

Le marqueur E3 (réorganisations d'entreprises) du régime de communication obligatoire (DAC 6) :

Qu'en est-il des liquidations et des fusions transfrontières ?

Par Oliver R. HOOR*

Dans cet article, Oliver R. Hoor d'ATOZ Tax Advisers analyse dans quelle mesure une liquidation ou une fusion transfrontière est une transaction à déclarer conformément au marqueur E3 (réorganisations d'entreprises) du régime de communication obligatoire (RCO), compte tenu des directives publiées par l'Administration des Contributions Directes dans sa foire aux questions (FAQ) le 4 mai 2022.



Le marqueur E3 s'applique lorsque le bénéficiaire avant intérêts et impôts (BAII) prévu sur une période de trois années suivant la réorganisation de l'entreprise est inférieur à 50% du BAII prévu sur la même période si le transfert n'avait pas eu lieu⁽¹⁾. Cette condition doit être analysée au niveau de la société individuelle. Cependant, il existe manifestement un certain degré d'incertitude dans la prévision des bénéfices et de ce qu'ils auraient été si la ou les transactions n'avaient pas eu lieu.

Un exemple de réorganisation d'entreprise répondant au marqueur E3 pourrait être la transformation d'un fabricant de plein exercice en un façonnier (qui ne fait que rendre des services à d'autres sociétés du groupe) ou la transformation d'un distributeur de plein exercice en un distributeur à risque limité.

Dans ces circonstances, on peut s'attendre à une baisse significative de la rentabilité dans des conditions de pleine concurrence. Il convient de mentionner que les réorganisations d'entreprises doivent également être communiquées par le biais du fichier principal (master file) d'une multinationale.

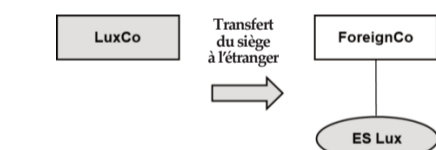
Directives fournies par les autorités fiscales luxembourgeoises (Administration des Contributions Directes)

Le 4 mai 2022, l'administration fiscale luxembourgeoise (Administration des Contributions Directes) a mis à jour et étendu sa FAQ relative au RCO. Selon ces directives, une fusion transfrontière ou liquidation qui implique un transfert transfrontière de fonctions ; et/ou de risques ; et/ou d'actifs au sein d'un même groupe et qui a pour conséquence, dans les trois ans qui suivent l'opération, une diminution d'au moins 50% du BAII réalisé par le ou les cédants par rapport à celui qu'ils auraient constaté si l'opération n'avait pas eu lieu, tombe dans le champ d'application du marqueur E3.

La FAQ indique que l'analyse de la question de savoir si une restructuration d'entreprise entraîne une modification du BAII de la société doit être effectuée sur la base des informations disponibles au moment du transfert. En outre, la baisse du BAII doit être inhérente aux fonctions et/ou risques et/ou actifs transférés.

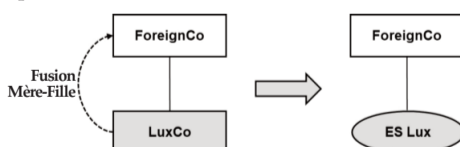
Selon la FAQ, les deux situations suivantes n'entrent pas dans le champ d'application du marqueur E3 :

- Le transfert administratif du siège social d'une société luxembourgeoise dans un autre État membre, tout en conservant un établissement stable (ES) au Luxembourg avec les mêmes fonctions et/ou risques et/ou actifs ;



Toutefois, lorsque l'administration centrale (c'est-à-dire le siège de direction effective) de la société luxembourgeoise reste au Luxembourg, la société devrait, conformément à la convention fiscale applicable, rester résidente fiscale au Luxembourg (en vertu de la règle de départage de la résidence fiscale des sociétés, «tie-breaker rule»). Le transfert du siège ne devrait pas, à lui seul, entraîner une migration à l'étranger. Par conséquent, il ne devrait même pas y avoir de dispositif transfrontière susceptible d'entrer dans le champ d'application du RCO dans un tel cas.

- Une fusion transfrontière exonérée d'impôt entre sociétés intra-européennes où tous les actifs et passifs restent liés à un établissement stable de la société absorbante dans la juridiction fiscale de la société acquise.



Toutefois, les fusions et liquidations transfrontières en tant que telles ne devraient pas constituer une réorganisation d'entreprise au sens du chapitre IX des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert et, par conséquent, ne pas déclencher d'obligations de déclaration en vertu du RCO, sauf si d'autres faits et circonstances suggèrent qu'il devrait en être autrement.

