

# Stricto Sensus

SOCIÉTÉ D'AVOCATS  
**Taj**

Novembre  
2010  
N° 48

La lettre de la Société d'Avocats Taj

## SOMMAIRE

### FOCUS

#### Endettement intra-groupe dans un contexte international : enjeux et risques

La localisation de l'endettement revêt de forts enjeux fiscaux pour les groupes qui sont implantés dans plusieurs Etats.

Même si l'Administration dispose d'instruments techniques pour contenir les effets de la sous-capitalisation, une marge de manœuvre subsiste et mérite d'être exploitée.

Par Marie-Pierre Hôo

#### La réforme de la retraite : comment la France se positionne-t-elle par rapport à ses voisins européens ?

Après la réforme, l'âge de départ à la retraite demeurera en France l'un des moins élevés d'Europe, sans être pour autant le plus bas. En revanche, la durée d'assurance exigée en France n'aura en rien à envier à celle requise chez bon nombre de pays européens.

Par Malik Douaoui, Annie Zuterek et Arzhvaël Le Fur

NEWS International .....page 5

NEWS France .....page 6

## CONFÉRENCES

« Les nouveaux risques créés par la nouvelle obligation documentaire » en partenariat avec European-American Chamber of Commerce

Mardi 16 novembre 2010

« Aides publiques, contentieux fiscal communautaire : nouvelle approche et opportunités »

Jeudi 18 novembre 2010

« Management Package : à la recherche de l'équilibre entre optimisation et sécurité » en partenariat avec Deloitte et CFNews

Mardi 23 novembre 2010

« Financement de la R&D : nouveaux risques, nouvelles stratégies » en partenariat avec European-American Chamber of Commerce

Mardi 30 novembre 2010

« Actualité fiscale et lois de finances pour les institutions financières »

Vendredi 3 décembre 2010

« Rémunérations internationales : la compétitivité de la France ? »

Mardi 7 décembre 2010

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 Fuménier  
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

## Endettement intra-groupe dans un contexte international : enjeux et risques

Dans un contexte général des affaires qui privilégie de plus en plus l'endettement, ces dernières années ont vu le développement de techniques financières largement fondées sur l'endettement notamment nombre d'opérations de croissance externe financées par emprunt. Il s'agit notamment d'opérations de rachat avec effet de levier réalisées par l'intermédiaire de sociétés holding (LBO) qui font appel à un ratio de dettes sur fonds propres très élevé qui transforment en définitive des fonds propres en dettes financières.

L'usage de ces techniques peut également présenter un intérêt certain sur le plan fiscal.

Le degré de liberté de l'entreprise dans le choix de son mode de financement (par émission d'actions ou endettement) est l'un des enjeux fondamentaux du droit fiscal. Alors que les critères de décision pourraient ne dépendre que de considérations de nature économique ou commerciale, force est de constater que les impacts fiscaux ne peuvent plus être ignorés pour arrêter le niveau de capitalisation des entreprises.

On observera à titre liminaire que le recours à l'endettement est d'autant plus pertinent que le régime fiscal des intérêts est plus avantageux que celui des dividendes, ce qui est le cas en France (et dans la plupart des pays de l'OCDE). En effet, les intérêts sont déductibles des bénéfices imposables de la société qui les verse alors que les dividendes qu'elle distribue ne le sont pas.

### 1- Un enjeu fiscal fort à l'international...

Dans un contexte purement national, les enjeux fiscaux sont relativement limités. En effet, dès lors que les frais financiers déduits par l'emprunteur constituent normalement un revenu imposable chez le prêteur, il n'y aura pas globalement d'impact sur la charge fiscale du groupe. S'il y a bien transfert de matière imposable d'une personne à l'autre, c'est à l'intérieur d'une même juridiction. Par ailleurs, si l'on compare le régime fiscal des intérêts à celui des dividendes, l'enjeu est également limité. Les intérêts sont certes déductibles alors que tel n'est pas le cas des dividendes, mais ils sont imposables au taux normal chez le prêteur alors que les dividendes perçus sont exonérés à 95 % en vertu du régime mère-filiale.

En revanche, dans un contexte international, l'enjeu fiscal est bien réel.

En effet, le fait pour un groupe multinational de pouvoir déterminer le plus ou moins grand degré d'endettement d'une filiale et donc d'agir sur le volume de frais financiers déductibles dans le pays d'implantation, constitue un moyen simple d'optimisation fiscale. Dans la mise en œuvre de cette stratégie, il faut à la fois tenir compte des taux d'imposition des différents Etats d'implantation mais aussi des taux de retenue à la source sur les intérêts

et dividendes. Ainsi, le recours important à l'emprunt massif combiné à l'absence de retenue à la source et à l'existence de régimes avantageux à l'étranger peut avoir des effets très favorables sur la charge fiscale globale du groupe.

