

Stricto Sensus

Mai
2011
N°51

SOCIÉTÉ D'AVOCATS
Taj

La lettre de la Société d'Avocats Taj

SOMMAIRE

FOCUS

Vers une assiette commune consolidée des sociétés dans l'Union européenne

L'après crise va-t-il conduire à une accélération du rapprochement des fiscalités sous l'effet de la coordination des politiques économiques en Europe ? Ce pourrait bien être l'une des raisons qui ont poussé la Commission européenne à présenter au plus vite une proposition d'harmonisation de l'assiette d'impôt sur les sociétés. Après un long cheminement, la proposition est maintenant sur la table du législateur, elle pourrait intéresser bien des groupes de sociétés par les possibilités de consolidation qu'elle offre....

Par Michel Aujean

La fiducie : un bel outil mais des utilisations encore très limitées

Après une très longue gestation, la fiducie a enfin été introduite en France en 2007. Ce nouvel instrument juridique nous paraissait présenter d'indéniables avantages que nous pensions pouvoir utiliser pour le financement des entreprises. En pratique, quatre ans plus tard, on constate que la fiducie ne présente pas les garanties de fonctionnement requises pour une telle utilisation à défaut de certaines mesures d'accompagnement, notamment en matière fiscale.

Par Michelle Muller-Gaillot et Patrick Fumenier

NEWS Internationalpage 5

NEWS Francepage 7

CONFÉRENCES

TVA : les risques d'aujourd'hui et les enjeux de demain

Mardi 7 juin 2011

Prix de transfert 2011 – 12^{ème} édition

Le jour d'après

Mardi 21 juin 2011

Taj et le Cercle des économistes se sont pour la seconde fois associés pour une publication exceptionnelle sur les grands enjeux de la fiscalité intitulée : « Fiscalité et Croissance » sous la direction de Michel Aujean et Jean-Hervé Lorenzi.

Renseignements et inscriptions
Juliette Arnaud : 01 40 88 25 32

Contacts

Stricto Sensus est édité par Taj, Société d'Avocats inscrite au Barreau des Hauts-de-Seine

SELAFA au capital de 1 463 500 € - 955 513 528 RCS Nanterre

181, avenue Charles de Gaulle - 92524 Neuilly-sur-Seine cedex - Tél : 01 40 88 22 50 - Fax : 01 40 88 22 17

Directeur de la publication : Gianmarco Monsellato - Responsable de la rédaction : Patrick Fumenier

Secrétaire de rédaction : Juliette Arnaud - Maquette : Wellcom - Impression : Imprimerie du Marais

Parution et dépôt légal : mai 2004 - Diffusion gratuite. ISSN 1639 - 8327

Cette publication est éditée par le Cabinet d'Avocats Taj. Elle a pour objectif d'informer ses lecteurs de manière générale. Elle ne peut en aucun cas se substituer à un conseil délivré par un professionnel en fonction d'une situation donnée. Un soin particulier est apporté à la rédaction de cette publication, néanmoins Taj décline toute responsabilité relative aux éventuelles erreurs et omissions qu'elle pourrait contenir. Reproduction même partielle strictement interdite.

Neuilly	01 40 88 22 50
Lyon	04 72 43 37 85
Marseille	04 91 59 84 75
Bordeaux	05 57 19 51 00
Tours	02 47 60 88 40
Lille	03 20 14 94 20

Member of
Deloitte Touche Tohmatsu Limited

FOCUS

Vers une assiette commune consolidée des sociétés dans l'Union européenne

Après un long silence sur le sujet, motivé tant par les renouvellements du Parlement européen puis de la Commission européenne que par la situation économique et financière, le temps de la priorité au marché unique est revenu. Michel Barnier a présenté en octobre dernier son « Acte pour le marché unique » destiné à revigorer ce moteur de l'intégration économique et sociale en Europe (Communication de la Commission du 27 octobre 2010 : Vers un acte pour le marché unique - Pour une économie sociale de marché hautement compétitive : 50 propositions pour mieux travailler, entreprendre et échanger ensemble).

Cette ambition nouvelle au service « d'une économie sociale de marché hautement compétitive » avance des propositions dans 50 domaines jugés prioritaires pour leur pertinence au regard du marché unique. Parmi ceux-ci figurent trois domaines où des initiatives fiscales sont avancées :

Proposition n° 8 : La Commission adoptera en 2011 une proposition visant à réviser la directive sur la fiscalité de l'énergie, afin de mieux refléter les objectifs climatiques et énergétiques de l'UE dans le contexte fiscal en basant les taux minimaux de l'accise sur les émissions de dioxyde de carbone et sur le contenu énergétique (adoptée par la Commission le 13 avril 2011).

Proposition n° 19 : La Commission prendra des initiatives pour améliorer la coordination des politiques fiscales nationales, notamment par une proposition de directive visant à établir une assiette commune consolidée de l'impôt sur les sociétés (ACCIS) en 2011 (adoptée par la Commission le 16 mars 2011).

