

Effacité Juridique et Fiscale pour un Programme d'Acquisitions aux Etats-Unis

© 2008-2010 BIERCE & KENERSON, P.C.

Indexe

ARTICLE I - QUESTIONS PRESENTEES	2
ARTICLE II - CONCLUSIONS.....	2
2.1 ACTIONS RECOMMANDÉES	2
2.2 ACTIONS EVENTUELLES.....	3
ARTICLE III - LA RESPONSABILITÉ CIVILE (MANQUEMENTS DE LA FILIALE)	3
3.1 POURQUOI LES TRIBUNAUX AMÉRICAINS PERCENT L'ÉCRAN JURIDIQUE DE L'ENTITÉ DE LA FILIALE	3
3.2 STRATEGIES JURIDIQUES.....	3
ARTICLE IV - LA RESPONSABILITÉ CIVILE (MANQUEMENTS ETRANGERS AYANT INCIDENCES AUX USA)	3
ARTICLE V - PRINCIPES GENERAUX DE PLANNING INTERNATIONAL.....	4
5.1 LA RESPONSABILITÉ CIVILE	4
5.1.1 <i>Le Contrôle Commun</i>	4
5.1.2 <i>Les Actes Etrangers</i>	5
5.2 LE PLANNING FISCAL.....	5
5.2.1 <i>La Restructuration par le Fisc</i>	5
5.2.2 <i>Les Principes Internes du Code Fiscal Américain</i>	5
5.2.3 <i>Les Principes des Conventions Fiscales Internationales des Etats-Unis</i>	6
5.2.4 <i>Les Principes du Droit Fiscal Français</i>	6
5.3 LE PLANNING POUR LA MOBILITÉ DU MAIN-D'OEUVRE	6
5.3.1 <i>Le Planning des Visas de Travail</i>	6
5.3.2 <i>Les Conséquences d'un Main-d'oeuvre Mobile</i>	6
5.4 LES ASSURANCES.....	6

ARTICLE I - QUESTIONS PRESENTÉES

Cet aide-mémoire s'adresse à comment soutenir un programme d'acquisitions de sociétés américaines en matière de services. Deux aspects d'efficacité juridique et fiscale se présentent:

1. Comment limiter la responsabilité juridique américaine, et écarter la compétence des tribunaux américains, de la société mère non-américaine? Cette question a deux volets:
 - a. la responsabilité indirecte pour les fautes commises par les filiales américaines;
 - b. la responsabilité directe pour les fautes commises par la société mère non-américaine hors des Etats-Unis ayant un impact juridique sur le territoire américain.
2. Comment structurer une société de holding aux Etats-Unis pour l'efficacité fiscale en même temps?

Ci-joint je vous envoie un projet d'organigramme prévoyant une solution et les règles de base. Cet aide-mémoire ajoute des clarifications et subtilités à l'organigramme.

ARTICLE II - CONCLUSIONS

2.1 *Actions Recommandées*

Nous recommandons normalement les actions suivantes:

- établir immédiatement une société américaine de holding (disons "Franco Holdings USA, Inc.") au Delaware, et transférer les actions de la Franco Technologies, Inc. à cette société.
- examiner et restructurer la structure de la gouvernance de la Franco Technologies, Inc. ("FT Inc."), afin de scinder (dans la mesure du possible) les gérants des sociétés françaises de la société américaine, y compris
 - la désignation de membre(s) du conseil d'administration américaine autres que les membres du conseil d'administration de la FRANCO MAISON MERE, S.A.
 - réunions trimestrielles du conseil d'administration de la FT Inc aussi bien que toute autre filiale directe ou indirecte; et
 - la documentation de toute lien entre les sociétés affiliées sur le plan interne (décisions du conseil d'administration de la société holding et de la GST SA, notamment).
- structurer les liens éventuels (aide administratif, licence de marque ou de la propriété intellectuelle, le cas échéant) entre Franco Maison Mere SA et FT, Inc. comme si les sociétés étaient indépendantes commercialement et financièrement.
- pour préserver la possibilité de vendre Franco Holdings USA, Inc., indépendamment d'une vente d'Aura ou FRANCO MAISON MERE, S.A., établir immédiatement une société non-américaine (disons, "Franco International Holdings, Ltd.) pour détenir les actions de la société américaine de holding, permettant ainsi de
 - vendre la holding étrangère sans payer d'impôt américain sur la plus-value; et

