

Résumé

- ›2 La France se dote enfin d'un régime de **donation d'entreprises** fiscalement attractif.
- ›4 La France permet désormais aux entreprises de céder leurs titres de participation moyennant une pression fiscale réduite à 1,7% d'impôt sur les sociétés. Ce régime d'exonération se limite cependant aux seuls **investissements durables**.
- ›5 La Cour de cassation française statuant en matière civile place le concept d'«aléa» au cœur de la **notion d'assurance-vie** et renforce ainsi la sécurité juridique de ces placements pour les investisseurs.
- ›6 Le respect de certaines conditions permet à un groupe international bénéficiant d'un **accord préalable** de sécuriser sa politique de **prix de transfert** et d'appréhender sereinement les interventions – voire les vérifications – des administrations fiscales locales.
- ›8 Le législateur français réforme l'article 209 B du CGI afin de le rendre **euro-compatible**.
- ›10 Les gestionnaires de fonds qui introduisent dans les portefeuilles gérés des lignes de «**hedge funds**» ont tout intérêt à proposer à leurs clients un mandat de gestion spécifique.

Donation d'entreprises françaises

Depuis plusieurs années déjà le législateur français, soucieux de la pérennité des entreprises, surtout des PME et du tissu économique qu'elles constituent, prend en considération les études des démographes, qui prévoient que plus de 500 000 chefs d'entreprise français vont prendre leur retraite dans les dix prochaines années.

Un projet de loi en faveur des PME actuellement en discussion devant le Parlement vient compléter les dispositifs en vigueur, eux-mêmes issus d'une réforme engagée depuis 1999. En effet, une loi du 31 décembre 1999 avait déjà institué une **exonération partielle de droits de mutation par décès** sur les transmissions d'entreprises, moyennant le respect d'engagements de conservation par les héritiers. C'est en 2003 qu'une étape supplémentaire a été franchie, grâce à la loi « Dutreil » du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, qui a étendu le bénéfice de cette exonération partielle aux **donations en pleine propriété**. Le législateur a ainsi institué un **régime commun aux donations et aux successions**.



Ce dispositif fiscal actuellement en vigueur – certes attractif – reste toutefois insuffisant car il inclut dans son champ d'application seulement les transmissions **en pleine propriété**, et il limite l'exonération à **50 % de la valeur des titres transmis** (en outre, il n'est accordé qu'en contrepartie du respect d'engagements de **conservation des actions transmises**, selon des mécanismes juridiques relativement complexes, et pour une durée qui ne peut pas être inférieure à huit années).

Le gouvernement français vient de franchir une nouvelle étape en déposant un projet de loi « en faveur des petites et moyennes entreprises », actuellement en discussion devant le Parlement. Ce texte prévoit, à ce stade de la discussion, d'étendre le dispositif aux donations avec **réserve d'usufruit**,

et de porter l'exonération de 50 à **75 %**. Outre l'accroissement du quantum de l'exonération qui représente bien évidemment une avancée favorable, ce dispositif présente surtout l'avantage de permettre désormais au chef d'entreprise de donner la seule **nue-propriété** des actions de l'entreprise. Il peut ainsi continuer à percevoir durant sa retraite tout ou partie des dividendes distribués par la société.

Notons qu'en cas de donation avec réserve d'usufruit, les contribuables ne pourront pas cumuler l'exonération partielle de 75 % avec les réductions de « droit commun » de 35 % et 10 % (selon l'âge du donateur), applicables aux donations entre vifs. En revanche, en cas de donation **en pleine propriété**, l'exonération de 75 % se cumulera alors avec ces réductions de droits, dont on

