

Nouvelle Convention Fiscale entre la France et le Luxembourg

MAYER BROWN

La France et le Luxembourg ont signé une nouvelle convention fiscale bilatérale le 20 mars 2018 (la « **Nouvelle Convention** »). Cette nouvelle convention fiscale modifie substantiellement les règles à l'œuvre dans la convention applicable jusqu'à présent (datant d'avril 1958) pour les mettre au diapason des lignes directrices de l'OCDE et des mesures prises pour lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (projet BEPS).

Les développements qui suivent analysent les points essentiels contenus dans ce traité.

1. Accès à la convention : nouvelle définition de la résidence fiscale

La convention de 1958 avait pour particularité de ne pas contenir de condition d'assujettissement à l'impôt pour pouvoir accéder à ses dispositions. Ainsi, des entités exonérées d'impôts pouvaient bénéficier pleinement des limitations de retenues à la source contenues dans la convention.

L'article 4 de la Nouvelle Convention prévoit désormais que le terme « résident d'un Etat contractant » désigne toute personne qui « en vertu de la législation de cet Etat, est assujettie à l'impôt dans cet Etat, en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère de nature analogue [...] ».

Depuis un arrêt de 2015 (CE 9 novembre 2015, LHV, N° 370054), le Conseil d'Etat considère que cette définition exclut de facto toute personne structurellement exonérée d'impôt à raison de son statut ou de son activité, c'est-à-dire notamment certains organismes de placement collectifs tels que les SPPICAV ou les SICAV.

Le paragraphe 4 de l'article 4 précise que les sociétés soumises au régime d'imposition des sociétés de personnes sont considérées comme résidentes de l'Etat dans lequel elles ont leur siège de direction (les SCI françaises devraient donc être considérées comme résidentes françaises pour les besoins de la Nouvelle Convention).

2. Plus-values : l'imposition dans l'Etat de résidence, sauf pour les biens immobiliers

Par principe, l'article 13 de la Nouvelle Convention octroie le droit d'imposer les plus-values de cession d'actifs à l'Etat de résidence du cédant. Par exception, ce droit d'imposer revient à l'Etat de situation des actifs cédés lorsque ces actifs sont (i) des immeubles ou (ii) des actions, parts et autres droits qui tirent plus de 50 % de leur valeur, directement ou indirectement, de biens immobiliers à tout moment au cours des 365 jours qui précèdent la cession.

Cette règle reprend en substance celle qui était prévue dans la convention de 1958 telle qu'amendée en 2014. Elle ajoute cependant à cette dernière en prévoyant que le ratio de 50% s'apprécie à tout moment au cours des 365 jours qui précèdent l'aliénation.

Cet article prévoit également une clause dite de « participation substantielle » qui permet à un Etat d'imposer les plus-values de cession de titres d'une société qui y réside et réalisées par des personnes physiques lorsque ces titres représentent plus de 25% du capital de ladite société. L'article 13(5) prévoit en outre une clause anti-abus afin d'éviter les cessions directement réalisées à l'issue d'un déménagement dans l'autre Etat.

3. Dividendes : de nouvelles limitations de retenue à la source et une définition élargie pour prendre en compte les revenus réputés distribués

RÈGLES GÉNÉRALES

Sous l'empire de la convention de 1958, les dividendes étaient susceptibles de se voir prélever une retenue à la source limitée à :

- 5% du montant brut des dividendes si le bénéficiaire est une société de capitaux qui détient directement au moins 25% du capital de la société qui distribue les dividendes ; et
- 15% du montant brut des dividendes, dans tous les autres cas.

La Nouvelle Convention supprime ces taux et prévoit désormais à son article 10(2) :

- Une exonération totale de retenue à la source lorsque le bénéficiaire effectif est une société qui détient directement au moins 5% du capital de la société qui distribue les dividendes pendant au moins 365 jours (article 10(2)(b)) ; et
- 15% dans les autres cas (article 10(2)(a)).

Par ailleurs, aux termes de l'article 10.3, la définition de la notion de dividendes est modifiée pour y inclure notamment les revenus réputés distribués. Ainsi, aux termes de cette clause, les intérêts versés par une société française à une entité liée luxembourgeoise excédant le taux prévu par l'article 39.1.3° du Code général des impôts pourraient être assujettis à une retenue à la source en application de la Nouvelle Convention sauf à démontrer que le taux d'intérêt pratiqué correspond à un taux de marché.