- minimiser la plus-value française sur la vente (à moins que le fisc français n'estime pas la ST Inc. comme toujours détenue par un imposable français), en faisant une "vente" maintenant, lorsque la valeur est minime puisqu'il n'y a pas de revenue..

2.2 Actions Eventuelles

Nous recommandons la considération des actions suivantes:

- si le cible est détenu par plusieurs actionnaires, dont il y a beaucoup d'actionnaires minoritaires, on peut prévoir la création d'une filiale destinée à acquérir le cible et puis fusionner selon une formule qui paie les actionnaires minoritaires au lieu de continuer leur actionnariat, tout en laissant les actionnaires majoritaire conserver une part minoritaire, le cas échéant.
- pour tout achat d'entreprise américaine, il faut passer les fonds d'une société à l'autre par voie de prêt ou contribution au capital, et ensuite par paiement aux vendeurs, et non pas comme virement directe de la société "mère" (Franco Maison Mere S.A.) aux vendeurs.

ARTICLE III - LA RESPONSABILITE CIVILE (MANQUEMENTS DE LA FILIALE)

3.1 Pourquoi les tribunaux américains percent l'écran juridique de l'entité de la filiale

En général, les tribunaux américains percent l'écran juridique d'une filiale (ou d'une société affiliée) pour une de plusieurs raisons, dont les éléments constitutifs sont similaires:

- le droit de l'agent: la filiale est réputée l'agent de la société mère.
- le principe "alter ego": la filiale est réputée l'alter ego de la société mère.
- le partenariat: la filiale est réputée le partenaire de la société mère dans une association conjointe.
- la fraude: la filiale est réputée l'outil d'une fraude commise par la société mère.
- l'insuffisance des formalités juridiques (soit de la gouvernance interne de la filiale, soit une confusion des fonctions commerciales de la société mère avec celles de la filiale): la filiale n'existe pas puisque les formalités ont été mégardees.

Voir l'article ci-joint (en annexe), "Jurisdiction of New York Courts over Global Professional Services Firms: Foreign Accounting Firms in a Network," *Outsourcing Law & Business Journal*TM, publié le 26 mai 2004. Cet article explique les éléments de ces principes.

3.2 Strategies Juridiques

Ces principes sont assez faciles à respecter. Il faut donc respecter les normes de la capitalization, de la gouvernance (reglement interne) et des liens juridiques (tels que les services administratifs fournis par la société mère).

ARTICLE IV - LA RESPONSABILITE CIVILE (MANQUEMENTS ETRANGERS AYANT INCIDENCES AUX USA)

Ces mêmes principes s'appliquent en cas des manquements de la société mère (ou société affiliée) ayant des repercussions juridiques sur le territoire américain.

En plus, selon les statuts "long arm" (au bras long), les tribunaux américains sont compétents à statuer sur les "torts" (un mot anglais visant, sous le droit civil, les concepts de délit et de la responsabilité civile) des acteurs étrangers tels que les dirigeants de sociétés mères étrangères, quand leurs actes créent des dommages-intérêts aux Etats-Unis.

ARTICLE V - PRINCIPES GENERAUX DE PLANNING INTERNATIONAL

5.1 La Responsabilité Civile

5.1.1 Le Contrôle Commun

1. Le contrôle des actions n'est pas forcément le contrôle des activités. La question de contrôle conjointe ou de gestion conjointe est toujours une question recevable par un tribunal américain.

