



Dividendes versés aux SICAR luxembourgeoises

L'application d'une retenue à la source en France sur les dividendes versés par des sociétés françaises à des SICAR luxembourgeoises constitue-t-elle une mesure discriminatoire au regard du droit communautaire ?

Selon le droit interne français, les distributions de dividendes effectuées par des sociétés françaises à des sociétés d'investissement en capital à risque (SICAR) luxembourgeoises sont soumises à la retenue à la source de 25% prévue à l'article 119 bis du CGI, sans qu'il soit possible de bénéficier de l'exonération prévue à l'article 119 ter du CGI (en effet, l'application des dispositions favorables de cet article suppose notamment que la personne morale localisée dans l'autre Etat membre de la Communauté européenne qui reçoit les dividendes soit passible de l'impôt sur les sociétés dans cet Etat sans y être exonérée, ce qui n'est pas le cas des SICAR dès lors que celles-ci sont exonérées d'impôt au Luxembourg sur les revenus passifs qu'elles perçoivent).

Au plan fiscal, les distributions de dividendes effectuées par des sociétés françaises à des SICAR luxembourgeoises sont donc traitées moins favorablement que les distributions de dividendes faites par des sociétés françaises à des véhicules français comparables, du type sociétés d'investissement à capital variable (SICAV) ou fonds communs de placement (FCP), de telles distributions échappant en effet à l'impôt sur les sociétés.

A cet égard, et de façon plus générale, la Commission européenne a annoncé dans un communiqué en date du 18 mars 2010 (IP/10/300) qu'elle avait officiellement demandé à la France de modifier ses règles relatives au traitement des dividendes versés aux fonds d'investissement localisés dans d'autres Etats membres de l'Union européenne (UE) et de l'Espace économique européen (EEE), en ce qu'elles portent atteinte à la libre circulation des capitaux énoncée dans le traité sur le fonctionnement de l'UE et dans l'accord sur l'EEE.

Dans ce contexte, et pour revenir à la situation spécifique des dividendes distribués aux SICAR, la seule possibilité pour la France de ne pas être en violation de la législation communautaire serait de démontrer que le respect du droit de l'UE est garanti par la convention fiscale entre la France et le Luxembourg en date du 1^{er} avril 1958 (application de la jurisprudence communautaire CJCE 14 décembre 2006 aff. 170/05 Denkavit ; CJCE 8 novembre 2007 aff. 379/05 Amurta), ce qui suppose au préalable que les SICAR puissent bénéficier de cette convention (i.e., qu'elles puissent être qualifiées de «résidents» au sens de la convention).

Sur ce point, le gouvernement français considère que les SICAR ne peuvent bénéficier des taux réduits de la retenue à la source sur les revenus passifs prévus par la convention fiscale dès lors qu'elles ne peuvent établir que ces revenus sont effectivement soumis à l'impôt au Luxembourg (Rép. Dassault : AN 4 juillet 2006, n°92093). Cette position est en ligne avec l'approche retenue par l'administration fiscale française à propos de la convention franco-algérienne, selon laquelle une personne exonérée d'impôt dans un Etat n'est pas considérée comme étant assujettie à l'impôt dans cet Etat et ne peut donc être qualifiée de résident pouvant bénéficier des conventions (Inst. 22 mai 2003, 14 B-3-03 n°5).

Cette position nous semble toutefois discutable sur plusieurs aspects :

- En premier lieu, les commentaires relatifs à l'article 4 du modèle de convention fiscale établi par l'OCDE concernant la définition du «résident» ne semblent pas avoir une interprétation aussi stricte de cette notion, en reconnaissant notamment que les législations internes de nombreux Etats prévoient qu'une personne est considérée comme étant assujettie à l'impôt même si l'Etat ne lui applique pas en fait d'impôt, la plupart de ces Etats considérant par ailleurs ces personnes comme des résidents aux fins de la convention (cf. commentaires du 22 juillet 2010 sur la convention modèle de l'OCDE, §8.6 et §8.7).

- En deuxième lieu, un jugement rendu le 14 janvier 2010 par le Tribunal de Montreuil indique, à propos de la convention fiscale franco-allemande dont l'article relatif à la définition de la résidence fiscale est conforme au modèle OCDE, que la qualité de résident n'est pas soumise à une condition d'effectivité de paiement de l'impôt dans l'Etat de résidence.
- En troisième lieu, la définition du domicile fiscal prévue dans la convention conclue entre la France et le Luxembourg est différente de celle prévue dans le modèle de convention de l'OCDE en ce qu'elle ne pose pas de condition d'assujettissement à l'impôt pour être considéré comme un «résident» (seul l'article 8-3 prévoyait que pour bénéficier du transfert de l'avoir fiscal, le bénéficiaire des dividendes devait en outre justifier de son imposition au Luxembourg au titre desdits revenus).