Il est intéressant de noter que les exemples mentionnés dans la FAQ supposent que la société luxembourgeoise concernée exerce des activités très développées au moment (i) de migrer vers un autre État membre de l'UE ou (ii) d'être absorbée par une société étrangère. Toutefois, ces situations ne se produisent que rarement en pratique.

Lorsqu'une société luxembourgeoise est liquidée, elle n'a généralement plus d'actifs ou d'activités significatives.

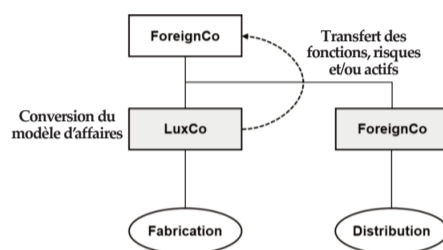
On peut donc supposer que le BAII de la société au cours des trois années suivantes serait immatériel. Par conséquent, le test relatif à la diminution de 50% du BAII ne devrait pas être rempli dans de telles situations. En outre, lorsqu'une société luxembourgeoise détenue par une autre société luxembourgeoise (ou par un fonds luxembourgeois) est liquidée, la liquidation ne constitue pas un dispositif transfrontière et, par conséquent, ne relève pas du champ d'application du RCO.

Etude de cas

Dans cette section, le champ d'application du marqueur E3 sera analysé dans plusieurs études de cas pratiques :

Cas pratique n°1 : Conversion du modèle d'affaires

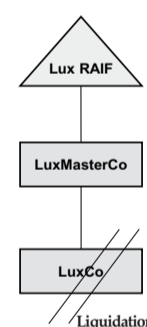
Une société luxembourgeoise (LuxCo), fabricant de plein exercice, est convertie en un façonnier qui est essentiellement un prestataire de services. En conséquence, le profil fonctionnel et de risque de la société luxembourgeoise sera considérablement réduit suite au transfert des risques, fonctions et/ou actifs vers la société mère étrangère (ForeignCo). Par conséquent, dans des conditions de pleine concurrence, on peut s'attendre à une baisse significative de la rentabilité. Il est supposé que dans les trois ans qui suivent l'opération, le BAII sera réduit de 60% par rapport à la situation avant restructuration.



En l'espèce, le changement de modèle d'affaires de LuxCo est une réorganisation d'entreprise au sens du chapitre IX des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert qui répond au critère de la diminution de 50% du BAII. Ainsi, la restructuration de l'entreprise devra faire l'objet d'une déclaration dans le cadre du RCO.

Cas pratique n° 2 : Liquidation d'une société luxembourgeoise dans le cadre d'un fonds d'investissement

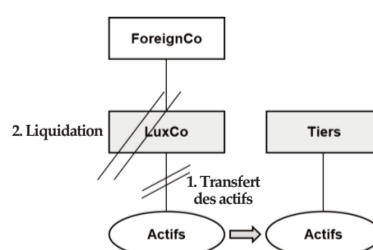
Un fonds d'investissement alternatif réservé luxembourgeois (RAIF) investit dans des actifs immobiliers paneuropéens. Les investissements du RAIF sont réalisés par l'intermédiaire d'une société luxembourgeoise (LuxMasterCo) qui opère en tant que plateforme d'investissement du fonds et par l'intermédiaire de sociétés immobilières luxembourgeoises. Suite à la vente d'un bien immobilier étranger par une des sociétés immobilières luxembourgeoises (LuxCo), LuxMasterCo liquide LuxCo. Étant donné que la liquidation de LuxCo n'a pas de dimension transfrontière, elle ne peut pas constituer un dispositif transfrontière (potentiellement déclarable) au sens du RCO.



Cas pratique n° 3 : Liquidation de sociétés luxembourgeoises sans actifs ni activités significatifs

Cas 3(a) : Transfert à un tiers

Une société luxembourgeoise (LuxCo) a vendu tous ses actifs à un tiers et a rapatrié les liquidités à son actionnaire, une société étrangère (ForeignCo). Étant donné que LuxCo n'a pas d'autre utilité, ForeignCo décide de liquider LuxCo.

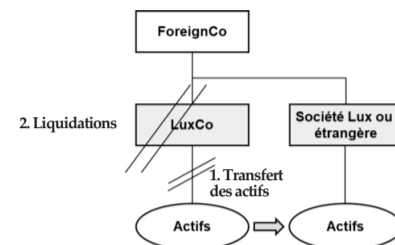


La liquidation de LuxCo par ForeignCo est en principe un dispositif transfrontière au sens du RCO. Cependant, avant la liquidation, LuxCo ne détient plus d'actifs et ne remplit plus aucune fonction significative. Par conséquent, on peut conclure que le BAII de LuxCo pendant les trois années suivant la liquidation serait insignifiant et que la condition relative à la «diminution de 50% du BAII» ne serait donc pas remplie.