Proposition n° 20 : La Commission publiera une nouvelle stratégie sur la TVA en 2011, sur la base d'un livre vert opérant un réexamen en profondeur du système de TVA, prévu pour 2010 (présenté le 1^{er} décembre 2010).

Parmi ces initiatives, la plus ambitieuse est sans aucun doute celle relative à l'établissement d'une assiette commune consolidée de l'impôt sur les sociétés (ACCIS). Le travail de fond accompli depuis 2004 dans le groupe de travail ACCIS s'est traduit en une proposition de directive, laquelle est maintenant soumise à l'examen des Etats membres dans la perspective d'une décision à l'unanimité. C'est dire que pour importante qu'elle soit, cette annonce est encore loin d'être décisive.

Les grands fondamentaux du régime

L'architecture de l'ACCIS telle qu'elle résulte maintenant de la proposition s'articule selon la séquence suivante :

- détermination de l'assiette imposable ;
- consolidation ;
- répartition de l'assiette selon une formule ;
- application du taux national d'imposition ;
- administration par un guichet unique.

En voici les grands traits :

- le champ d'application : la proposition concerne les sociétés constituées conformément à la législation d'un Etat membre

qui revêtent une des formes énumérées dans une liste annexe et qui sont assujetties à l'un des impôts sur les sociétés énumérés dans une seconde annexe ou à un impôt similaire introduit ultérieurement ; ainsi que les sociétés de pays tiers dans des situations similaires. Le régime est optionnel (l'option est d'application pour 5 ans puis renouvelable par tranche de trois ans sauf dénonciation) : une société relevant du champ d'application de la directive et qui est résidente fiscale dans un Etat membre peut opter pour l'application de ce régime ; une société de pays tiers (non résidente fiscale d'un Etat membre) peut opter au regard d'un établissement stable dont elle dispose dans un Etat membre ;

- la définition et le calcul de l'assiette imposable : définition d'un corps de règles (produits imposables, produits exonérés, charges déductibles, charges non déductibles) permettant de déterminer un résultat fiscal unique pour l'ensemble des activités exercées sur le territoire de l'UE par les entités d'un même groupe. Un système général d'amortissement linéaire pour toutes les immobilisations autres que bâtiments et long terme sous forme d'un panier amortissable à 25 % par an. Les provisions résultant d'obligations légales (notamment pour charges de retraite) sont déductibles. Certaines taxes ne sont pas déductibles de l'assiette commune mais peuvent sur option de l'Etat membre concerné être déduites de la quote-part du résultat des membres du groupe qui résident dans cet Etat membre ;
- la consolidation : les résultats de toutes les entités du périmètre (principe dit du « all-in ou all-out » ou universalité du périmètre) sont agrégés pour déterminer le résultat d'ensemble, les critères de cette consolidation sont la détention de plus de 50 % des droits de vote et de 75 % du capital (ou du droit au revenu). Les transactions intragroupes sont éliminées afin d'éliminer toute référence aux prix de transfert entre sociétés membres du groupe ACCIS (ceux-ci restent bien entendu d'application pour les relations avec des sociétés en dehors du groupe) ;
- parmi les produits exonérés figurent : les distributions de bénéfices reçues, le produit de la cession de parts et les revenus d'un établissement stable dans un pays tiers, sous réserve des dispositifs anti-abus (neutralité à l'importation de capitaux). Par contre les coûts liés à l'acquisition ou à la cession de titres ne sont pas déductibles. Les intérêts, redevances et autres revenus imposés à la source reçus par les membres du groupe sont imposables mais un crédit d'impôt est accordé pour l'impôt payé à la source, celui-ci est réparti entre les Etats membres selon la formule de répartition ;
- plusieurs dispositifs anti-abus sont prévus :
 - une disposition générale qui vise les transactions artificielles réalisées dans le seul but d'échapper à l'impôt ;
 - deux dispositions spécifiques qui visent, d'une part, la déduction de charges financières versées à des entreprises associées de pays tiers (contrôle > 20 %) lorsque ceux-ci ne sont pas coopératifs et, d'autre part, les sociétés étrangères contrôlées lorsqu'elles sont faiblement imposées ;
 - par ailleurs, un dispositif anti-abus fondé sur une clause de « switch over » fait passer le traitement des dividendes reçus de l'exonération à l'imposition si le taux d'imposition des revenus étrangers de participations est inférieur à 40 % du taux moyen d'imposition dans l'UE (+/- 9,5 %) ;

- la répartition de l'assiette commune est faite entre les entreprises membres du groupe ACCIS selon une clé de répartition fondée sur trois facteurs pondérés chacun pour un tiers : le travail (moyenne entre salaires versés et nombre d'employés), le capital (immobilisations corporelles) et ventes (à destination, c'est-à-dire attribuées au membre du groupe situé dans l'Etat membre d'arrivée du transport du bien à destination de l'acheteur ou dans lequel la prestation de services est matériellement exécutée) afin de répartir l'assiette entre les entreprises de chaque Etat membre appartenant au groupe ACCIS. Ainsi chaque entité du groupe dispose d'une quote-part d'assiette imposable sur laquelle elle pourra, le cas échéant, imputer des crédits d'impôt ou les impôts nationaux déductibles etc. ;
- l'application du taux national d'imposition à cette quote-part : chaque Etat membre conserve ainsi la liberté de fixer son propre taux d'imposition ;
- un guichet administratif unique (autorité fiscale principale) auprès duquel la société tête de groupe (contribuable principale) notifie l'option au nom du groupe et dépose la déclaration fiscale consolidée du groupe, et qui assure le fonctionnement administratif du système en s'appuyant sur les instruments de coopération administrative et d'échange d'informations disponibles.