RÈGLES SPÉCIFIQUES AUX OPCIS

La convention de 1958 ne prévoyait pas de règles spécifiques en matière de dividendes versés à des entités luxembourgeoises par des OPCIS constitués sous la forme de sociétés en France (SPPICAV). Par conséquent, lorsque l'entité luxembourgeoise détenait plus de 25% du capital de la SPPICAV, une retenue à la source limitée à 5% était applicable en France.

L'article 10(6) de la Nouvelle Convention prévoit des règles particulières pour les dividendes payés à partir de revenus ou de gains tirés de biens immobiliers versés par des véhicules d'investissements qui distribuent la plus grande partie de leurs revenus immobiliers annuellement et qui bénéficient d'une exonération d'impôt (i.e., essentiellement les OPCIS français). Ces dividendes sont désormais soumis à une retenue à la source limitée à 15% dans l'Etat de situation du véhicule qui paye le dividende, sauf dans les cas où le bénéficiaire effectif du dividende détient au moins 10% du capital de ce véhicule. Dans ce dernier cas, les retenues à la source de droit interne s'appliquent (i.e. 30% actuellement en France - réduit progressivement à 25% à compter de 2022 - sur les dividendes versés par des OPCIS français à des personnes morales non résidentes, réduit à 15% dans certains cas limités).

4. Clause anti-abus – « Principal Purpose Test »

Parmi les différentes innovations prévues par la Nouvelle Convention se trouve l'inclusion d'une clause de « refus d'octroi des avantages conventionnels » à l'article 28. Cette clause est directement inspirée des travaux de l'OCDE dans le cadre du projet BEPS et vise à refuser l'octroi d'avantages conventionnels lorsque « compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation, l'octroi de cet avantage était un des objets principaux d'un montage ou d'une transaction ayant permis, directement ou indirectement, de l'obtenir ». Cette clause promeut ainsi une règle de Principal Purpose Test ou PPT, qui s'inscrit clairement dans l'objectif exposé en préambule de la Nouvelle Convention à savoir éviter de créer des situations de non-imposition notamment par le mécanisme de « treaty shopping ».

Cette règle s'applique à l'ensemble des dispositions conventionnelles. Les contribuables souhaitant ainsi bénéficier des dispositions de la Nouvelle Convention devront être capables de mettre en avant une justification économique évidente de la structuration transfrontalière de leurs activités. Il convient de noter à ce titre que cette règle anti-abus s'éloigne de celle de l'abus de droit prévu par l'article L. 64 du LPF en ce qu'elle se fonde uniquement sur la recherche d'un avantage conventionnel à titre principal et non à titre exclusif comme le prévoit la règle de droit interne. Le champ d'application de cette clause est donc particulièrement large et ne manquera pas de susciter des débats et incertitudes dans les opérations de M&A / LBO.

5. Entrée en vigueur

Afin de rentrer en vigueur, la convention doit être ratifiée par les parlements des deux pays. En ce qui concerne les retenues à la source l'entrée en vigueur se fera l'année qui suit la dernière notification par l'un des deux Etats.

Ainsi, cette Nouvelle Convention pourrait s'appliquer à compter du 1er janvier 2019 si le processus de ratification est achevé dans les deux États durant l'année 2018.

MAYER BROWN PARIS | EQUIPE FISCALE

Créé en 1881, Mayer Brown compte aujourd'hui plus de 1800 avocats répartis dans 21 capitales économiques en Amérique, Asie et Europe. Avec 115 avocats dans le monde, l'équipe fiscale intervient dans tous les domaines de la fiscalité des entreprises et des personnes physiques.

A Paris, l'équipe est composée de 15 avocats spécialisés dans la structuration des opérations d'acquisitions (y compris due diligence) et de LBO ainsi que dans la création de fonds d'investissement. Ils assistent également les grands groupes français dans leur gestion fiscale au quotidien et leurs contentieux fiscaux.

En matière de prix de transfert, l'équipe parisienne s'appuie sur le centre européen « Prix de Transfert » de Mayer Brown situé à Bruxelles.

Laurent Borey

Partner, Paris
E: lborey@mayerbrown.com
T: +33 1 53 53 51 87

Benjamin Homo

Partner, Paris
E: bhomo@mayerbrown.com
T: +33 1 53 53 03 59

Olivier Parawan

Partner, Paris
E: oparawan@mayerbrown.com
T: +33 1 53 53 43 46

Christopher Lalloz

Partner, Paris
E: clalloz@mayerbrown.com
T: +33 1 53 53 51 84

Elodie Deschamps

Partner, Paris
E: edeschamps@mayerbrown.com
T: +33 1 53 53 51 89