

283

Les aspects internationaux de la fiscalité du patrimoine

Conférence de l'IFA, 9 novembre 2010

Philippe DEROUIN,

avocat associé, Skadden Arps Slate Meagher & Flom LLP

Marie-Christine LEPETIT,

directrice de la législation fiscale

Nicole GOULARD,

avocat associé, Landwell et associés

Michel LABEAUME,

*responsable de la fiscalité personnelle et patrimoniale
Société Générale*

Armand LIMONGI,

directeur fiscal d'Axa international

La branche française de l'IFA a organisé le mardi 9 novembre 2010 une conférence sur les aspects internationaux de la fiscalité du patrimoine, de la mobilité internationale des personnes à la mondialisation des placements. Rarement traitée, cette problématique justifiait la diversité des intervenants en présence, représentants de l'Administration, professionnels de la banque et de l'assurance et praticiens du droit.

L'importance économique du sujet est certaine : depuis une quinzaine d'années, les investissements tant en portefeuille qu'immobiliers ont connu un développement plus important que les investissements directs des entreprises. Les sommes en jeu sont considérables et la diversité géographique s'accroît avec la mondialisation croissante de ces investissements. Ainsi, et malgré la crise, l'activité professionnelle de la gestion d'actifs, en matière d'assurance, de fonds d'investissement, de retraite et autres investisseurs institutionnels s'est fortement accrue.

La conférence intervenait au cœur de l'actualité puisque, le 15 octobre 2010, le Haut Comité de Place a adopté un plan de relance pour la gestion d'actifs en France. Le 28 octobre 2010, la CJUE a statué sur la portée du principe de libre circulation des capitaux en matière d'investissement immobilier dans l'affaire *Éts Rimbaud SA*¹. Le même jour, la Commission européenne a publié un communiqué dans lequel elle prenait position sur le bouclier fiscal français et soulignait les insuffisances françaises en matière de liberté de circulation des capitaux². Deux jours après la conférence, Madame l'avocat général Julianne Kokott a présenté d'importantes conclusions dans des affaires mettant en jeu la même liberté de circulation des capitaux avec l'imposition de dividendes « entrants », notamment en provenance de pays tiers³. Quelques semaines plus tard, le 1^{er} décembre 2010, le tribunal administratif de Montreuil a saisi le Conseil d'État pour avis sur plusieurs questions relatives à l'application de la retenue à la source sur les revenus de capitaux mobiliers versés à des OPCVM étrangers⁴.

Limité à la fiscalité de la détention du patrimoine et de la gestion des actifs, le thème de cette conférence a conduit à traiter l'imposition du capital, des revenus et des plus-values, perçus tant par les investisseurs institutionnels que par les particuliers, y compris le patrimoine des salariés, consistant principalement en actionnariat salarié et droits à la retraite. En revanche, les questions relatives à la transmission du patrimoine, et spécialement des entreprises, souvent traitées dans d'autres enceintes, n'ont pas été examinées.

Les débats ont été organisés autour de deux grands axes : la mobilité internationale des personnes d'une part (1), et la mondialisation des placements d'autre part (2).

1. Mobilité internationale des personnes

1 - Face à la mondialisation du marché du travail, il est apparu nécessaire pour les États de ne pas faire obstacle à la mobilité internationale des travailleurs (B). Pour être compétitive sur ce marché, la France a mis en place des dispositifs fiscaux attractifs (A).

A. - Les « entrants » : la France est-elle attractive ?

2 - Afin d'attirer les personnes fortunées et les cadres de haut niveau, nombre d'États européens ont adopté des régimes fiscaux attractifs. On peut citer à ce titre, le régime des « non-dom », mis en place au Royaume-Uni, qui permet de limiter, pour les résidents anglais non domiciliés, l'impôt sur le revenu à hauteur des seuls revenus de source britannique, sous réserve de la règle dite de la *Remittance Basis*. Face à ce régime très avantageux et ayant montré son efficacité, la France a souhaité elle aussi proposer des dispositifs attractifs.

Nicole Goulard s'est attachée à présenter ces régimes d'attractivité du territoire qui s'articulent autour de dispositifs d'application temporaire et de dispositifs plus permanents.

1° Les dispositifs d'exonération temporaire

a) Les mesures de faveur en matière d'impôt sur le revenu

3 - La loi n° 2003-1312 du 30 décembre 2003 de finances rectificative pour 2003 a créé un dispositif spécial s'appliquant aux impatriés, dérogeant au principe de mondialité de l'IR. Ce dispositif a été amélioré par l'article 121 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, qui vise les personnes qui ont pris leurs fonctions depuis le 1^{er} janvier 2008⁵. Ce dernier dispositif, plus large et plus favorable que le précédent, a été codifié sous l'article 155 B du CGI.