La sous-capitalisation peut alors constituer une forme élaborée de gestion mondiale des coûts fiscaux. Lorsqu'une filiale est établie dans un pays à fort taux d'imposition et qu'elle est dotée d'un capital social inférieur à celui que requièrent normalement ses activités, son besoin de financement sera assuré par un prêt ou une succession de prêts consentis par la mère ou une filiale. Par suite, la rémunération de ce prêt diminuera le bénéfice imposable de la filiale et accroîtra le résultat de sociétés établies dans des pays où les résultats sont taxés à un taux plus faible.

La fixation du niveau du taux d'intérêt intra-groupe peut également participer à cette stratégie.

En définitive, l'optimisation de la situation fiscale internationale par la localisation de l'endettement devient un facteur clef des opérations d'acquisition dans lesquelles le retour sur les capitaux investis est assuré par les capacités de la société cible à dégager de la trésorerie.

A titre d'exemple, une société française sous-capitalisée qui se finance auprès d'une société du groupe installée aux Pays-Bas lui verse des intérêts qui sont déductibles des résultats imposables en France et qui sont exonérés de toute retenue à la source. Ces produits financiers perçus par la société néerlandaise du groupe peuvent ensuite être reversés à une autre société étrangère qui pourra s'être endettée pour distribuer des dividendes à une société française du groupe. Les intérêts « sortants » reviendront alors en France sous la forme de produits « entrants » en quasi franchise d'impôt du fait du régime mère-fille.

De telles situations peuvent notamment se rencontrer dans des opérations de LBO. On notera que pour favoriser l'effet de levier recherché, une intégration fiscale est généralement mise en place entre la holding d'acquisition et les sociétés membres du groupe cible.

Enfin, dans le domaine immobilier, le recours à un endettement intra-groupe important peut permettre de remonter de la trésorerie lorsque l'absence de bénéfice récurrent limite la possibilité juridique de distribuer des dividendes.

On notera que la sous-capitalisation vise tant le surendettement (endettement global particulièrement élevé par rapport aux fonds propres) que la capitalisation dissimulée ou occulte (utilisation d'instruments de dettes censés remplacer des capitaux propres, financement hybride faisant usage d'obligations participatives ou convertibles). Le capital social peut être transformé en endettement sans que le coefficient d'endettement global soit particulièrement élevé.

### 2- ... mais dans un environnement contraint

#### • Transferts indirects de bénéfices à l'étranger (CGI, art. 57)

L'Administration peut tout d'abord se placer sur le terrain de l'acte anormal de gestion pour prétendre que l'endettement excessif procède d'un transfert de bénéfices à l'étranger. Cela revient

à considérer que les frais financiers calculés sur la partie du financement qui aurait dû être du capital et non de la dette ne sont pas déductibles en France.

Le juge de l'impôt a toutefois bien contré ces prétentions. L'Administration n'a pas le pouvoir d'apprécier le caractère normal du choix opéré par une entreprise étrangère de financer par l'octroi d'un prêt de préférence à un apport de fonds propres l'activité d'une entreprise française qu'elle détient ou contrôle (CE, arrêt du 30 décembre 2003, n° 233894, SA Andritz). Ce principe a été plus récemment rappelé dans un arrêt par lequel le juge confirme qu'il n'appartient pas à l'administration fiscale d'apprécier le caractère normal du choix de financement opéré par une entreprise et à en tirer, le cas échéant, de quelconques conséquences fiscales (CE, arrêt du 7 septembre 2009, n°303560, GSE).

L'Administration ne peut s'opposer qu'à la déduction d'une rémunération dont le montant serait anormal et non sur le principe même du recours à l'emprunt. On observera toutefois qu'au-delà du taux du prêt, la jurisprudence européenne pourrait permettre à l'Administration de lutter contre des pratiques manifestement abusives dans le cadre de « montages purement artificiels » (CJCE, 13 mars 2007 aff. 524/04, Gr. ch., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation). Dès lors, il n'est pas exclu que dans certains cas, même sans pouvoir contester le principe même du prêt, l'Administration puisse arguer de son montant manifestement exagéré.

#### • L'abus de droit (LPF, art. L 64)

Dans le cadre des dispositifs de lutte contre les montages artificiels, on ne peut ignorer celui de l'abus de droit. Ainsi, on sait qu'afin de leur restituer leur véritable caractère, au-delà des opérations fictives, l'Administration est en droit d'écarter les actes qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles.

Au cas particulier du recours à l'endettement, on retiendra que l'ancien Comité de répression des abus de droit a considéré que la création d'une société française sous-capitalisée, dès lors qu'elle s'inscrivait dans le cadre d'une logique européenne de structuration des investissements d'un groupe étranger en vue de l'acquisition d'un groupe français et que cette procédure d'investissement n'avait pas été limitée à la France mais avait aussi été mise en œuvre dans d'autres pays européens et qu'enfin, les intérêts mis à la charge de la société française correspondaient à la quote-part d'un financement global réparti entre chacune des sociétés holdings européennes, l'Administration ne pouvait pas valablement revendiquer un abus de droit.