Ainsi, il existe selon nous de sérieux arguments pour considérer, contrairement à la position de l'administration, que les SICAR devraient pouvoir être qualifiées de «résident» au sens de la convention fiscale entre la France et le Luxembourg, et, par suite, bénéficier des dispositions de ladite convention.

L'application des dispositions relatives aux dividendes de la convention franco-luxembourgeoise ne devrait cependant pas, même si elle était admise, permettre d'éviter toute discrimination par rapport au régime applicable aux distributions effectuées au profit des fonds d'investissement français. En effet, la convention se contente de prévoir un taux réduit de retenue à la source sur dividendes (vs une exonération de retenue à la source) qui ne pourra en pratique être « neutralisée » par le mécanisme du crédit d'impôt dès lors que ce crédit d'impôt n'est imputable que sur l'impôt dont le bénéficiaire des dividendes est redevable au Luxembourg au titre de ces mêmes dividendes (pour mémoire, les dividendes perçus par une SICAR sont exonérés d'impôt au Luxembourg).

Compte tenu de ces éléments, le prélèvement dans tous les cas (i.e., avec ou sans application de la convention franco-luxembourgeoise) d'une retenue à la source sur les dividendes versés par les sociétés françaises aux SICAR semble constituer une mesure discriminatoire au regard du droit communautaire à laquelle les

autorités françaises n'auront sans doute nul autre choix que de mettre fin dans un avenir proche. En attendant, la question du maintien du prélèvement par les sociétés françaises distributrices d'une retenue à la source, ainsi que celle de l'éventuelle réclamation des retenues à la source prélevées « à tort » par le passé, se posent.

(R)évolution fiscale au Luxembourg en matière de transactions de financement intra-groupe

Circulaires administratives LIR n° 164/2 du 28 Janvier 2011 et 164/2bis du 8 avril 2011

Dans une circulaire LIR n° 164/2 en date du 28 Janvier 2011, l'administration fiscale luxembourgeoise vise le traitement fiscal des sociétés exerçant des transactions de financement intra-groupe au Luxembourg. Le Luxembourg est en effet un Etat attractif pour ce type de financement. La circulaire traite des activités de prêts intra-groupe financés par des instruments financiers dans le cadre de placements ou de financements publics ou privés, ou dans le cadre de crédits bancaires.

La circulaire confirme que les sociétés de financement doivent être rémunérées par un prix de pleine concurrence, qui devrait correspondre à celui pratiqué à l'occasion de transactions avec des tiers par les établissements de crédit dans des situations comparables. Toutes les demandes de rescrit devront être accompagnées d'une analyse détaillée et solide en matière de prix de transfert.

La circulaire précise par ailleurs qu'aucun rescrit ne sera émis si les contribuables ne répondent pas aux exigences de substance requises. Au-delà de la classique majorité de directeurs (membres du conseil d'administration) luxembourgeois ayant les compétences professionnelles requises et le fait que les décisions de la société soient prises au Luxembourg, la circulaire exige du requérant la démonstration que son niveau de capitaux propres est suffisant eu égard aux fonctions exercées. La circulaire précise que les sociétés de financement intra-groupe sont réputées avoir un niveau de capitaux propres approprié lorsque celui-ci représente au moins 1% de la valeur nominale des crédits accordés ou à 2.000.000 euros.

En formalisant et en renforçant l'exigence de substance au Luxembourg, et en exposant publiquement des conditions qui relevaient davantage, jusqu'à maintenant, d'une discussion avec l'inspecteur des impôts compétent, l'on pouvait craindre que la circulaire affecte les structures existantes. La circulaire 164/2bis du 8 avril confirme ce point en indiquant que toute décision prise sous l'empire des règles applicables avant l'entrée en vigueur de la circulaire 164/2 ne liera plus l'administration à compter du 1^{er} janvier 2012. Après cette date, une nouvelle décision sera nécessaire. Une analyse de vos structures existantes s'impose.

TVA: frais de cession de titres

La TVA grevant les dépenses engagées à l'occasion d'une cession de titres est-elle récupérable ? (mise à jour de la Lettre Fiscale du 4e trimestre 2010)

Quelques mois seulement après avoir reconnu la possibilité, dans certaines situations spécifiques, de déduire la TVA afférente aux frais de cession de titres de participation, le Conseil d'Etat, par deux arrêts de principe rendus le 23 décembre 2010, est venu apporter un véritable mode d'emploi devant permettre, au moins en théorie, de déterminer si la TVA ayant grevé tel ou tel frais de cession de titres est déductible. [CE, 8^e et 3^e s.-s., 23 décembre 2010, Société Pfizer Holding et SA Michel Thierry, n°307698 et n°324181].