Une transposition en droit national d'ici 2016 ?

La proposition se trouve maintenant sur la table du Conseil des ministres pour décision et sur celle du Parlement européen (lequel a maintes fois affirmé son soutien à une telle approche) pour simple consultation. Le Conseil devra approuver cette proposition à l'unanimité pour qu'elle puisse entrer en vigueur.

Si la proposition ne recueille pas l'unanimité et à condition d'en recevoir la demande d'au moins 9 Etats membres, la Commission peut proposer au Conseil de prendre une décision autorisant le recours à une coopération renforcée, après approbation du Parlement européen. Tous les membres du Conseil peuvent participer aux délibérations, mais seuls les membres du Conseil représentant les Etats membres participant à une telle coopération renforcée prennent part au vote et, dans ce cas, l'unanimité est constituée par les voix des seuls représentants des Etats membres participants. Le Commissaire en charge de la fiscalité, Algirdas Šemeta semble accepter l'idée d'une telle approche afin d'aller au plus vite vers la mise en œuvre de l'ACCIS que la Commission souhaiterait voir transposée en droit national pour 2016.

A ce stade, nul ne peut dire quels seront les Etats membres qui souhaiteront s'engager dans la voie d'une assiette commune consolidée d'imposition des sociétés. Toutefois, le sujet vient de trouver des échos nouveaux tout d'abord dans la discussion d'un « Pacte pour l'Euro plus » à l'initiative de la France et de l'Allemagne et dans lequel la question de la fiscalité des sociétés devient une variable importante, puis dans la discussion ouverte par la demande du Président de la République d'analyser les différences d'assiette des systèmes d'imposition des deux pays et leur impact sur la compétitivité, en s'appuyant sur les travaux menés dans le cadre du projet d'ACCIS. Les perspectives ainsi ouvertes pourraient bien conduire à une solution en Europe qui, tout en renforçant l'intégra-

tion dans une économie sociale de marché, assure le regain de la compétitivité internationale de nos entreprises. ■

Michel Aujean
maujean@taj.fr

¹ **Ndlr** : Michel Aujean a publié dans les Cahiers du Cercle des économistes « *Stratégies fiscales des États et des entreprises : souveraineté et concurrence* », en Mars 2009, un article très détaillé sur « *Le projet d'Assiette Commune Consolidée d'Imposition des Sociétés et l'avenir de la fiscalité des sociétés en Europe* »

La fiducie : un bel outil mais des utilisations encore très limitées

Après une très longue gestation, la fiducie a enfin été introduite en France par une loi du 19 février 2007 puis rapidement aménagée et améliorée par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté et enfin, l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009.

Ce nouvel instrument juridique nous paraissait présenter d'indéniables avantages que nous pensions pouvoir utiliser pour le financement des entreprises, mais en pratique, le manque de mesures d'accompagnement en réduit considérablement l'attrait.

1- Des caractéristiques prometteuses

La fiducie est l'opération par laquelle une personne - le constituant - transfère la propriété de biens ou de droits lui appartenant à une autre personne - le fiduciaire - lequel aura pour mission de les conserver et de les gérer dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires (Code civil, art. 2011).

Les biens objet de la fiducie sont placés dans un patrimoine d'affectation, distinct du patrimoine du fiduciaire et de celui du constituant.

C'est sans nul doute la caractéristique la plus marquante de la fiducie. Ce patrimoine d'affectation - appelé « patrimoine fiduciaire » - est distinct du patrimoine du constituant, puisque la propriété des biens objet de la fiducie a été transférée au fiduciaire. Dès lors, les biens placés en fiducie sont à l'abri des poursuites des créanciers du constituant.

Le patrimoine fiduciaire est également distinct du patrimoine propre du fiduciaire ce qui explique que l'ouverture d'une procédure collective au profit du fiduciaire est sans effet sur le patrimoine fiduciaire (Code civil, art. 2024).

Sur le plan fiscal, en matière d'impôt sur les bénéfices, la constitution et l'extinction d'une fiducie peuvent être placées sous un régime de neutralité fiscale analogue à celui prévu pour les fusions, scissions et apports partiels d'actifs, sous réserve que le contrat de fiducie désigne le constituant comme le ou l'un des bénéficiaires de la fiducie.

S'agissant des droits de mutation, la formalité de l'enregistrement obligatoire à peine de nullité ne donne prise qu'à un droit fixe de 125 € si la fiducie n'est constituée que de biens mobiliers et à une taxe de publicité foncière au taux global de 0,715 % (prélèvement pour frais d'assiette et de recouvrement inclus) si

elle comprend des actifs immobiliers.