Il est clair aujourd'hui que l'endettement d'une filiale même s'il ne peut être contesté dans son principe peut ne pas être exempt de toute critique s'il procède d'une situation visant à la seule optimisation fiscale sans un sous-jacent économique ou financier digne d'intérêt. Dans cette approche, une structuration internationale du financement du groupe, documentée et s'appuyant sur des sociétés dont la substance même ne peut pas être contestée,

seront des atouts majeurs en cas d'attaque des services fiscaux.

#### • Les mesures techniques de lutte contre la sous-capitalisation (CGI, art. 212)

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007, la déduction des intérêts dus à l'ensemble des entreprises qui sont liées à la société ne peut excéder la plus haute des trois limites suivantes, majorée de 150 000 € :

- le produit correspondant au montant desdits intérêts multiplié par le rapport existant entre une fois et demie le montant des capitaux propres, apprécié au choix de l'entreprise à l'ouverture ou à la clôture de l'exercice, et le montant moyen des sommes laissées ou mises à disposition par l'ensemble des entreprises liées directement ou indirectement au cours de l'exercice ;
- 25 % du résultat courant avant impôts préalablement majoré desdits intérêts, des amortissements pris en compte pour la détermination de ce même résultat et de la quote-part de loyers de crédit-bail prise en compte pour la détermination du prix de cession du bien à l'issue du contrat ;
- le montant des intérêts servis à la société par des entreprises liées directement ou indirectement.

Ce dispositif a pleinement vocation à lutter contre la sous-capitalisation et à contenir les effets fiscaux bénéfiques attachés à certaines structures ou schémas de financement reposant sur des passifs de bilan à fort taux d'endettement. Dans ce contexte, on peut penser que les services vérificateurs utiliseront au mieux des intérêts du Trésor ce dispositif, sachant par ailleurs que d'une façon générale, l'Administration considère comme suspect tout schéma ayant pour effet, pour un groupe étranger, de localiser de la dette financière en France.

Cela étant, il importe de souligner deux points importants du dispositif qui nous paraissent donner une marge de manœuvre certaine aux groupes et qu'il convient en toute hypothèse d'exploiter :

- d'une part, la société échappe à la limitation légale si elle est en mesure d'établir que le ratio d'endettement du groupe auquel elle appartient est supérieur ou égal à son propre ratio d'endettement au titre de l'exercice considéré. A cet égard, l'Administration vient de préciser qu'une société sous-capitalisée ayant des capitaux propres positifs est nécessairement moins endettée que le groupe auquel elle appartient si celui-ci présente un solde négatif de capitaux propres. La preuve de la normalité de son endettement est ainsi suffisamment apportée pour écarter l'application des règles de sous-capitalisation (Réponse Ministérielle Bouvard, AN, n°67614, 6 juillet 2010).
- d'autre part, le dispositif ne vise pas les emprunts bancaires ou de parties tierces, y compris lorsqu'ils sont garantis par une société liée (contrairement aux dispositions applicables dans certains Etats). Même si cette opportunité serait, selon nos informations, sur le point d'être réformée par l'Administration qui entend faire entrer dans le champ du dispositif les prêts garantis, il est probable qu'une marge de manœuvre subsiste quant à la définition de la « garantie ». ■

Marie-Pierre Hôo  
mhoo@taj.fr

## La réforme de la retraite : comment la France se positionne-t-elle par rapport à ses voisins européens ?

Le débat actuel sur la réforme des retraites de la sécurité sociale donne lieu à de nombreuses comparaisons européennes pour mieux servir le point de vue des différentes parties prenantes et ainsi mettre en exergue ou relativiser la générosité supposée du système français.

Dans ce contexte, une analyse objective des systèmes de retraites de nos voisins européens est nécessaire et est, seule, susceptible de répondre à la question légitime de savoir comment la France se positionne en réalité par rapport à eux.

Nous avons ainsi mené une étude comparative des conditions d'ouverture des droits à la retraite de sécurité sociale de dix pays, choisis pour la diversité des systèmes qu'ils représentent et/ou leur mise en avant par les différents protagonistes : Allemagne, Belgique, Espagne, Italie, Pays-Bas, Pologne, République tchèque, Royaume-Uni, Suisse et Suède. Parmi les conditions actuellement applicables nous n'avons pas retenu celles qui deviendront prochainement obsolètes.

Un premier constat s'impose : la complexité et la diversité des systèmes de retraites de nos voisins rendent la comparaison difficile et invite à proscrire toute comparaison simpliste.