1) Les salariés

4 - Le dispositif s'applique aux salariés et aux mandataires sociaux fiscalement assimilés à des salariés, domiciliés en France au sens des a et b du 1 de l'article 4 B du CGI et qui n'y ont pas été domiciliés de façon ininterrompue au cours des cinq années civiles précédant leur prise de fonctions. Il concerne les personnes appelées par une entreprise étrangère auprès d'une entreprise établie en France ainsi que celles qui sont recrutées directement à l'étranger par une entreprise établie en France. Ce régime prévoit une exonération :

- d'une part, du supplément de rémunération directement lié à l'impatriation (« prime d'impatriation »). Cette exonération est plafonnée puisqu'elle ne peut pas conduire le salarié à déclarer un salaire inférieur à celui d'un salarié local de la même entreprise ou d'une entreprise similaire en France ;

- d'autre part, de la fraction de rémunération correspondant à l'activité déployée hors de France dans la limite de 20 % de la rémunération imposable (après imputation de la prime d'impatriation exonérée). Ces deux avantages peuvent, sur option du contribuable, être regroupés sous la forme d'une seule exonération plafonnée à 50 % de la rémunération totale ;

- enfin, les impatriés qui bénéficient d'une – au moins – de ces mesures, peuvent prétendre à une exonération complémentaire d'impôt sur le revenu à hauteur de 50 % de certains revenus passifs, dès lors qu'ils sont gérés par un établissement payeur situé hors de France, dans un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale.

Ce régime d'exonération temporaire est applicable jusqu'au 31 décembre de la cinquième année suivant celle de la prise de fonctions par ces personnes en France. Selon Nicole Goulard et Marie-Christine Lepetit, ce dispositif fonctionne bien et ne présente que peu de difficultés pratiques.

2) Les non-salariés

5 - Le dispositif est ouvert aux non-salariés, mais selon des modalités quelque peu différentes ; il est, en effet, subordonné à la délivrance d'un agrément préalable et est réservé à des personnes qui apportent une contribution particulière, voire exceptionnelle, à la France ou encore qui disposent de compétences techniques ou scientifiques toutes spécifiques. Il prévoit une exonération d'impôt sur le revenu à hauteur de 30 % de leur rémunération et de 50 % de certains revenus passifs et certaines plus-values perçus à l'étranger.

Ce dispositif ne semble pas, quant à lui, avoir rencontré beaucoup de succès.

b) Les mesures de faveur en matière d'ISF

6 - La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie est venue compléter le dispositif d'attractivité mais, cette fois, en matière d'ISF⁶. Codifié à l'article 885 A du CGI et inspiré de certaines conventions bilatérales conclues par la France, ce régime prévoit une exonération temporaire d'ISF pour les biens situés hors de France.

Peuvent bénéficier de cette exonération, les personnes qui ont établi leur domicile fiscal en France depuis le 6 août 2008 et qui n'ont pas été domiciliées en France au cours des cinq années civiles précédant l'établissement de leur résidence en France.

Cet avantage prend fin, comme pour les autres régimes, à l'expiration de la cinquième année civile suivant celle de l'installation en France.

c) L'absence de régime attractif en matière de droits de mutation à titre gratuit

7 - Il n'existe pas de régime comparable en matière de droits de mutation à titre gratuit. On rappellera seulement les dispositions de l'article 750 *ter*, 3° du CGI, qui prévoient que, lorsque le défunt ou le donateur est un non-résident et que ses héritiers, légataires ou donataires sont des résidents de France, seuls les biens situés en France sont imposables lorsque les héritiers, donataires ou légataires n'ont pas été domiciliés en France pendant au moins six ans au cours des dix dernières années précédant celle au cours de laquelle ils reçoivent les biens.

C'est là le dernier véritable obstacle à l'établissement de leur résidence en France par les personnes fortunées.

Ndlr : Ont contribué au présent compte rendu les étudiants du Master 2 professionnel Fiscalité internationale Paris II-HEC : Rémy Bonnaud, Marina Castellas, Arthur Fosse, Thomas Métayer, Clément Miege, Deborah-Yael Salfati et Romain Valère.

1. CJUE, 3^e ch., 28 oct. 2010, aff. C-72/09, *Éts Rimbaud SA* : Dr. fisc. 2010, n° 49, comm. 588, note A. Maitrot de la Motte et É. Dubout.
2. Comm. UE, communiqué 28 oct. 2010, IP/10/1405 : Dr. fisc. 2010, n° 44, act. 421 (relatif à la procédure d'infraction 2008/4458).
3. Concl. J. Kokott sur CJUE, 3^e ch., 10 févr. 2011, aff. C-436/08, *Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH et C-437/08, Österreichische Salinen AG* : Dr. fisc. 2011, n° 7, act. 54.
4. TA Montreuil, 10^e ch., 1^{er} déc. 2010, n° 0709887, *Sté Santander Asset Management SGIIC SA* ; n° 1009683, *Sté Generali Investments Deutschland Kapitalanlagegesellschaft MbH* ; n° 1006838, *SICAV KBC Select Immo* ; n° 1008779, *International Values Series of the DFA Investment Trust Company* ; *Sté internationale Kapitalanlagegesellschaft MbH* ; n° 1007188, *Sté SGSS Deutschland Kapitalanlagegesellschaft MbH* ; n° 1005888, *Sté Allianz Global Investors Kapitalanlagegesellschaft MbH* ; n° 1005888, *Sté Allianz Global Investors Kapitalanlagegesellschaft MbH* ; n° 0709782, *Sté Santander Asset Management SGIIC SA et n° 1008780, Fonds Continental Small Company Series Of The DFA Investment Trust Company* : Dr. fisc. 2010, n° 49, comm. 589, concl. N. Peton-Philippot.
5. L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 121, I et II, IV à VII et IX à XII : JO 5 août 2008 ; Dr. fisc. 2008, n° 36, comm. 436.