Partant du constat qu'à la différence du régime spécial des fusions et opérations assimilées, le régime de neutralité fiscale de la fiducie s'applique de plein droit, même si les biens transférés ne constituent pas une branche complète d'activité, nous avons pensé que l'immobilier d'un groupe pourrait ainsi être sorti de ses différentes filiales pour être regroupé sous une structure dédiée qui aurait vocation à garantir l'obtention de prêts bancaires (Stricto sensu, Septembre 2009 N° 41).

Le groupe aurait ainsi pu prétendre à un financement d'un montant équivalent à la valeur vénale de ses actifs immobiliers sans déperdition fiscale importante par un mécanisme proche en définitive d'un lease-back mais sans l'inconvénient de la taxation immédiate des plus-values latentes.

Cette perspective était, par ailleurs, confortée par deux caractéristiques juridiques intéressantes pour le banquier bénéficiaire pressenti de la fiducie : d'une part, les mises à disposition des immeubles après leur transfert à la fiducie ne sont pas soumises aux régimes des baux commerciaux et, d'autre part, l'opération devrait échapper au droit de préemption urbain dès lors qu'il n'y a pas vente des immeubles mais seulement transfert de propriété dans un patrimoine d'affectation.

2- Mais un cruel manque de mesures d'accompagnement attrayantes

Au-delà des caractéristiques prometteuses attachées à ce nouvel instrument, la pratique, confrontée à l'absence de commentaires de la part de l'Administration, a révélé de sérieuses difficultés d'application et des incertitudes fiscales dissuasives.

En matière juridique, on commencera par souligner que les schémas dans lesquels les actifs d'une cible seraient mis en fiducie pour garantir le financement de l'acquisition de ses titres se heurtent à la réglementation réprimant l'assistance financière. Dès lors qu'il n'est pas prévu de mesure exonératoire des dispositions de l'article L. 225-216 du Code de commerce aux termes desquelles « Une société ne peut avancer des fonds, accorder des prêts ou consentir une sûreté en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions par un tiers », le recours à la fiducie ne présente pas un intérêt particulier et ne saurait offrir une quelconque protection contre le risque pénal et le risque de nullité encouru de ce fait.

Par ailleurs, sur le terrain de l'intérêt social de chaque entreprise, il peut également être difficile de justifier que les filiales d'un groupe « gagent » leurs actifs au travers d'une fiducie pour le financement d'une acquisition réalisée par leur société mère, même s'il ne s'agit pas de leurs propres titres. Le regroupement de l'immobilier d'un groupe au sein d'une seule et même fiducie ne pourrait en définitive permettre de garantir qu'un niveau de financement global du groupe avec des droits de tirage individualisés et proportionnels aux droits dans la fiducie détenus par chacune des filiales.

La gestion de la fiducie qui doit nécessairement être confiée à un tiers au groupe est susceptible d'alourdir le coût du financement. Il faut en outre ne pas perdre de vue que pour pouvoir continuer d'exploiter les actifs mis en fiducie, les sociétés constituantes

devront contracter un bail avec le fiduciaire. En pratique, la mise en fiducie d'actifs éparpillés dans le groupe aura pour contrepartie une inflation d'actes et l'apparition de coûts de gestion nouveaux.

Sur le plan de la communication financière, il est apparu très tôt que cet instrument n'emporterait pas l'enthousiasme en raison de son incapacité à déconsolider les actifs d'un groupe. En d'autres termes, dès lors que le groupe garde le contrôle des biens mis en fiducie par le biais de leur utilisation pendant la durée du financement, l'opération ne peut pas se traduire par une sortie de l'actif des comptes consolidés, que ces derniers soient établis selon les principes comptables français ou selon les normes IFRS.

Enfin, sur le plan fiscal, au-delà du coût de montage lié à la taxe de publicité foncière, soit 0,715 %, contre 0,05 % pour une inscription de privilège vendeur, on ne peut que déplorer le manque d'accompagnement dont souffre la fiducie une fois qu'elle a été constituée. En effet, si un régime de neutralité est prévu en matière d'impôt sur les plus-values à la constitution et à l'extinction de la fiducie, aucune mesure ne permet ensuite d'appliquer la plupart des dispositifs courants prévus pour limiter les coûts fiscaux.

Ainsi, on retiendra que les régimes de quasi-exonération des produits de participation et des plus-values de cession de titres de participation détenus depuis plus de deux ans, ou encore le régime de l'intégration fiscale, ne peuvent pas s'appliquer en toute sécurité lorsque la propriété des titres est transférée à une fiducie. A défaut de toute doctrine administrative publiée, le contribuable ne dispose quant à l'application de ces régimes d'aucune garantie alors que les enjeux attachés aux éventuels frottements fiscaux qui pourraient en résulter sont de nature à ruiner toute l'économie de l'opération.