Il est néanmoins possible de conclure qu'en l'état actuel de la réforme, la France se singularise par la rapidité avec laquelle elle entend la mettre en œuvre tout en demeurant l'un des pays où l'âge de départ à la retraite est le moins élevé, sans être pour autant le plus bas. En revanche, en y associant la condition de la durée de cotisations, la France ne se distingue pas de la majorité de ses partenaires.

### • Parmi les âges légaux de départ à la retraite les moins élevés

La notion d'âge légal de départ à la retraite recouvre en fait des situations différentes selon les pays. Il est cependant possible de distinguer trois âges, qui peuvent être confondus pour certains pays : l'âge à partir duquel les assurés peuvent partir à la retraite moyennant l'application d'une décote, l'âge à partir duquel il est en tout état de cause possible de partir à la retraite (sans être sanctionnés par l'application d'une décote lorsque son principe existe) et l'âge permettant d'obtenir une pension complète. En fixant, dans les trois cas, l'âge à 62 ans, la France apparaît comme l'un des pays les moins sévères. Mais en établissant la durée de cotisations à 41,5 ans, la France se montre aussi exigeante avec ses assurés que nombre de ses partenaires.

### • Age à partir duquel les assurés peuvent partir à la retraite moyennant l'application d'une décote

Sur les 10 pays objets de l'étude, six (Belgique, Italie, Pays-Bas, Pologne, Royaume-Uni, Suède) ne prévoient pas l'application d'une décote.

Comparée aux quatre autres pays (Allemagne, République tchèque, Suisse et Espagne), la France reste avec 62 ans le pays prévoyant l'âge le moins élevé. L'Allemagne, par exemple, autorise ses assurés à partir dès l'âge de 63 ans sous réserve de jus-

tifier de 35 ans d'assurance et moyennant l'application d'une décote.

### • Age à partir duquel il est possible de partir à la retraite (sans être sanctionné par l'application d'une décote lorsque son principe existe)

En fixant cet âge à 62 ans, la France reste moins exigeante que six pays : Allemagne (65 ans), Espagne (65 ans), Pays-Bas (65 ans), Royaume-Uni (65 ans), République tchèque (65 ans pour les hommes et de 62 ans à 65 ans, en fonction du nombre d'enfants, pour les femmes) et Suisse (65 ans pour les hommes et 64 ans pour les femmes). En revanche, si elle fait mieux que la Pologne pour les hommes (65 ans), elle se montre plus sévère qu'elle pour les femmes (60 ans).

Trois pays sont moins sévères que la France. Il s'agit de la Suède (61 ans, à l'exclusion de la pension liée à la résidence pour laquelle l'âge est fixé à 65 ans), de la Belgique (60 ans et 35 années d'assurance) et de l'Italie (59 ans et 36 années d'assurance ou quel que soit l'âge sous réserve de 40 années d'assurance).

En outre, en exigeant 41,5 ans de cotisations, la France devient, concernant le critère de la durée d'assurance, l'un des pays les plus sévères. Seuls l'Allemagne et les Pays-Bas exigent en effet une durée plus longue (respectivement 45 ans d'assurance et 50 ans de résidence).

A noter que parmi les cinq pays (France, Allemagne, République tchèque, Suisse et Espagne) prévoyant un système de décote, la France et l'Allemagne prévoient, avec 67 ans, l'âge le plus élevé à partir duquel aucune décote n'est susceptible de s'appliquer même si la condition d'assurance n'est pas satisfaite. L'Espagne envisage néanmoins de rejoindre la France et l'Allemagne. A noter que de 65 ans actuellement, l'âge augmentera progressivement à partir de 2012 en Allemagne et 2016 (1<sup>er</sup> juillet) en France pour atteindre 67 ans respectivement en 2029 et en 2023.

### • Age et durée d'assurance permettant d'obtenir une pension complète

Si on exclut la Pologne et la République tchèque qui ne connaissent pas à proprement parler le concept de retraite complète, la France se positionne au 2<sup>ème</sup> rang, derrière l'Italie (pas de condition d'âge si 40 ans de cotisations), pour l'âge le plus bas et au 5<sup>ème</sup> rang, derrière l'Allemagne (45 ans), la Belgique (45 ans), la Suisse (44 ans) et les Pays-Bas (50 ans de résidence), pour la durée d'assurance la plus longue.

Ainsi, quatre pays (Espagne, Italie, Royaume-Uni et Suède) exigent une durée d'assurance moins élevée que celle de la France : 35 ans en Espagne, 40 ans en Italie, 30 ans au Royaume-Uni (uniquement pour la pension dite de base) et 40 ans de résidence en Suède (uniquement pour la pension liée à la résidence).