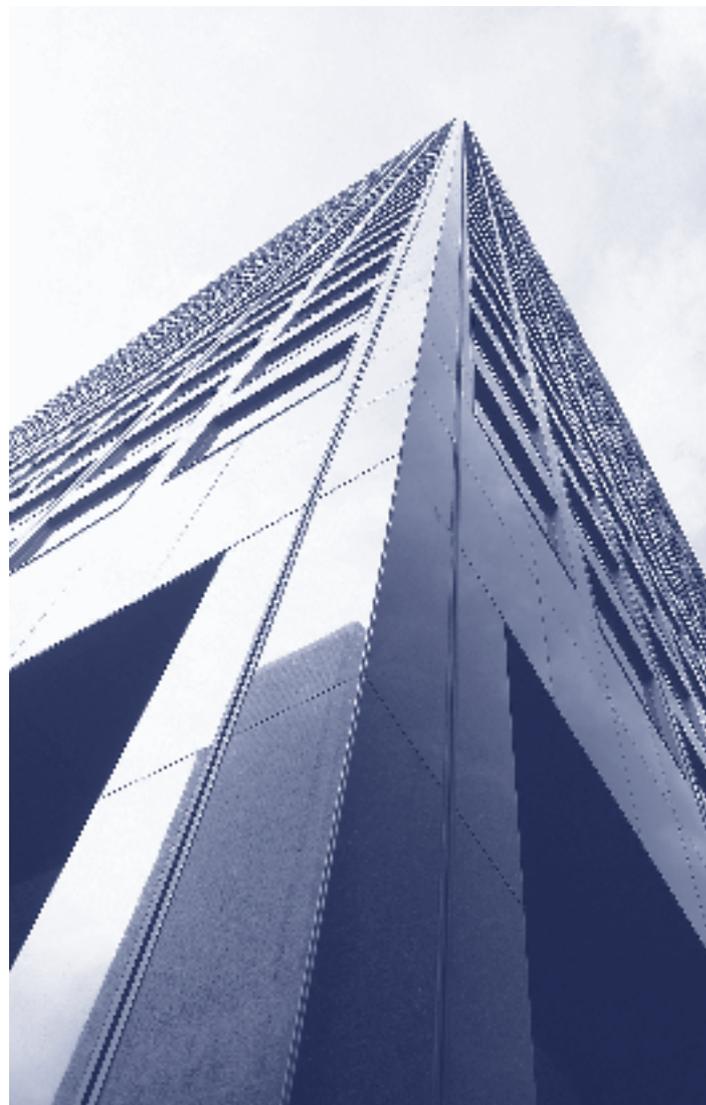
rappelle qu'elles sont portées à 50% pour les donations en pleine propriété effectuées avant le 31 décembre 2005.

Pour illustrer ces principes, prenons l'exemple d'un chef d'entreprise âgé de 65 ans et désireux de transmettre les parts de son entreprise (évaluées à 10 millions d'euros) à ses deux enfants. Dans ce cas, le poids des droits de mutation pourrait varier entre 3% et 36% de la valeur de l'entreprise... selon le schéma choisi :

	Transmission par décès	Donation en pleine propriété	Donation en nue propriété
Sans souscription d'un engagement de conservation	3 597 600 €	1 798 800 €	1 797 840 €
Avec souscription d'un engagement de conservation	647 600 €	323 800 €	312 600 €

Notre avis:

Grâce à ce texte les chefs d'entreprise français vont disposer d'un instrument de transmission qui, bien utilisé, pourra se révéler particulièrement efficace. Reste que ce nouveau dispositif ne règle pas totalement la question douloureuse de l'exonération d'ISF des biens professionnels, qui prend fin avec la transmission de l'entreprise, même si certains schémas permettront désormais de pérenniser cette exonération.



«SOPARFI à la française» et investissements durables

On sait que la France vient d'instaurer un nouveau régime particulièrement attractif au profit des sociétés françaises soumises à l'impôt sur les sociétés, en leur permettant de céder leurs titres de participation moyennant une **pression fiscale réduite à 1,7%**, à compter du 1^{er} janvier 2007 (3% en 2006 et 5% en 2005).

L'administration n'a toujours pas commenté ce texte issu de la loi de finances rectificative pour 2004 (cf. *Ledgenda* n°4), mais il ne fait pas de doute qu'elle en fera une **application restrictive** compte tenu des avantages financiers qu'il procure aux entreprises. Il est donc crucial d'être en mesure de distinguer dès à présent les titres susceptibles de bénéficier de l'exonération d'impôt de plus-value, de ceux imposables au taux de 15% ou de 34%.