Au surplus, si l'on ne peut que saluer la possibilité instaurée par la 2^{ème} LFR 2009 et récemment prorogée jusqu'au 31 décembre 2012 de répartir le montant de la plus-value constatée lors d'un lease-back sur la durée du contrat de crédit-bail, force est de reconnaître que cette mesure a corrélativement réduit l'intérêt fiscal de recourir à une fiducie pour obtenir un financement équivalent.

En définitive, la fiducie paraît pour l'instant plus appropriée pour préserver les droits de certains créanciers dans le cadre de procédures collectives que pour aider au financement de l'entreprise comme outil de gestion. ■

Patrick Fumenier
pfumenier@taj.fr

Michelle Muller-Gaillot
mmullergaillot@taj.fr

NEWS International

Europe

Allemagne

Intégration fiscale

Depuis le 28 mars 2011, les sociétés établies dans un Etat membre de l'Union Européenne ou de l'Espace Economique Européen mais dont le siège de direction effective se trouve en Allemagne peuvent être membres d'un groupe d'intégration fiscale allemand. Ainsi, il n'y aura plus lieu de réunir la double condition du lieu du siège social et du lieu du siège de direction effective.

Cet assouplissement pourrait également s'appliquer à une société américaine sur le fondement de l'article 24 § 4 (clause de non-discrimination) de la Convention fiscale conclue entre l'Allemagne et les Etats-Unis.

Cet assouplissement a été annoncé par le Ministre des finances allemand dans une lettre en date du 28 mars 2011 et fait suite à une procédure d'infraction engagée par la Commission Européenne à l'encontre de l'Allemagne.

Italie

Régime spécial permettant à une société étrangère d'être soumise à la loi fiscale d'un autre Etat membre

Une circulaire ministérielle en date du 15 février 2011 clarifie la possibilité récemment ouverte aux sociétés de l'Union européenne souhaitant s'implanter en Italie d'y être soumise à la législation fiscale d'un pays membre de l'Union Européenne autre que l'Italie.

Les détails de cette mesure seront apportés à l'occasion de la publication d'un prochain décret. Le Ministre des finances italien a d'ores et déjà précisé que le ruling serait accordé pour une durée de 3 ans, que le régime fiscal choisi pourrait être différent de celui de l'Etat de résidence de la société en cause, et que seul l'impôt sur les sociétés fédéral serait concerné.

Royaume-Uni

Principales mesures du budget 2011

Le budget 2011 britannique, annoncé le 23 mars 2011, contient un certain nombre de mesures ayant pour objectif de promouvoir une croissance durable et équilibrée ainsi que des mesures visant à attirer et retenir les investissements des groupes multinationaux au Royaume-Uni. Leur vote est attendu pour juillet prochain.

Abaissment du taux d'imposition sur les sociétés : Le taux d'impôt sur les sociétés applicable au Royaume-Uni serait fixé à

26 % à compter du 1^{er} avril 2011 (au lieu de 28 % jusqu'à présent) et à 25 % à compter du 1^{er} avril 2012. L'objectif est qu'à compter du 1^{er} avril 2014 le taux soit abaissé à 23 %. Cette baisse des taux serait financée par une augmentation à compter du 1^{er} janvier 2012 du taux de la taxe sur les banques instaurée en janvier 2011.

Imposition des succursales étrangères : Les sociétés du Royaume-Uni pourraient opter de manière irrévocable (« opt-out ») pour que les profits de leurs succursales étrangères soient exonérés d'impôt au Royaume-Uni.

Régime spécifique applicable aux profits générés par les brevets : Le Chancelier a confirmé sa volonté d'appliquer un taux réduit d'impôt sur les sociétés de 10% aux produits de brevets. Cette mesure devrait être contenue dans le budget britannique 2012.

Amérique

Etats-Unis

Loi américaine FATCA

Publications de nouvelles directives : Le 8 avril 2011, le trésor américain et l'Internal Revenue Service (IRS) ont publié conjointement un avis (Notice 2011-34), qui complète et parfois apporte des modifications à l'avis publié l'été dernier (Notice 2010-60), dans lequel on retrouvait les premières règles explicatives sur la loi américaine « Foreign Account Tax Compliance Act » (FATCA).

Les dispositions relatives à la FATCA, applicables à compter du 1^{er} janvier 2013, visent notamment à permettre aux autorités fiscales américaines d'obtenir auprès des institutions financières étrangères des informations sur les investissements réalisés par les résidents américains. Les sanctions en cas de non respect des dispositions sont dissuasives (30% de retenue à la source sur l'ensemble des revenus de source américaine ainsi que sur le produit des cessions des institutions financières étrangères ou de leurs clients).

Le nouvel avis (Notice 2011-34), fait mention des questions qui seront examinées par le gouvernement et sollicite les commentaires écrits du public d'ici le 7 juin 2011, soit jusqu'à une date qui ne précède que d'un peu plus de 18 mois la date générale d'application. Il rappelle que les entités étrangères concernées devraient se préparer à l'entrée en vigueur de ces mesures.