A noter que l'Espagne et les Pays-Bas envisagent d'augmenter l'âge jusqu'à 67 ans et le Royaume-Uni jusqu'à 66, 67 puis 68 ans.

Enfin, pour les assurés français ne pouvant justifier de 41,5 années de cotisations, il est prévu qu'ils puissent à 67 ans liquider leur retraite à taux plein (c'est-à-dire sans décote) quelle que soit la durée de cotisations. Cela étant dit, si cette dernière est

inférieure à 41,5 années, leur retraite demeurera incomplète en raison de l'application d'un coefficient de proratisation.

#### • Pénibilité

La France n'est pas le seul pays à tenir compte de la « pénibilité ». Nombre des pays étudiés appréhendent la question de la pénibilité par le biais du handicap et/ou de l'invalidité (Allemagne, Italie, Espagne, Pologne, Royaume-Uni), des régimes spéciaux et/ou des conditions de travail (Espagne, Pologne, Italie). L'Espagne et l'Italie prévoient ainsi la possibilité d'un départ anticipé à la retraite pour des activités professionnelles pénibles (Espagne) ou des travaux usants/pénibles (Italie).

D'autres encore le font de manière indirecte en dissociant totalement (Pays-Bas) ou partiellement (Suède), par l'intermédiaire du critère de la résidence, le droit à une retraite de sécurité sociale de l'exercice d'une activité professionnelle ou en tenant compte de l'espérance de vie (Pologne, Suède).

#### • Situation des femmes

En ne prévoyant pas de conditions d'âge plus favorables pour les femmes (dans leur ensemble), la France rejoint six des dix pays étudiés et se distingue des quatre autres (Italie, Pologne, République tchèque et Suisse). ■

Malik Douaoui  
mdouaoui@taj.fr

Annie Zuterek  
azuterek@taj.fr

Arzhvaël Le Fur  
alefur@taj.fr

# NEWS International

## Europe

### Union européenne

#### Directive intérêts-redevances

La Commission européenne a ouvert une consultation portant sur les éventuelles modifications de la directive intérêts et redevances telles que :

- élargissement de la liste des entités visées par la directive ;
- extension de la définition des entités liées ;
- abaissement des seuils de détention pour être qualifiée d'entité liée ;
- extension des avantages de la directive aux paiements entre sociétés tierces ;
- résolution du problème relatif à l'obligation de déductibilité fiscale des paiements effectués par les établissements stables.

#### Le traitement TVA des échantillons de produits et articles promotionnels

Par une décision préjudicielle, la CJUE précise qu'un « échantillon » au sens de la sixième directive est un spécimen d'un produit qui vise à promouvoir les ventes de celui-ci et qui permet d'évaluer les caractéristiques et qualités de ce produit sans donner lieu à une consommation finale autre que celle qui est inhérente à de telles opérations de promotion. Cette notion ne saurait être

limitée de façon générale par une réglementation nationale aux spécimens donnés sous une forme non disponible à la vente ou au premier exemplaire d'une série de spécimens identiques donnés par un assujéti au même destinataire sans que cette réglementation permette de tenir compte de la nature du produit représenté et du contexte commercial propre à chaque transaction dans lequel ces spécimens sont remis (CJUE, 30 septembre 2010, aff. C-581/08, Commissioners for HMRC c/ EMI Group LTD).

Cette définition relativement large des échantillons pourrait être l'occasion pour les opérateurs d'identifier, le cas échéant, de nouvelles opportunités de récupération de la TVA.

## Belgique

### Application du régime mère-fille aux distributions versées par des SICAR luxembourgeoises

L'Administration belge vient d'accepter de faire bénéficier du régime mère-fille les distributions versées à des sociétés belges par une SICAR luxembourgeoise, ainsi que des plus-values réalisées sur un rachat d'actions de cette SICAR luxembourgeoise.

Quant aux actionnaires personnes physiques, il leur est confirmé la possibilité de bénéficier du taux réduit de retenue à la source de 15 % sur les dividendes versés par la SICAR luxembourgeoise.

## Royaume-Uni et Pays-Bas

### Reconnaissance mutuelle de la transparence fiscale de certains fonds néerlandais

Le Royaume-Uni et les Pays-Bas viennent de signer un accord reconnaissant la transparence fiscale des fonds communs de placement fermés néerlandais.

En vertu de cet accord, les autorités britanniques vont accorder le bénéfice des avantages conventionnels du traité conclu, le cas échéant, avec le pays de résidence des porteurs de parts, aux revenus (y compris les plus-values) de source britannique reçus par le fonds. La demande pourra émaner du gestionnaire du fonds agissant au nom des porteurs de parts.

## Allemagne

### Modification du traitement fiscal des rachats d'actions (share buy-back)

Dans un décret publié le 11 août 2010, le ministère allemand des Finances a rapporté sa doctrine selon laquelle le rachat par une société de ses propres actions devait être traité comme une acquisition pour la société émettrice des titres et une vente pour l'actionnaire.