2. L'indépendance d'administration se trouve en évitant les chevauchements de membres du conseil d'administration de sociétés mères. Non seulement le conseil d'administration, mais également les postes de "officers" (President, Vice President, Secretary, Treasurer) et les effectifs de personnel devraient être tenus par des individus différentes.

- Pour cette raison, nommer les mêmes personnes pour gérer une société mère et une filiale est une formule pleine de risques.
- On peut réduire ce risque en scindant les fonctions des personnes qui sont en contrôle des deux sociétés. Toutefois, à ce stade-ci, une telle scission de contrôle ne paraît pas possible sur le plan pratique.
- On pourrait seconder M. Savary à la filiale américaine, en suspendant son contrat d'emploi avec Groupe Franco Technologies, S.A., de sorte qu'il n'a pas deux maîtres à la fois.
- On pourrait également établir un conseil d'administration de une ou deux personnes pour chaque société de façon qu'il n'y a pas de contrôle par des chevauchements d'administrateurs.

3. Chaque entité doit être indépendante sur le plan financier. Une dépendance par les prêts est indicative d'un contrôle économique. La capitalisation du groupe américain doit être adéquate pour les activités aux Etats-Unis.

4. Pour des raisons fiscales, on peut réduire des bénéfices imposables aux Etats-Unis en payant des services administratifs de la Franco Maison Mere S.A. Or, l'administration étrangère augmente le risque de trouver un contrôle actuel et donc de percer l'écran juridique.

5. Par contre, une licence de la propriété intellectuelle de la FRANCO MAISON MERE, S.A. (ou des sociétés affiliées telles qu'AURA et REPLIK) ne constitue pas un contrôle en général.

6. La collaboration sous le même sigle, selon des standards indépendants ou codifiés, n'entraîne pas de "contrôle" si chaque société adhérente possède une structure indépendante, une direction indépendante et un personnel indépendant. Ceci, même si chaque société surveille et revise le respect par les autres des normes communes, et même si on partage des procédures communes de formation professionnelle. *Nuevo Mondo Holdings c. PricewaterhouseCoopers, LLP, _ F3d_ (NYLJ, Jan. 30, 2004) (ed Cir. 2004).*

5.1.2 Les Actes Etrangers

On ne peut pas pratiquement écarter la possibilité d'une réclamation contre la société mère lorsqu'il y a une indépendance limitée de la filiale. Il faut revenir aux principes de l'indépendance.

Par ailleurs, si la société mère envoie des employés aux Etats-Unis, et ils commettent des "torts" aux Etats-Unis, la société mère reste responsable directement.

5.2 Le Planning Fiscal

5.2.1 La Restructuration par le Fisc

Tout paiement d'une société américaine à une société affiliée étrangère est susceptible d'être restructuré comme dividende si les termes ne sont pas commercialement indépendants. Ce principe se trouve dans les codes fiscaux de la France et des Etats-Unis (l'article 482 de l'Internal Revenue Code de 1986, as amended) et l'article 9 de la Convention Fiscale entre les Etats-Unis et la France du 9 sept. 1994. On peut suivre une procédure fiscale, un peu coûteuse, pour le pré-agrement du fisc américain.