En substance, le Conseil d'Etat distingue désormais les « dépenses engagées en vue de préparer la cession » et les « dépenses inhérentes à la transaction elle-même ».

Les dépenses préparatoires à la cession (e.g., honoraires d'avocats au titre de travaux de *vendor due diligence*) sont réputées dans tous les cas faire partie des frais généraux de l'entreprise, et par suite la TVA les grevant est déductible dans les conditions de droit commun lorsque la cession ne se réalise pas. Lorsque la cession se réalise, ces dépenses demeurent en principe assimilées à des frais généraux mais l'administration fiscale est fondée à remettre en cause la déductibilité de la TVA si elle établit que la cession revêt un caractère patrimonial, ce qui sera le cas si le produit de cession a été distribué, ou si les dépenses engagées ont été incorporées dans le prix de cession des titres.

Les dépenses inhérentes à la transaction (e.g., frais de courtage ou plus généralement toute dépense d'intermédiation permettant de réaliser effectivement la transaction) sont réputées quant à elles, par principe, présenter un lien direct et immédiat avec l'opération de cession de titres (opération non soumise à TVA). La TVA les ayant grevés n'est donc pas déductible sauf à ce que le contribuable soit en mesure d'apporter la preuve que ces dépenses n'ont pas été incorporées dans le prix de cession des titres.

Le Conseil d'Etat précise par ailleurs que les dépenses payées à un même intermédiaire chargé à la fois de préparer et de réaliser la transaction suivent le traitement TVA applicable aux dépenses inhérentes à la transaction.

Séduisant sur le principe, ce nouveau mode d'emploi n'en demeure pas moins critiquable à certains égards et suscite un certain nombre d'incertitudes sur le plan pratique.

Il est certain que les vendeurs de titres devront *a minima*, et ce quel que soit le type de dépenses concernées, se ménager la preuve de la non incorporation des dépenses aux prix de cession. Celle-ci devrait notamment pouvoir être apportée grâce à la comptabilité analytique de l'entreprise cédante, ou plus généralement, grâce à des clauses expresses dans les contrats de cession de titres qui préciseront que les dépenses engagées par le vendeur au titre de la cession des titres resteront à sa charge.

Cela étant, apporter cette preuve pourrait ne pas être suffisant pour justifier de la déductibilité de la TVA ayant grevé lesdites dépenses. En effet, le Conseil d'Etat prévoit désormais, on l'a vu, et en tout cas s'agissant des dépenses préparatoires à la cession, que la déductibilité de la TVA pourrait néanmoins être remise en cause par l'administration si l'opération revêt « *un caractère patrimonial dès lors que le produit de cession a été distribué, quelles que soient les modalités de cette distribution* ».

Cette exigence d'une non distribution du produit de cession, qui constitue une des principales nouveautés des arrêts, nous semble, en soi, contestable dès lors qu'elle aboutit à faire dépendre le traitement TVA de l'utilisation que la société cédante fera des produits de cession, ce qui ne semble pas en ligne avec la

jurisprudence communautaire (voir notamment l'arrêt BLP Group du 6 avril 1995). Elle est par ailleurs critiquable dans la mesure où le Conseil d'Etat ne semble en faire une condition de déductibilité de la TVA qu'au titre des dépenses préparatoires à la cession.