Le nouveau décret ne prévoyant ni règles transitoires, ni motifs, crée une insécurité juridique nécessitant de s'interroger sur l'opportunité de solliciter un rescrit lorsqu'une telle opération est envisagée, en particulier si l'actionnaire est une société holding non allemande.

# Amérique

## Etats-Unis

### Publication d'une instruction relative aux règles de « check-the-box »

Aux termes d'une instruction publiée par l'Administration fiscale américaine, les contribuables ayant commis une erreur de classification (partnership versus disregarded entity ou l'inverse) d'une entité étrangère dans le cadre de l'option pour le mécanisme de « check-the-box » pourront corriger cette erreur. La modification sera considérée comme ayant été effective rétroactivement depuis la date d'option et non à compter de la date de la correction.

# Asie - Pacifique

## Philippines

Le 28 septembre 2010, l'OCDE a retiré les Philippines de la liste des paradis fiscaux. Elles font désormais partie des juridictions considérées comme ayant mis en œuvre la norme internationale de façon substantielle (liste blanche). En effet, les restrictions prévues par leur législation interne qui empêchaient leurs autorités d'obtenir et d'échanger certains renseignements ont été supprimées.

## Inde

### Paiement des services « supportés » par le siège social

L'Administration fiscale indienne a précisé qu'aucune retenue à la source ne devait être prélevée sur les paiements relatifs à des prestations de management et à des prestations technologiques effectués par une société indienne au profit de son siège régional à Singapour.

## Chine

### Non application d'un taux réduit conventionnel de retenue à la source, sur le fondement du « Treaty-shopping »

L'administration fiscale chinoise a rejeté la demande d'une société étrangère de bénéficier du taux réduit de retenue à la source de 5 %, prévu par la convention fiscale applicable, sur les dividendes reçus d'une société chinoise. Après de longues investigations, elle a considéré que le contribuable n'était pas le bénéficiaire effectif des dividendes dès lors qu'il recevait essentiellement des revenus passifs, que les dividendes reçus bénéficiaient d'un dispositif d'exonération dans le pays de résidence et qu'ils faisaient l'objet d'une redistribution à l'actionnaire ultime à hauteur de 90 % de leur montant.

### Clarification de la notion conventionnelle d'établissement stable

L'administration fiscale chinoise a publié une circulaire apportant des précisions sur les dispositions des conventions fiscales internationales (Circulaire n°75). Cette circulaire concernant la convention conclue entre la Chine et Singapour est également applicable à d'autres conventions fiscales internationales prévoyant des dispositions identiques. Elle détaille notamment les critères conduisant à la caractérisation d'un établissement stable.

### Impacts du régime du crédit d'impôt chinois sur les structures d'investissement à l'étranger

Le 22 juillet 2010, l'Administration fiscale chinoise a publié des commentaires concernant le calcul du crédit d'impôt étranger et les règles de mise en œuvre de celui-ci (Bulletin n°1 « Guidance on administration of PRC Enterprise Foreign Tax Credit»). Ce crédit pour impôt étranger direct et indirect a été mis en place en 2008 afin d'éviter la double imposition des revenus de source étrangère perçus par une entreprise fiscalement résidente en Chine.

Cette circulaire s'applique rétroactivement à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2008 et devrait permettre aux entreprises chinoises ayant fortement investi à l'étranger, ou souhaitant le faire, de revoir de façon appropriée l'impact du régime en cause sur leurs résultats chinois.

# News France

## Fiscalité des entreprises

### Abandon de créances et indication de payer entre les mains d'un tiers

L'indication reçue du créancier de payer, entre les mains d'un tiers, les sommes qui lui sont dues ne caractérise pas l'existence d'un abandon de créances consenti au profit du débiteur (Conseil d'État, 6 octobre 2010, SA ECA3, n°308629).

### Crédit d'impôt recherche - Définition du personnel de recherche assimilé aux ingénieurs

L'Administration vient d'assouplir sa définition du personnel de recherche « assimilé aux ingénieurs ». Désormais, une personne non titulaire d'un diplôme d'ingénieur, est admise comme ayant la qualification d'ingénieur dès lors qu'elle a acquis des compétences au sein de l'entreprise, l'assimilant, par le niveau et la nature de ses activités, aux ingénieurs impliqués dans les travaux de recherche. Le critère relatif à la reconnaissance expresse de cette qualification par l'entreprise est désormais abandonné (Rescrit N° 2010/59 (FE) publié le 5 octobre 2010).