(i) **Les titres exonérés** (sous réserve d'une quote-part de frais et charges de 5% en base, soit environ 1,7% d'impôt sur les sociétés) : il s'agit de ceux qui revêtent le caractère de titres de participation au plan comptable, c'est-à-dire dont la **possession durable** est estimée utile à l'activité de l'entreprise, notamment parce qu'elle permet d'exercer une influence sur la société émettrice des titres ou d'en assurer

le contrôle. Par simplification, le législateur assimile à des titres de participation ceux ouvrant droit au **régime des sociétés mères et filiales** tel que défini à l'article 145 du CGI. Ces titres doivent répondre à deux conditions pour être éligibles à ce régime : être détenus depuis **plus de deux ans** et représenter plus de **5% du capital** de la société filiale, qu'elle soit française, ou même étrangère.

Notons que les titres acquis dans le cadre d'une OPA ou d'une OPE bénéficient aussi du régime d'imposition au taux de 1,7%.

Les titres qui ne répondent pas à ces conditions sont en revanche imposables à l'impôt sur les sociétés, soit au taux normal de 34%, soit à celui de 15%.

(ii) **Les titres taxables à 34%** : il s'agit des **titres de placement**, entendus comme constituant des **titres spéculatifs**, dès lors qu'ils sont détenus depuis moins de deux ans ou représentent moins de 5% du capital de la société filiale.

(iii) Enfin, d'autres titres, bien que détenus depuis plus de deux ans, demeurent soumis à l'ancien régime des plus-values à long terme, lesquelles restent imposables,

mais désormais au taux de 15% (au lieu de 19%). Ces titres sont les suivants : titres de sociétés à **prépondérance immobilière** ; titres dont le prix de revient est au moins égal à 22,8 M€ et qui représentent moins de 5% du capital de la société détenue ; parts de FCPR ou actions de sociétés de capital-risque.

Notre avis :

Le nouveau régime de «SOPARFI à la française», c'est-à-dire de **société holding**, est bien évidemment très favorable, mais pour autant que l'éligibilité des titres inscrits à l'actif de la société ne puisse pas être contestée. L'analyse de ce nouveau régime met clairement en évidence que le Législateur a entendu **limiter l'exonération aux seuls investissements financiers durables**, en maintenant l'imposition, des investissements spéculatifs à court ou moyen terme et des investissements immobiliers réalisés sous couvert de sociétés de capitaux.



L'aléa : pierre angulaire de l'assurance-vie

Vingt millions de Français ont souscrit un contrat d'assurance-vie pour **trois raisons** : l'allongement de la durée de vie, la financiarisation du patrimoine et le régime fiscal de faveur attaché à ce type de contrat en matière de droit de succession et d'impôt sur le revenu.

Dans le contexte français de pression fiscale, l'assurance vie fait figure de placement « idéal », passant au fil du temps d'un contrat de prévoyance à un contrat de capitalisation. La diversification des produits proposés a cependant fait naître un débat de fond sur la **nature juridique de ces contrats**. En effet, les contrats actuellement souscrits sont le plus souvent « mixtes », c'est-à-dire combinant une assurance en cas de vie et une assurance en cas de décès (l'assureur s'engageant à payer une somme, soit à l'assuré lui-même s'il est vivant à l'échéance du contrat, soit à ses ayants droit s'il est décédé).

Or, le contrat d'assurance vie est par nature un **contrat aléatoire** par application des articles L 310-1 et R 321-1 du Code des assurances français. La seule référence à un événement incertain dépendant de la vie humaine devrait suffire en principe à caractériser cet aléa. La doctrine craignait cependant que les contrats « mixtes », en conjuguant les deux risques — le risque de vie (l'assureur s'engage à verser au souscripteur le capital placé et ses fruits s'il est en vie) et le risque de mort (l'assureur s'engage à verser ce même montant au bénéficiaire désigné du contrat lors de la survenance du décès) — perdent finalement leur caractère aléatoire, les deux « risques » se neutralisant.

Par quatre arrêts de principe du 23 novembre 2004 rendus en matière civile (affaires *Coulon*, *Crédit Foncier de France*, *Wangermee* et *Darmant*), la **Cour de cassation** vient de conforter la position des investisseurs. Elle a jugé que : « le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un »

►aléa au sens de l'article L 310-1 al. 1 et R 321-1 al. 20 du Code des assurances et constitue un contrat d'assurance sur la vie».