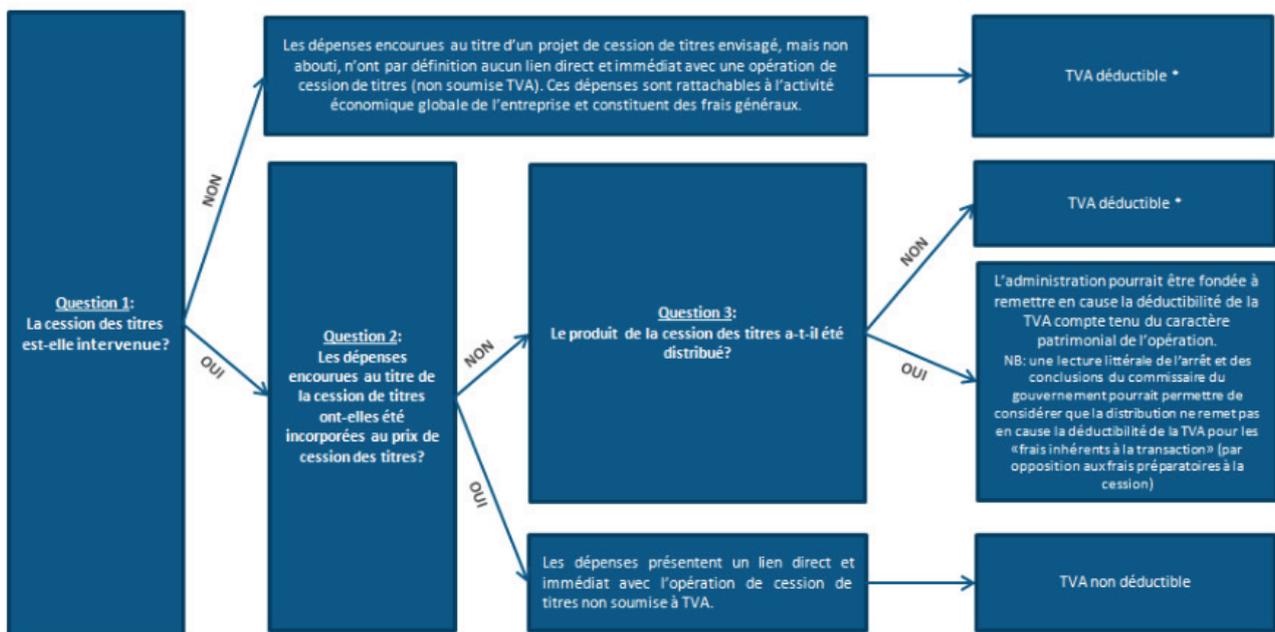
Il existe donc un certain nombre de questions non résolues par les deux arrêts du Conseil d'Etat:

- La TVA afférente à des dépenses inhérentes à la transaction (réputées pourtant, par définition, avoir un lien fort avec une opération de cession non soumise à TVA) pourrait-elle être ainsi déductible sous la seule condition que le contribuable démontre la non incorporation des dépenses au prix de cession, là où la TVA ayant grevé des dépenses préparatoires à la cession (réputées pourtant avoir davantage un lien avec l'activité économique globale

de l'entreprise) ne le serait que si le contribuable démontre, en sus, la non distribution du produit de cession ;

- Quel est l'impact d'une distribution partielle du prix de cession sur le traitement TVA des dépenses afférentes à cette cession (le commissaire du gouvernement prévoit dans ses conclusions que dans cette hypothèse, « il faudra faire du prorata ») ?
- Y-a-il une limite dans le temps à partir de laquelle une distribution ne caractérisera plus une opération patrimoniale susceptible de remettre en cause la déductibilité de la TVA ?

Nous présentons ci-dessous une grille de lecture pratique résumant les questions que doit se poser un contribuable qui supporte des frais au titre d'une opération de cession de titres de participation.



(*) la TVA afférente aux frais de cession de titres n'est en tout état de cause déductible que sous réserve de la production de pièces justificatives (e.g., factures, comptabilité analytique, ...).

Mayer Brown is a leading global law firm serving many of the world's largest companies, including a significant portion of the Fortune 100, FTSE 100, DAX and Hang Seng Index companies and more than half of the world's largest investment banks. We provide legal services in areas such as Supreme Court and appellate; litigation; corporate and securities; finance; real estate; tax; intellectual property; government and global trade; restructuring, bankruptcy and insolvency; and environmental.

OFFICE LOCATIONS AMERICAS: Charlotte, Chicago, Houston, Los Angeles, New York, Palo Alto, São Paulo, Washington DC
 ASIA: Bangkok, Beijing, Guangzhou, Hanoi, Ho Chi Minh City, Hong Kong, Shanghai
 EUROPE: Berlin, Brussels, Cologne, Frankfurt, London, Paris
 TAIL & CHEQUER ADVOGADOS in association with Mayer Brown LLP: São Paulo, Rio de Janeiro
 ALLIANCE LAW FIRMS: Spain (Ramón & Cajal); Italy and Eastern Europe (Tonucci & Partners)

Please visit our web site for comprehensive contact information for all Mayer Brown offices. www.mayerbrown.com

Mayer Brown is a global legal services organisation comprising legal practices that are separate entities (the Mayer Brown Practices). The Mayer Brown Practices are: Mayer Brown LLP, a limited liability partnership established in the United States; Mayer Brown International LLP, a limited liability partnership (regulated by the Solicitors Regulation Authority and registered in England and Wales number OC 303359); Mayer Brown JSM, a Hong Kong partnership, and its associated entities in Asia; and Tail & Chequer Advogados, a Brazilian law partnership with which Mayer Brown is associated. "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of the individual Mayer Brown Practices in their respective jurisdictions.

© 2011. The Mayer Brown Practices. All rights reserved.