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale, invoquée par le Portugal, n'en constitue pas une en l'espèce. En effet, en visant tous les contribuables, l'obligation de désignation d'un représentant fiscal fait peser sur les non-résidents une présomption d'évasion ou de fraude fiscale du seul fait de leur qualité de non-résident. La CJUE réaffirme que « *la justification tirée de la lutte contre la fraude fiscale ne saurait être admise que si elle vise des montages purement artificiels dont le but est de détourner la loi fiscale, ce qui exclut toute présomption générale de fraude* ».

L'Etat français est prévenu, il ne pourra pas invoquer la raison impérieuse d'intérêt général de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale pour justifier le maintien de sa législation nationale imposant la nomination d'un représentant fiscal, désormais déclarée comme étant une entrave à la libre circulation des capitaux.

Ainsi, un contribuable faisant l'objet d'une taxation d'office pour non désignation d'un représentant fiscal en France pourrait contester la procédure de rectification utilisée. Un contribuable pourrait également réclamer le remboursement des commissions payées à son représentant fiscal et mis à sa charge en raison d'une obligation légale déclarée non conforme au droit communautaire.

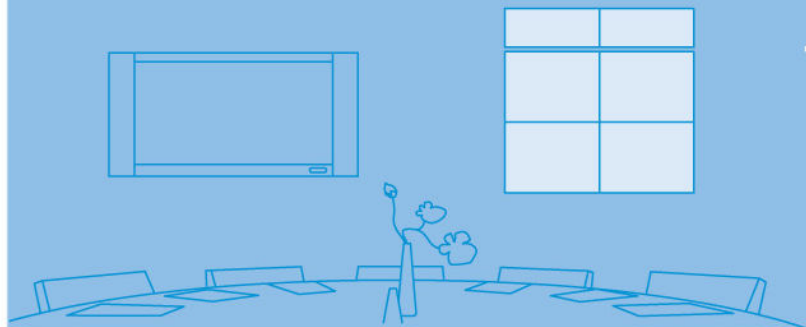
Reste à attendre la réaction du législateur.

Taj
Société d'avocats
181, avenue Charles de Gaulle
92524 Neuilly-sur-Seine Cedex
Tel: 01 40 88 22 50
Fax: 01 40 88 22 17

Michel Guichard
mguichard@taj.fr
Tel: 01 55 61 66 72

Patrick Fumenier
pfumenier@taj.fr
Tel: 01 55 61 41 30

Romain Grau
rgrau@taj.fr
Tel: 01 55 61 48 31



Breach of law and Owner Buy Out's operation

The Council of State has judged that Owner Buy Out's operation is not an abuse of law as long as the setting up of a buyout holding presents to its associates, physical persons, a long-standing financial and property interest (ruling of January, the 27th of 2011, n°320313).

This case confirms in a large measure the setting up of a pure buyout holding and the validity of LBO's legal operations.

Applicability of the merger's preferential treatment to universal transfers of assets

Before the express extension of the scope of merger's preferential treatment to mergers of assets by the supplementary budget law of 2002, administrative doctrine was strongly opposed to give them the benefit of this treatment. The Council of State ruled this doctrine illegal with a decision which could be applied to other similar cases.

Based on preliminary work of the supplementary budget law of 1991, who established the special preferential treatment, it appears that this law had, on one hand, the aim to transpose the merger Directive (Directive 90/434/EEC, July, the 23th of 1990), and, on the other hand, not to treat less favorably merger between French companies (out of the Directive's scope) than transnational mergers. Therefore mergers of assets have to be regarded as being in the scope of the special treatment, as soon as the law came into force (ruling of June, the 17th of 2011, n°324392, SARL Méditerranée Automobiles).

The obligation to appoint a tax representative is a restriction on the free movement of capital

The judgment of the European Court of Justice of 5 May 2011 (Case C-267/09, Commission vs. Portugal) sentenced Portugal for maintaining in force a national legislation which lays down a general obligation to appoint a tax representative, both on non-residents in receipt of income subject to income tax and on residents who leave Portugal for more than six months.

The Court judged that this obligation constitutes a restriction on the free movement of capital within the meaning of Article 56 and following of the EC Treaty. To justify a restriction on the exercise of freedom of capital, it is possible to rely on an overriding requirement of general interest. Portugal invoked the prevention of tax avoidance and tax evasion but the Court did not accept it. Indeed, the obligation concerns all non-residents taxpayers and imposes in respect, solely because they are non-residents, a general presumption of tax avoidance or tax evasion. The Court reiterates: *"the prevention of tax evasion can be accepted as justification only if the legislation is aimed at wholly artificial arrangements the objective of which precludes any general presumption of tax evasion"*.

A similar legislation exists in the French's legislation and it will be impossible to invoke an overriding requirement of general interest, like the prevention of tax avoidance and tax evasion, to justify maintenance of this legislation.

So, a taxpayer who is subject of jeopardy assessment because of non appointment of a tax representative could contest the procedure. Also, a taxpayer could ask reimbursement of the tax representative's commissions paid because of national legislation contrary to Community law.

We are waiting the legislative response.

Taj
Société d'avocats
181, avenue Charles de Gaulle
92524 Neuilly-sur-Seine Cedex
Tel: +33 1 40 88 22 50
Fax: +33 1 40 88 22 17

Michel Guichard
mguichard@taj.fr
Tel: +33 1 55 61 66 72

Patrick Fumenier
pfumenier@taj.fr
Tel: +33 1 55 61 41 30

Romain Grau
rgrau@taj.fr
Tel: +33 1 55 61 48 31