5.2.2 Les Principes Internes du Code Fiscal Américain

1. Au sein des Etats-Unis, on peut consolider fiscalement tous les comptes de toutes les sociétés sous un contrôle direct d'au moins 80% par actions et droit de vote. Donc, Franco Holdings USA, Inc. et Franco Technologies, Inc. peuvent déposer une déclaration fiscale commune sans encourir des impôts supplémentaires. En plus, on pourrait monter encore une société intermédiaire (ou plusieurs) entre la société opérationnelle (Franco Technologies, Inc.) et sa société mère américaine. Aucune consolidation ne se fait sur le plan international. Voir Internal Revenue Code of 1986, as amended, Sections 1561 et suivantes.
2. Au minimum, chaque société doit respecter les exigences de forme (élections d'administrateurs, libération d'actions, gestion de documents de la société et le respect d'autres formalités juridiques).
3. Le capital social de chaque société doit être adéquat aux besoins normaux. Une société ne peut pas dépanner une autre et rester hors de revendications des créanciers de celle-ci. Il convient de ne pas avoir des garanties (tel que pour le loyer), et de remplacer les garanties par des lettres de crédit de la société dont les obligations sont autrement garanties par une société affiliée.
4. Le holding ne doit pas occuper les mêmes locaux que les sociétés opérationnelles. De même: le même numéro de téléphone et l'URL Internet.
5. Les dirigeants des sociétés opérationnelles doivent être habilités à, et laissés, diriger sans entrave ou direction d'une société affiliée.
6. Toute relation économique entre sociétés affiliées doit être sur des termes "at arm's length" (commercialement indépendants).
7. Aucune société ne peut se servir des droits ou biens d'une autre, sauf selon des contrats commerciaux à termes d'indépendance.
8. Les entreprises affiliées ne peuvent pas être des partenaires commerciaux.

9. Deux sociétés américaines peuvent fusionner sans impôt. Voir l'art. 368 de l'Internal Revenue Code, as amended. Toutefois, si on a la consolidation fiscale, ou peut continuer l'existence de plusieurs sociétés affiliées et même limiter la responsabilité civile si on respecte les autres conditions discutées dans cet aide-memoire.

5.2.3 Les Principes des Conventions Fiscales Internationales des Etats-Unis

1. L'interposition d'une société étrangère (non-française et non-américaine) pourrait éliminer l'impôt américain sur la plus-value lors de la vente éventuelle d'une société américaine. Par contre, la vente par une société américaine d'une autre société américaine est imposable aux Etats-Unis aux taux sur les plus-values.

2. Les conventions fiscales américaines contiennent des dispositions pour exclure des résidents de tiers pays des avantages de la convention. Voir, par exemple, l'art. 26 de la convention avec les Pays-Bas (<http://www.irs.gov/pub/irs-trty/nether.pdf>) ou l'arts. 15 et 24 de la convention avec le Luxembourg (<http://www.irs.gov/pub/irs-utl/luxemnewweb.pdf>).

3. Toutefois, il ne faut pas avoir une convention fiscale pour pouvoir bénéficier de l'exclusion de l'impôt sur le plus-value lors de la vente des actions d'une société américaine.

5.2.4 Les Principes du Droit Fiscal Français

1. Pour éliminer ou minimiser le plus-value en France sur la vente ou distribution de la Franco Technologies, Inc., à un acheteur étranger, il convient de céder ou vendre les actions de la Franco Technologies, Inc. dès que possible.

2. La création d'un trust pour protéger les biens du propriétaire ultime dépend du droit interne (ou conventionnel) de la France en matière de Trusts.

5.3 Le Planning pour la Mobilité du Main-d'oeuvre

5.3.1 Le Planning des Visas de Travail

Les visas américains E-2 (investisseur) et L-1 (intra-company transfers) resteront disponibles en cas de restructuration, moyennant que le même résident français reste propriétaire ultime.

5.3.2 Les Conséquences d'un Main-d'oeuvre Mobile

On court des risques si le main-d'oeuvre (soit les gérants, soit les employés de plus bas niveau) était mobile, travaillant parfois pour une société, ensuite pour une autre. Un main d'oeuvre mobile est contraire aux principes d'indépendance d'entités. La mobilité doit rester limitée.

5.4 Les Assurances

Les tribunaux américains ont développé le principe du droit commun que le malfaiteur est le mieux placé à apprécier les risques et d'en acheter une assurance. Donc, il faut apprécier les risques selon la possibilité d'acheter des assurances pour la responsabilité.

Cet aide-mémoire n'est pas un conseil juridique. Consultez un avocat.

W:\Website-biercekenerson.com\2008\2008-01-20-Strategies Acquisitions USA-utilisateur de holdings.doc