Dialogue entre l'Union Européenne et les Etats-Unis : Les objectifs de la FATCA étant semblables à ceux de la Directive Européenne sur la fiscalité de l'épargne, le président du Conseil « Affaires économiques et financières » M. Matolcsy, et le Commissaire européen à la fiscalité M. Semeta, ont adressé le 5 avril 2011 une lettre à l'administration fiscale américaine, visant à une mise en œuvre conjointe de leurs politiques d'échanges de renseignements, et ce, dans le but de limiter les coûts occasionnés par la FATCA sur les entreprises financières et commerciales de l'UE.

Asie

Chine

Transparence fiscale des fonds de capital-risque étrangers (« Foreign-Invested Venture Capital Investment Enterprises » - FIVCIEs)

L'administration fiscale chinoise vient de publier sur son site internet une note (SAT Notice 2) remettant en cause la transparence fiscale des fonds de capital-risque étrangers (« FIVCIE ») précédemment admise. Par conséquent, ces fonds seront considérés comme des entités taxables y compris dans l'hypothèse où ils ne sont pas constitués sous la forme d'une entité légale au sens juridique.

Inde

Actualités concernant la Convention fiscale conclue entre l'Inde et Maurice

Certificat de résidence : Les autorités fiscales indiennes ont rendu une décision de rescrit le 28 mars 2011 par laquelle elles considèrent qu'un certificat de résidence délivré par les autorités fiscales mauriciennes permet de bénéficier des dispositions de la Convention fiscale conclue entre l'Inde et Maurice.

Lobbying de l'Inde afin de modifier la Convention Maurice/Inde : Le Ministère des finances indien a demandé au Ministère des affaires étrangères de travailler directement avec le gouvernement mauricien afin de modifier certaines dispositions de la Convention fiscale conclue entre l'Inde et Maurice. Il souhaiterait notamment y voir incluse une clause permettant l'échange d'informations bancaires ainsi qu'une assistance au recouvrement des taxes et impôts.

News France

Fiscalité des entreprises

Crédit-bail mobilier et inégalité des loyers

Le juge confirme que pour apprécier la situation fiscale du crédit-preneur, comme pour celle du crédit-bailleur, l'inégalité des loyers prévue contractuellement est présumée correspondre à une inégalité dans la valeur de la prestation fournie. Le crédit-preneur est ainsi normalement en droit de déduire un premier loyer sensiblement supérieur aux autres dès lors que ce loyer exceptionnel est stipulé au contrat. Pour renverser cette présomption, l'Administration est tenue d'établir l'inadéquation de la répartition des loyers avec la valeur de la prestation rendue par le bailleur, laquelle est fonction de l'obligation qui pèse sur lui et de l'avantage économique retiré par le preneur (CE, 16 février 2011, n° 315625 Société TSVI).

Faculté de ne pas déduire fiscalement une provision comptabilisée

Pour la Cour administrative d'appel de Paris, la déduction fiscale d'une provision constatée en comptabilité constitue une simple faculté que l'entreprise peut décider de ne pas exercer. Par ailleurs, elle considère que si la provision n'a pas été déduite du résultat fiscal lors de sa constitution, sa reprise n'est pas imposable et doit être déduite extra-comptablement (CAA Paris, 18 novembre 2010, n° 09PA04821, Société Foncière du Rond-Point).

On attend avec intérêt la décision du Conseil d'État sur le pourvoi dont a fait l'objet cette décision.

Sponsor fees facturés dans le cadre d'un LBO

L'Administration conteste parfois la déductibilité de certains frais que les fonds d'investissements facturent à la société holding d'acquisition pour des études préliminaires à l'acquisition de la cible et/ou pour son assistance dans la mise en place du financement. Elle estime que ces frais, dits *sponsor fees* ne sont pas engagés dans l'intérêt de la société mais dans celui des investisseurs, notamment lorsqu'ils correspondent à des prestations réalisées avant la date de décision de l'investissement pour lequel la société a été constituée (date pivot).

Dans une affaire suivie par nos soins, le TA de Montreuil vient de juger que l'existence d'un intérêt significatif pour un tiers n'est pas suffisante, à elle seule, pour remettre en cause la déductibilité de principe du coût de prestations dont la réalité n'est pas contestée. Pour s'opposer à la déduction de ces charges, l'Administration doit établir qu'elles procèdent d'un acte anormal de gestion en apportant la preuve de leur absence d'intérêt pour la société holding (TA Montreuil, 3 février 2011, n° 0906114).

Absorption d'une société holding et transfert des déficits

En cas de fusion soumise au régime de faveur, les déficits de la société absorbée peuvent être transférés, sur agrément, à la société absorbante. L'agrément est de droit sous réserve de certaines conditions et notamment que l'activité à l'origine des déficits soit poursuivie pendant un délai minimum de trois ans. L'Administration retient une appréciation rigoureuse de cette condition et estime que celle-ci ne peut être satisfaite en cas d'absorption d'un holding pur, au motif que celui-ci n'exercerait, selon elle, aucune activité (Rép. de Richemont, Sén. 30 mars 2006, p. 923 n° 17801).