Cas 3(b) : Transfert à une société liée

En tant qu'alternative à l'exemple précédent, supposons maintenant que LuxCo vende avant sa liquida-

tion ses actifs à une partie liée, qu'il s'agisse d'une société luxembourgeoise ou d'une société étrangère. Bien que la liquidation puisse être qualifiée de dispositif transfrontière, on ne devrait pas s'attendre à ce que LuxCo réalise un BAII important dans les trois années à venir, vue l'absence d'actifs ou d'activités commerciales importants. Sur cette base, le marqueur E3 ne devrait pas être rempli.

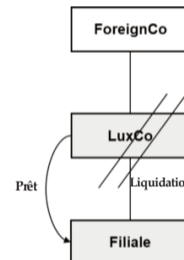


Le fait que les actifs soient vendus à une partie liée ne devrait pas remettre en cause cette conclusion, à moins que le transfert des actifs et la liquidation ne fassent partie d'une réorganisation d'entreprise au sens du chapitre IX des Principes relatifs aux prix de transfert.

Cas pratique n° 4 : Liquidation d'une société holding luxembourgeoise

Une société luxembourgeoise (LuxCo) qui détient une participation de 100% dans une filiale étrangère (Filiale) et un prêt d'actionnaire qui a été accordé à cette même filiale sera liquidée à des fins de réduction des coûts. Le BAII avant la liquidation s'élève à environ 1 million d'euros par an. La liquidation de LuxCo par ForeignCo devrait constituer un dispositif transfrontière au sens du RCO.

Néanmoins, le simple transfert d'actifs par une société qui gère des actifs tels que des participations ou des prêts ou la liquidation d'une société qui détient des actifs ne devrait pas, en soi, être considéré comme une réorganisation d'entreprise au sens du chapitre IX des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert. Par conséquent, la liquidation de LuxCo ne devrait pas entrer dans le champ d'application du marqueur E3.



De la même manière, la migration de LuxCo à l'étranger ou l'absorption de LuxCo par une société étrangère (qui sont toutes les deux traitées comme une liquidation du point de vue fiscal luxembourgeois) ne devrait pas entrer dans le champ d'application du marqueur E3, sauf s'il peut être établi que la migration (ou l'absorption) fait partie d'une restructuration d'entreprises au sens du chapitre IX des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert.

Conclusion

Le marqueur E3 est un marqueur de prix de transfert qui s'applique en cas de restructuration d'entreprises entraînant une diminution de plus de 50% du BAII de l'entreprise au cours des trois années suivant la réorganisation. La FAQ de l'ACD prévoit que les liquidations et les fusions transfrontières peuvent en principe entrer dans le champ d'application du marqueur E3. Toutefois, étant donné que le marqueur E3 est un marqueur de prix de transfert, les orientations fournies au chapitre IX (Réorganisations d'entreprises) des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert doivent être prises en compte pour déterminer comment interpréter la notion de restructuration d'entreprises et quelles sont les restructurations qui entrent dans le champ d'application du marqueur E3.

En fin de compte, l'application potentielle du marqueur E3 en cas de liquidation peut souvent être exclue sur la base du fait que la liquidation n'a pas de dimension transfrontière (lorsque l'actionnaire est résident fiscal au Luxembourg) ou que la condition relative à la diminution de 50% du BAII n'est pas remplie (lorsque la société n'a pas d'actifs matériels ou d'activités commerciales au moment de la liquidation).

* Oliver R. Hoor, Tax Partner, Head of Transfer Pricing and the German, ATOZ Tax Advisers (Taxand Luxembourg). Pour contacter l'auteur : oliver.hoor@atoz.lu

L'auteur souhaite remercier Marie Bentley (Knowledge Director) pour son aide.

1) Tel qu'introduit par la Directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration (DAC6).

2) <https://impotsdirects.public.lu/dam-assets/fr/changes-electroniques/dacs/faq-dac6.pdf>.
3) Bien que l'optimisation du taux effectif d'imposition globale de l'entreprise multinationale ne soit généralement pas l'objectif principal d'une restructuration transfrontière, elle n'en est pas moins importante. À cet égard, on peut observer que les multinationales ont tendance à déplacer leurs activités commerciales de juridictions à forte imposition vers des juridictions à faible imposition (par exemple, par la mise en œuvre de ce que l'on appelle des «structures principales»).

4) Cf. Oliver R. Hoor, «Transfer Pricing in Luxembourg», Legitech 2021, p. 274.