Il faut noter que la Cour a cependant expressément visé le cas spécifique de fraude. En effet, il résulte de l'article L 132-13 du Code des assurances que les règles du rapport à la succession et celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers ne s'appliquent pas aux sommes versées par le contractant à titre de primes, à moins que celles-ci n'aient été **manifestement exagérées eu égard à ses facultés**. La Cour de cassation a donc procédé au contrôle *in concreto* du niveau des sommes versées, niveau qui s'apprécie au moment du versement au regard de l'âge ainsi que de la situation patrimoniale et familiale du souscripteur.

Notre avis:

La Cour de cassation a été amenée à trancher des problématiques touchant au droit civil et au droit successoral (règles du rapport à la succession et de l'atteinte à la réserve des héritiers). Cette nouvelle jurisprudence n'entraîne pas de conséquences directes en matière fiscale, notamment pour la liquidation des droits de succession. En effet, le régime fiscal des contrats d'assurance en cas de décès prévu aux articles 757 B et 990 I I. du CGI ne fait pas expressément référence à la qualification du contrat au regard du droit civil, et ne tire donc aucune conséquence de l'existence, ou non, d'un aléa.

Cependant, dès lors que le droit civil gouverne le droit fiscal, la requalification des contrats d'assurance vie au regard du droit civil aurait créé une insécurité juridique qui aurait nécessairement détourné les investisseurs de ces placements, par ailleurs fiscalement attractifs. Ce courant jurisprudentiel constitue donc une avancée très positive pour les investisseurs.

Aspects pr accord pré

Les entreprises françaises et étrangères peuvent solliciter des administrations la conclusion d'un **accord préalable** sur la **méthode de détermination des prix**, qui s'appliquera lors des futures transactions intra-groupe. Depuis le **1^{er} janvier 2005**, lorsque l'administration française a conclu un tel accord, soit avec l'autorité compétente désignée par une convention fiscale bilatérale, soit avec le contribuable, elle ne peut procéder à aucun rehaussement d'imposition sur les prix pratiqués conformément à cet accord (article L 80 B 7° du LPF).



Pratiques de la négociation d'un accord préalable sur les prix de transfert

La conclusion d'accords préalables sur les prix de transfert (APP) est relativement récente et soulève de nombreuses interrogations. Le *réseau Ledgis* a récemment négocié un tel accord pour le compte d'un groupe industriel suisse ayant des filiales en France. Cette négociation, qui s'est déroulée sur environ 18 mois, s'est finalement révélée **très positive** grâce à la **coopération des autorités fiscales des deux pays**.

En pratique, le processus de négociation se déroule en quatre temps.

1. La **première réunion** présente les équipes de négociation et transmet et commente aux autorités l'ensemble de la documentation sur laquelle la demande d'APP se fonde. La documentation remise comporte trois rapports comprenant :

- l'analyse globale des fonctions du groupe ;
- l'analyse fonctionnelle des entités françaises ;
- l'analyse du contexte économique et du marché sur lequel évolue le groupe.

2. Sur la base de ces documents, les autorités fiscales, lors d'un deuxième rendez-vous, demandent des éclaircissements né-

cessaires à leur parfaite compréhension des relations et des systèmes de facturation au sein du groupe.

3. Une fois ces informations apportées, les administrations fiscales rédigent alors un projet d'APP qui est ensuite soumis, pour avis, au contribuable.

4. Un dernier rendez-vous de clôture de la

négociation permet la finalisation de l'accord.

Ainsi négocié, l'accord qui couvre une période de **trois à cinq ans**, prévoit les conditions de son renouvellement, de sa révision, les cas d'annulation, ainsi que la prise d'effet, laquelle intervient nécessairement après la signature.

Notre avis :

L'expérience retirée de cette négociation conduit aux **recommandations suivantes** :

1) En présence de cas particuliers spécifiques, il est préférable pour éviter de ralentir la conclusion de l'accord général, voire son échec, de formuler une demande d'accord ayant un champ d'application **partiel** ne visant que certaines sociétés du groupe ou certaines transactions prédéfinies.