De manière semble-t-il inédite, le Tribunal administratif de Paris vient de confirmer cette solution pourtant critiquée par de nombreux auteurs. Il considère, en outre, que la qualité de holding mixte de la société absorbée, qui exerçait une activité de prestataire de services au profit de ses filiales, est sans incidence dès lors que les déficits dont le transfert était demandé ne provenaient pas de cette activité (TA Paris, 14 décembre 2010, n° 07-13039, SA Korian).

Traitement fiscal d'une fusion d'associations

La Cour administrative d'appel de Douai a récemment jugé que la fusion de deux associations, même si elles sont assujetties à l'IS, ne peut bénéficier du régime de faveur en matière d'IS (CGI, art. 210 A et 210 B), dès lors que les associations ne font pas partie des entités visées par l'article 210-0A (CAA Douai, 21 octobre 2010, n° 08DA01310, Association AFPI-ACM Formation).

L'Administration vient de confirmer cette solution, en précisant qu'en raison de leur absence de capital, les associations ne peuvent remplir l'une des conditions essentielles d'accès au régime de faveur, à savoir la rémunération de l'apport par des titres de l'absorbante (Rescrit RES N°2011/8 publié le 26 avril 2011).

Elle rappelle, en revanche, que les opérations de fusions auxquelles participent des associations soumises à l'IS peuvent bénéficier du régime de faveur prévu en matière de droits d'enregistrement par l'article 816 du CGI (voir aussi D. Adm. 7 H3731, n° 25).

Fiscalité personnelle

ISF

Non-résidents – Notion de placement financier et parts de SCI

Lorsque l'actif d'une SCI est constitué pour plus de 50 % par un immeuble dont il peut être établi qu'il fait l'objet d'une exploitation commerciale, les parts de cette SCI constituent un placement financier exonéré d'ISF pour son associé non-résident (Cour d'appel Paris, 25 janvier 2011).

Contrat d'assurance-vie donné en garantie

En application de l'article 885 F du CGI, on sait que la valeur de rachat des contrats d'assurance-vie doit être comprise dans l'assiette de l'ISF.

La Cour de cassation vient de juger qu'un contrat d'assurance-vie donné en garantie d'un emprunt reste rachetable avec l'accord de la banque délégataire, même si aux termes de la délégation, le souscripteur renonce pendant sa durée à demander le paiement de sa créance. Par suite, la valeur de rachat du contrat doit être comprise dans l'assiette de l'ISF (Cass. com., 15 mars 2011, pourvoi n° 10-11.575).

Cette décision confirme qu'à défaut de définition explicite de la notion de contrat non-rachetable, seuls les contrats visés par l'article L. 132-23 Code des assurances (i.e. ceux qui ne peuvent pas par nature comporter de clause de rachat) peuvent être distraits de l'assiette de l'ISF en toute sécurité.

De la même façon, on rappellera que l'acceptation par le bénéficiaire désigné ne rend pas le contrat techniquement non-rachetable puisqu'avec son accord, le souscripteur est toujours en

mesure d'exercer son droit de rachat (en ce sens, Cass. mixte, arrêt du 22 février 2008, pourvoi n° 06-11934).

Biens professionnels - Exercice effectif des fonctions de direction

Lorsque le président du conseil de surveillance se contente de mener les débats, sans intervenir de façon active dans les questions relatives à la gestion de la société, le juge considère qu'il n'exerce pas de façon effective les fonctions de direction requises par l'article 885 O bis du CGI. Par suite, quel que soit le niveau de la rémunération qui lui est octroyée, les actions qu'il détient dans la société n'ouvrent pas droit au régime des biens professionnels (Cass. Com., 29 mars 2011, n°10-15.571, M. Daniel Verheyde).

Dividendes inscrits dans un compte collectif d'actionnaires

On sait que les revenus mobiliers qui font l'objet d'une inscription au crédit d'un compte du bénéficiaire sont imposables au titre de l'année de cette inscription (CGI, art.156 3-1°). Il en est par exemple ainsi en cas d'inscription sur un compte courant d'associés.

Le Conseil d'État vient de rappeler que l'inscription de dividendes dans un compte collectif d'actionnaires de « dividendes à payer » ne peut toutefois être regardée comme entraînant la distribution effective des sommes concernées, dès lors qu'une telle écriture n'a pas par elle-même pour effet d'autoriser le bénéficiaire des distributions à prélever la part des dividendes qui leur revient (voir aussi CE, 15 janvier 1992, n° 111379, KTI). Il a ainsi considéré que le contribuable n'avait eu la disposition des dividendes en litige qu'à compter de l'année au cours de laquelle la société distributrice a substitué des comptes individuels par associé à ce compte collectif (CE, 15 avril 2011, n° 310272, M. A).

Donation indirecte entre époux

Les versements de fonds entre époux mariés sous le régime de la séparation des biens sont présumés constituer des prêts (Code civil, art. 1543 et 1479).

Cela étant, les versements sans contrepartie sont regardés comme procédant d'une intention libérale lorsque le conjoint qui reçoit les fonds n'est pas en mesure de les rembourser et sont donc constitutifs d'une donation indirecte entre vifs soumise aux droits d'enregistrement (Cass. com., 15 mars 2011, n°10-14.886, M. Jean-Louis Olivaux).