### Taxe de 3 % et fonds d'investissement immobiliers ouverts étrangers

Par un rescrit N°2010/56 (FP) publié le 14 septembre 2010,

L'Administration confirme que les fonds d'investissement immobiliers ouverts étrangers soumis, de par leur législation nationale, à des ratios de liquidité et de prépondérance immobilière moins contraignants que ceux prévus par la législation française mais remplissant, en pratique, les ratios de droit interne, bénéficient d'une exonération de la taxe de 3 % (CGI, art. 990 E 3° c).

Dans le cas contraire, ces fonds sont admis, sous conditions, au bénéfice de l'exonération prévue en faveur des entités s'engageant à communiquer à l'administration fiscale certaines informations relatives à leurs biens immobiliers détenus en France et à leurs associés (CGI, art. 990 E 3° d).

## **Éoliennes et fait générateur de la Cotisation foncière des entreprises (CFE)**

La date du raccordement au réseau à compter de laquelle les établissements produisant de l'énergie électrique sont assujettis à la CFE s'entend de la date du couplage au réseau, c'est-à-dire de la date à laquelle les bornes du générateur d'électricité sont connectées à celles du réseau de transport et où il y a simultanément fourniture d'énergie (Rép. Min. Daubigny n° 09960 p. 2113, Sénat, JO du 19 août 2010).

## **Intégration fiscale et sous-capitalisation**

Une société sous-capitalisée ayant des capitaux propres positifs est nécessairement moins endettée que le groupe auquel elle appartient si celui-ci présente un solde de capitaux propres négatif. La preuve de la normalité de son endettement est ainsi suffisamment apportée pour écarter l'application des règles de sous-capitalisation (Réponse Ministérielle Bouvard, AN, n°67614, 6 juillet 2010).

# **Fiscalité personnelle**

## **Opérations d'apport-cession et abus de droit**

Jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2000, les particuliers pouvaient opter pour le report d'imposition des plus-values constatées en cas d'échange de droits sociaux résultant d'une opération de fusion, scission ou apport de titres à une société soumise à l'IS (CGI, art. 160 I ter 4 et 92 B II). De même, les exploitants individuels qui apportaient en société l'ensemble des éléments de l'actif immobilisé affectés à l'exercice de leur activité professionnelle pouvaient opter pour un report d'imposition de leurs plus-values d'apport (CGI, art. 151 octies). Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000, ces opérations d'apport bénéficient d'un sursis d'imposition automatique (CGI, art. 150-0 B et 151 octies nouveau).

Nombre de contribuables ont fait l'objet d'une procédure de répression des abus de droit pour avoir bénéficié de ces dispositifs de report d'imposition alors que la société bénéficiaire de l'apport avait très rapidement revendu l'activité ou les titres apportés. L'Administration, pour conforter sa position, souligne notamment que la proximité des dates de l'apport puis de la

cession par la société bénéficiaire de l'apport implique nécessairement qu'un accord a été passé avec les acheteurs avant la formation de la société. Dans certains cas, le service vérificateur a même pu arguer d'un accord effectif conclu entre les parties.

Par trois arrêts rendus le même jour, le Conseil d'État vient de donner un critère plus objectif pour apprécier le caractère éventuellement abusif de ces opérations.

Jugé ainsi que le placement en report d'imposition d'une plus-value réalisée par un contribuable lors de l'apport de titres à une société qu'il contrôle et qui a été suivi de leur cession par cette société, est constitutif d'un abus de droit lorsque l'opération a pour seule finalité, en interposant une société, de permettre au contribuable de disposer effectivement des liquidités obtenues lors de la cession des titres. En revanche, tel n'est pas le cas, si la société bénéficiaire a, conformément à son objet social, effectivement réinvesti le produit de la cession dans une activité économique (Conseil d'État, 8 octobre 2010, M. et Mme Bauchart, n°313139 ; M. Bazire, n°301934 ; Cts Four, n°321361).

Ainsi le réinvestissement du produit des cessions dans une activité économique constitue le critère décisif de l'abus de droit dans les opérations en cause.

Lorsque les sociétés ont fait usage des fonds recueillis lors de la cession des actions pour prendre des participations, conformément à leur objet, l'abus de droit n'est pas caractérisé, même si ces acquisitions sont réalisées plus de deux ans après les cessions. A cet égard, le Conseil d'État précise que le délai acceptable est celui nécessaire, eu égard à l'importance et à la nature de l'investissement réalisé, à la conduite de prises de contacts et de démarches préalables d'autant plus requises dans l'hypothèse de changement de secteur d'activité.

En revanche, dans un cas où l'apport avait été suivi d'une réduction du capital et qu'ainsi le contribuable, qui avait conservé la propriété de l'ensemble de ses parts, avait pu disposer des liquidités correspondant à la valeur de son apport, le juge a considéré que l'abus de droit était caractérisé sans même s'intéresser à la revente des biens apportés.