2) Les **méthodes** de prix de transfert retenues doivent être décrites avec **précision** pour chaque catégorie de transaction. Il est conseillé de reprendre ces méthodes dans un document annexé à l'accord et comprenant des **exemples circonstanciés**, ceci afin d'éviter que les méthodes retenues ne donnent lieu à des interprétations divergentes, notamment par les différents services de vérifications fiscales.

3) Enfin, il est souhaitable de joindre à l'accord le **modèle** du rapport annuel que le contribuable aura à déposer chaque année, et par lequel il justifiera que les méthodes visées dans l'accord ont bien été appliquées.

Un nouvel article 209 B

Au début des années 80, le législateur français a institué une disposition en vue de lutter contre l'évasion fiscale internationale, codifiée sous l'article 209 B au Code général des impôts. Ce dispositif prévoyait qu'une société française détenant au moins 25% des droits sociaux d'une société établie dans un Etat à fiscalité privilégiée, était imposée en France sur les bénéfices réalisés par cette filiale étrangère, à hauteur de sa participation. Par un arrêt *Schneider Electric* du 28 juin 2002, le Conseil d'Etat a considéré que ce dispositif n'était pas compatible avec la convention fiscale franco-suisse, et en a écarté l'application (cf. *Ledgenda* n°1). Afin de tenir

compte de cette jurisprudence, et du risque d'une condamnation par la Cour de Justice des Communautés Européennes sur le fondement de la violation du principe de la liberté d'établissement, le législateur a profondément aménagé le dispositif de ce qui constitue un nouvel article 209 B.

Ces dispositions, qui s'appliqueront en pratique à compter de 2006, sont novatrices sur les points suivants (en substance) :

(i) Le taux de détention de la filiale étrangère est désormais porté de 25% à 50% des actions, parts, droits de vote ou droits financiers.

(ii) La notion de régime fiscal privilégié, jusqu'alors librement appréciée par le juge, est à présent **strictement définie** : elle correspond à une imposition inférieure de 50% à l'impôt français. Cette disposition soulève de nombreuses questions quant à la prise en compte ou non des retenues à la source éventuellement supportées par l'entité étrangère.

(iii) Les bénéfices de l'entité étrangère sont désormais taxés au niveau de la société française dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, ce qui permet à la France d'imposer ces sommes, ceci sans violer la plupart des dispositions conventionnelles.



En effet, les conventions signées par la France réservent en général à l'Etat de la source le droit d'imposer les revenus d'exploitation, mais attribuent à l'Etat de l'actionnaire, à savoir la France, l'imposition des revenus de capitaux mobiliers.

(iv) Le nouvel article 209-B contient deux clauses de sauvegarde qui permettent à un contribuable se trouvant théoriquement dans son champ d'application, de s'en exonérer :

- la première concerne les entités juridiques établies ou constituées dans un Etat de l'Union Européenne : ces entités sont placées hors du champ d'application de l'article 209 B, dès lors que leur implantation ne résulte pas d'un montage artificiel.

- la seconde concerne les entités établies ou constituées en dehors de l'Union Européenne, mais pour lesquelles leur mère française parvient à justifier du caractère industriel ou commercial effectif de l'activité. Il faut noter que cette clause de sauvegarde comporte une clause anti-abus, qui peut elle-même être écartée dans certains cas par la justification que l'implantation locale a un effet autre que de permettre la localisation de bénéfices dans un Etat à fiscalité privilégié.



Notre avis:

La réécriture « obligée » de l'article 209 B marque une nouvelle fois l'influence du droit international sur le droit fiscal français : la France ne peut plus maintenir durablement dans sa législation des mesures ouvertement discriminatoires (en ce sens aussi les arrêts rendus en matière d'*exit tax*). Cette tendance forte permet donc raisonnablement d'anticiper une réforme similaire de l'article 123 bis, couramment appelé « 209 B des particuliers » lequel prévoit, rappelons-le, l'imposition en France des revenus d'un résident français, localisés dans une structure étrangère soumise à un régime fiscal privilégié (trust, fiducie, IBC).

Ce nouveau dispositif sera commenté par l'Administration française dans une importante instruction appelée à être publiée dans le courant de cet automne.