Taxe sur la valeur ajoutée

Prestation d'entremise et facturation globale

Un intermédiaire agissant au nom et pour le compte d'une personne établie en France qui acquiert des moyens de transport

neufs provenant d'États membres de la Communauté européenne est redevable en France de la TVA sur les rémunérations qui lui sont versées au titre de cette activité d'entremise.

La circonstance que le client français, lors de l'immatriculation du véhicule, ait acquitté la TVA sur un prix global comprenant la valeur du véhicule et le montant de la commission, est sans incidence sur l'assujettissement à la TVA de la commission rémunérant l'intermédiaire.

Dans cette affaire, le juge a considéré que l'entremise et l'acquisition du véhicule constituaient deux opérations distinctes qui sont régies par des règles de territorialité spécifiques à chacune, ce qui, en définitive, conduit à une double imposition de la commission (CE, 26 janvier 2011, n°311496, SARL Générale Automobile Centralcar).

Contrats de swaps

La Cour administrative d'appel de Paris considère que la soulte versée lors de la résiliation d'un swap de taux d'intérêts constitue, en dépit de son caractère aléatoire, la contrepartie d'une prestation de service effectuée à titre onéreux. En outre, dès lors que l'activité de la société consistait à centraliser les ressources financières du groupe, la Cour considère que la soulte ne peut être regardée comme procédant d'opérations financières accessoires à l'exclusion du prorata de déduction, selon la réglementation applicable à l'époque des faits (CAA Paris, arrêt du 6 octobre 2010, n° 08PA04684).

Conditions d'assujettissement à la TVA des organismes de droit public

La CJCE a récemment précisé les critères d'évaluation des distorsions de concurrence susceptibles d'entraîner l'assujettissement des organismes de droit public à la TVA (CJCE, 16 septembre 2008, aff. 288/07, Isle of Wight Council et autres).

Faisant application pour la première fois de ces critères, le Conseil d'État a confirmé que l'existence d'une distorsion de concurrence devait s'apprécier par rapport à la nature de l'activité en cause, sans que cette évaluation porte sur un marché local en particulier. Il ajoute que l'analyse doit en outre porter sur les conditions d'exploitation de cette activité (CE, 23 décembre 2010 n° 307856, Commune de Saint-Jorioz).

Droit des affaires

Partnerships américains

La Cour de cassation a jugé qu'en application de l'article XIV, § 4 et 5, de la Convention franco-américaine d'établissement du 25 novembre 1959 les *partnerships* constitués conformément aux lois et règlements en vigueur aux États-Unis d'Amérique voient

leur personnalité morale reconnue en France. La Cour suprême estime, en outre, que la responsabilité individuelle du *partner* peut être engagée (Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 2011, n°10.30-283).

Transformation d'une association en société

Le Garde des sceaux vient de préciser dans une réponse ministérielle que le gouvernement n'entend pas engager une réforme visant à autoriser la transformation sans dissolution d'une association en société.

Si les associations peuvent légalement se transformer, sans dissolution, en groupement d'intérêt économique (GIE) ou en société coopérative d'intérêt collectif (SCIC), la transformation d'une association en société commerciale ou en société d'économie mixte n'est pas en revanche prévue par les textes. La jurisprudence a, de son côté, écarté la possibilité d'une telle opération.

Le Garde des sceaux rappelle que la différence essentielle entre les associations et les sociétés réside dans le fait que les associations sont à but non lucratif alors que les sociétés visent un partage de bénéfices. Dès lors, les possibilités de transformation sans dissolution des associations en GIE ou en SCIC « restent, quant à elles, cohérentes dès lors que ces structures ont pour objet, dans le premier cas, de faciliter l'exercice d'une activité économique par la mise en commun des moyens et, dans le second, la production ou la fourniture de biens et de services présentant un caractère d'utilité sociale ». En revanche, le Gouvernement n'entend pas aller au-delà en engageant une réforme visant à autoriser la transformation sans dissolution d'une association en société (Question écrite n° 32913, réponse ministérielle publiée au JO le 8 février 2011).

Cautionnement : les conséquences du défaut de stipulation de solidarité

L'article L. 341-3 du Code de la consommation exige, lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire à une personne physique qui se porte caution, que celle-ci fasse précéder sa signature d'une mention manuscrite stipulant son engagement de solidarité.

La Cour de cassation vient de juger que la sanction de l'inobservation de cette mention ne peut conduire qu'à l'impossibilité pour la banque de se prévaloir de la solidarité, l'engagement souscrit par la caution demeurant valable en tant que cautionnement simple.

Cette solution n'allait pas de soi, puisque l'article L. 341-3 précité prévoit que la caution doit respecter la formalité de solidarité sous « peine de nullité de son engagement ».

La question se posait donc de savoir si « l'engagement » visé était la stipulation de solidarité ou l'intégralité de l'engagement de caution. La Cour de cassation a désormais tranché au bénéfice du créancier (Cass. com., 8 mars 2011, n°10-10.699).