Même si le Conseil d'État ne définit pas la notion d'activité économique, eu égard aux cas d'espèce qu'il vient de trancher, on peut penser que cette notion excède celle d'investissement professionnel. La circonstance que la société bénéficiaire de l'apport ait en définitive, après réemploi des fonds provenant de la cession, une activité de gestion patrimoniale de placements mobiliers ou immobiliers, ne permettra pas à l'Administration d'invoquer utilement un abus de droit ou même une fraude à la loi.

## **ISF et bien professionnel dans un groupe d'entreprises étroitement liées**

Les rapports économiques étroits entre deux sociétés constitués par l'identité et la nature même des prestations de direction générale, financière, commerciale et stratégique, fournies par l'une d'elles à l'autre, induisent une situation de dépendance économique de la société bénéficiaire de ces services. En conséquence, les actions détenues dans ces sociétés peuvent

être traitées comme un bien professionnel unique sans qu'il soit besoin de les reclasser sous une holding animatrice (Cour de cassation, 28 septembre 2010, n°0968574).

### **Décès du bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie avant le versement des capitaux**

Lorsque le bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie décède après le souscripteur mais avant le versement des sommes dues par l'assureur, le régime fiscal applicable aux sommes versées aux ayants droit est celui des droits de mutation par décès si le bénéficiaire a accepté le contrat, ou de l'assurance-vie dans le cas contraire (Réponse Ministérielle Meslot, JO AN, 14 septembre 2010, n°6043).

## **Taxe sur la valeur ajoutée**

### **Incoterms**

Les incoterms servent tant à l'établissement de la DEB qu'à la DAU. Une nouvelle version de ces règles du commerce international a été présentée par la Chambre de commerce internationale (CCI) à Paris le 16 septembre 2010. Ces « *incoterms 2010* » entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011.

Les modifications introduites concernent notamment la sécurité du fret et l'utilisation accrue du commerce électronique dans les transactions commerciales, de sorte que ces outils du commerce international « *reflètent les pratiques courantes de manière claire et précise* ».

Le nombre de règles a été réduit de 13 à 11 et deux nouvelles règles ont été conçues : le Rendu au terminal (DAT) et le Rendu au lieu de destination (DAP). Des notes indicatives introduisent chaque règle pour aider l'utilisateur à choisir l'incoterm approprié.

### **Exonération des prestations de négociation**

Ne sont pas des prestations de négociation et de prise en charge d'engagements exonérées en application de l'article 261 C du CGI, les opérations qui se résument à la simple délivrance, par une société à un courtier mandaté par une société d'assurance, d'informations sur les personnes susceptibles d'être intéressées par la conclusion d'un contrat de garantie, sans qu'elles soient assorties de prestations d'entremise visant à la conclusion individuelle d'un tel contrat (Conseil d'État, 17 septembre 2010, n°307508, Société Mikit France).

### **Lieu des prestations de service informatique**

Dès lors qu'une société immatriculée et domiciliée au Royaume-Uni n'y dispose pas d'une installation ayant une consistance ou

un degré de permanence minimale et, qu'à l'inverse, elle possède un établissement stable en France, les prestations informatiques qui lui sont facturées par un redevable français sont réputées être réalisées en France, pour des preneurs en France et par suite donnent prise à la TVA française (Conseil d'État, 30 juillet 2010, n°306318, M. Pasco).

## **Droit des affaires**

### **Associé de SNC et procédure collective**

L'associé d'une société en nom collectif, qui n'exerce pas une activité commerciale, n'est pas éligible à une procédure de redressement judiciaire (Cour d'appel de Paris, arrêt du 6 juillet 2010, n° 10/0387).

### **Responsabilité personnelle du gérant d'une SARL**

Le gérant d'une société à responsabilité limitée qui commet une faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle, séparable comme telle de ses fonctions sociales, engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers à qui cette faute a porté préjudice (Cass Com, 28 septembre 2010, n° 09-66.255).

### **Représentation et délégations de pouvoir dans les SAS**

Selon une réponse ministérielle, dans les SAS, les délégations de pouvoir fonctionnelles, qui ne concernent pas le pouvoir d'engager à titre habituel la société mais portent sur un objet déterminé, n'ont pas à faire l'objet d'une publicité au RCS (Rép. min. n° 12583, JO Sénat 9 sept. 2010, p. 2367).

La Cour d'appel de Paris vient de juger que l'article L 227-6 du Code de commerce, aux termes duquel « les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier », concerne le pouvoir général d'engager la société envers les tiers et n'a pas pour effet de priver le président d'une SAS de toute délégation non prévue par les statuts. La Cour d'appel a en conséquence reconnu la validité d'une délégation de pouvoir consentie au DRH de la société, aux fins notamment de licencier, alors même que les statuts de la société n'autorisaient aucune délégation de pouvoir du président (Cour d'appel de Paris, 31 août 2010, RG n° 08/11236).