Introduction des *hedge funds* dans les portefeuilles gérés

L'engouement des investisseurs pour les *Hedge Funds* contraste avec la retenue manifestée par les autorités de régulation, qui craignent que les professionnels de la gestion de fortune et leurs clients n'appréhendent incorrectement la nature du risque lié à ce type de placement.

La position de l'Association Suisse des Banquiers (ASB) est caractéristique de cette retenue. Le chiffre 12 des Directives ASB de 2003 relatives au mandat de gestion de fortune – directives considérées par le Tribunal fédéral comme ayant une valeur d'usages professionnels lorsqu'il s'agit d'interpréter et de compléter le mandat de gestion entre les parties – prévoit : «En vue de diversifier l'ensemble du portefeuille, des placements non traditionnels peuvent être effectués pour autant qu'ils soient structurés selon le principe "Fund of Funds" ou qu'ils offrent la garantie d'une diversification équivalente et qu'ils soient aisément négociables conformément au chiffre 10».

Le Commentaire de l'ASB précise que les *Hedge Funds* sont compris dans le titre du chiffre 12 des Directives «placements non

traditionnels» et que la formule «en vue de diversifier l'ensemble du portefeuille» doit être comprise comme une référence à la diversification de la totalité du portefeuille. L'ASB admet ainsi que les *Hedge Funds* peuvent être utiles à la diversification des risques d'un portefeuille géré.

En présentant les *Hedge Funds* comme un instrument de diversification, cette formule sous-entend qu'il n'est pas possible d'y investir la totalité d'un portefeuille géré. Aucune précision n'est toutefois apportée concernant la part d'actifs susceptible d'être allouée. Selon l'ASB, il n'est pas envisageable de répondre à ces questions en dehors de l'analyse d'un cas d'espèce.

Doivent ainsi être pris en compte le niveau d'information communiqué au client ainsi que son accord sur les placements réalisés via ce type de support.

Tout comme l'ASB, la Commission fédérale des banques (CFB) se refuse à préciser la part d'un portefeuille géré qui peut être investie en *Hedge Funds*. Selon la Commission, il s'agit d'une problématique purement contractuelle. Si le client d'une banque devait se plaindre d'un dommage lié à une allocation en *Hedge Funds* supérieure à 50% ou 60%, la CFB se limiterait à vérifier d'une part, que le client a été dûment informé des placements et qu'il y a donné son accord et, d'autre part, que le



dommage n'est dû à aucune défaillance de la banque relative à son organisation. Pour le surplus, la CFB renverrait les parties devant le juge civil.

Le chiffre 12 des Directives précise que les *Hedge Funds* doivent être aisément négociables et structurés selon le principe «Fund of Funds» ou offrir la garantie d'une diversification équivalente. Ce critère de diversification permet de conclure que la partie du portefeuille investie dans des placements non traditionnels doit, elle aussi, être diversifiée. Ainsi, plus la partie du portefeuille investie en *Hedge Funds* est élevée, et plus il paraît souhaitable d'investir dans un nombre important de *Hedge Funds*.

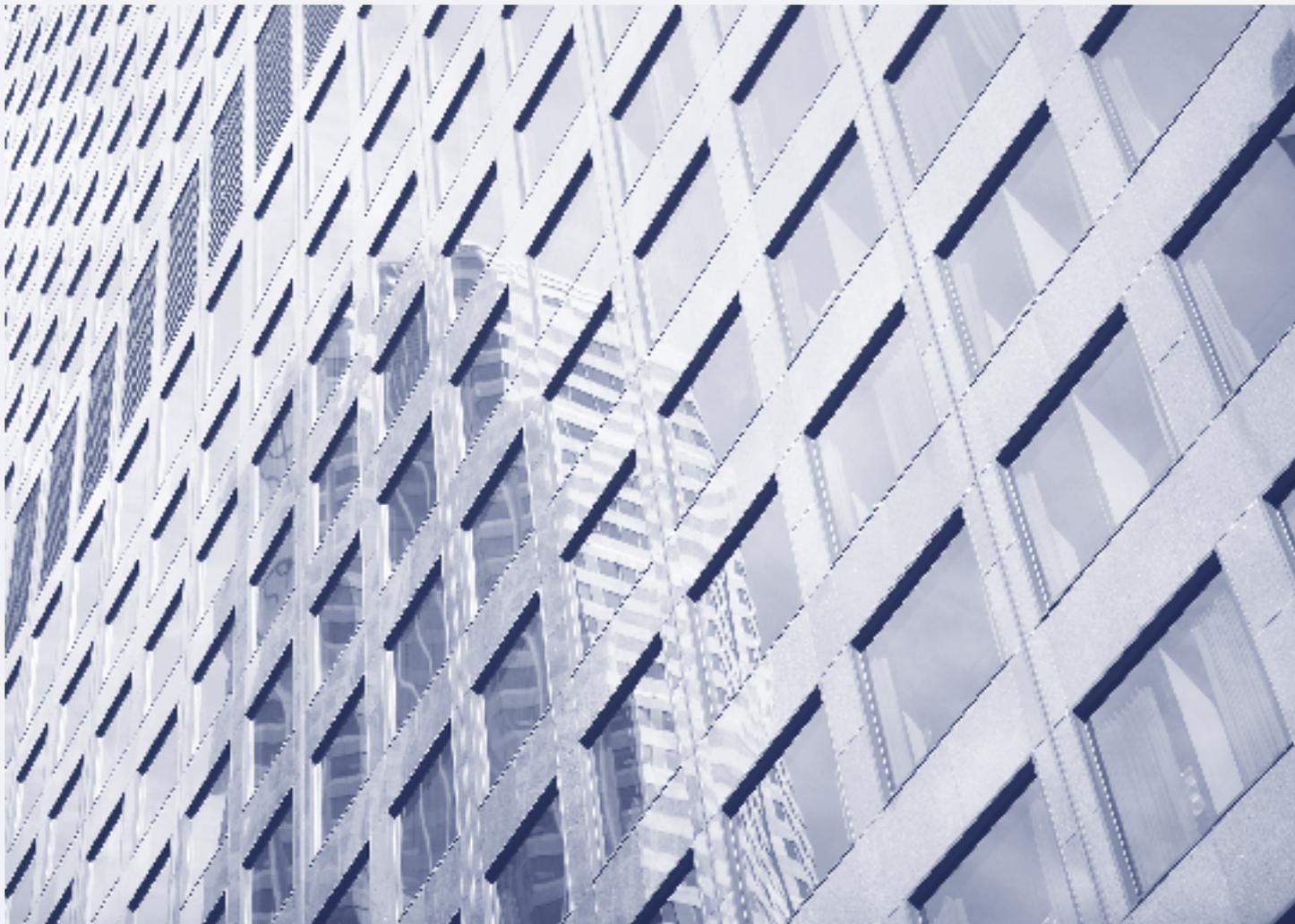
Notre avis:

(i) Comme il existe de nombreux *Hedge Funds* au profil conservateur, beaucoup moins sensibles aux fluctuations du marché que ne le sont les actions et les obligations, on peut se demander si ce type de placement mérite toujours la qualification de «placements non traditionnels».

(ii) Mais en l'état actuel des Directives de l'ASB, il semble peu recommandé pour le banquier ou le gestionnaire indépendant, quel que soit le profil de risque du portefeuille et quel que soit le profil de risque du *Hedge Fund*, d'investir une part importante dans ces fonds.

(iii) En pratique, les opérateurs ont tout intérêt à utiliser, à l'instar de ce que font déjà certains établissements financiers, un **mandat de gestion spécifique** contenant l'autorisation du client d'investir une partie déterminée de son portefeuille dans des *Hedge Funds*, et précisant les risques particuliers que ces instruments financiers peuvent présenter.





Cabinets membres :

Fasel Bochatay Tsimaratos
Rue du 31 Décembre, 47
CH-1207 Genève
Tél. +41 22 849 60 40
Fax +41 22 849 60 50
info@fbt.ch
www.fbt.ch

CLC.avocats
65, avenue Marceau
F-75116 Paris
Tél. +33 1 47 20 72 72
Fax +33 1 47 20 72 70
clc@clc-avocats.com
www.clc-avocats.com

RWB
Avenue C.-F. Ramuz, 43
Case postale 1376
CH-1001 Lausanne
Tél. +41 21 711 71 00
Fax +41 21 711 71 57
www.rwblaw.ch



Réseau d'Avocats