6. IT/L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 121, III, XI et XII : Dr. fisc. 2008, n° 36, comm. 464.

2° Le bouclier fiscal, un dispositif efficace mais présentant des limites à l'international

8 - Le bouclier fiscal, instauré par la loi de finances pour 2006⁷ et renforcé par la loi TEPA⁸ limite à 50 % de ses revenus directs impôts directs payés par un résident français.

Selon Nicole Goulard, le système est assez vertueux en ce qu'il conduit à éviter les sous-évaluations du patrimoine. Bien qu'il ne prenne pas en compte les hausses récentes des taux d'imposition, le dispositif du bouclier fiscal se révèle efficace. Il présente néanmoins ses limites à l'international.

À cet égard, la Commission européenne, dans un communiqué du 28 octobre 2010⁹, a formellement demandé à la France de modifier, dans un délai de deux mois, sa législation sur deux points, contrevenant aux principes fondamentaux de liberté de circulation des personnes et des capitaux. Le premier concerne le bouclier fiscal et le plafonnement de l'ISF, en ce que leur application est réservée aux seuls résidents français. Le second a trait au bouclier. En effet, il lui est reproché de ne pas prendre en compte les impôts payés à l'étranger dans le total des prélèvements supportés par le contribuable, mais seulement d'autoriser leur imputation sur le revenu.

La Direction de la législation fiscale (DLF) indique qu'elle ne souscrit pas aux griefs formulés par la Commission et qu'aucune modification législative n'est envisagée à ce stade pour y faire suite.

a) Bouclier fiscal et non-résidents

9 - Une instruction fiscale sera publiée sur la question des non-résidents, afin de lever les ambiguïtés qu'a cru déceler la Commission européenne et confirmer à cette dernière que l'Administration applique, dans la mise en œuvre du bouclier fiscal, les principes issus de l'arrêt *Schumacker*¹⁰, selon lequel le résident d'un État membre de l'Union Européenne, qui tire l'essentiel de ses revenus d'une activité exercée dans un autre État membre, est placé dans une situation objectivement comparable à celle des résidents de ce dernier État et doit donc, en principe, être traité de manière équivalente¹¹.

b) Bouclier fiscal et impôts étrangers

10 - Concernant la non-prise en compte de l'impôt étranger dans le calcul du bouclier fiscal, l'Administration rappelle que ce dispositif vise à éviter une situation de confiscation par l'impôt français.

À cet égard, l'analyse de la Commission fait abstraction de la restitution déjà accordée par la France dans le cadre de la convention fiscale conclue avec l'État de la source ayant pour objet d'éliminer toute double imposition des revenus entrants.

Ensuite, l'exclusion des impôts payés à l'étranger n'est pas constitutive d'une discrimination prohibée par le droit de l'Union européenne, compte tenu de la différence objective entre les revenus de source nationale et ceux de source étrangère. Si, pour autant, la Commission concluait à l'existence d'une restriction aux libertés économiques invoquées, elle serait en tout état de cause justifiée par la cohérence du système fiscal français.

Enfin, la DLF rappelle que, contrairement au plafonnement de l'ISF, qui a pour seul effet de réduire le montant de ce même impôt, le bouclier crée une créance globale qui n'est pas affectée à un impôt en particulier mais à un ensemble. À titre indicatif, les restitutions engendrées par ce dispositif, pour l'année 2009, s'élèvent à 679 M € pour 19 000 contribuables (l'ISF rapportant environ 4 mds €). Dans ses effets, le bouclier est assez efficace, mais conduit à une déforma-

tion en cloche de la courbe d'étagement de l'impôt en fonction des capacités contributives, ce qui peut être critiquable du point de vue de l'équité.

B. - La mobilité internationale des salariés et leur patrimoine

11 - La mobilité internationale des salariés conduit à envisager le sort de l'actionnariat salarié (1°), des régimes de retraites (2°) mais aussi des produits d'épargne et des opérations de défiscalisation en cours lors du départ à l'étranger (3°).

1° L'actionnariat salarié

12 - Mesdames Goulard et Lepetit ont abordé, à tour de rôle, la question délicate des régimes spécifiques relatifs à l'actionnariat salarié. Après une période intense de réformes au terme desquelles les régimes d'imposition des stock-options et des attributions gratuites d'actions ont été considérablement remaniés, il n'est plus d'actualité de parler d'un régime fiscal de faveur.

Le gain de levée d'option, qui correspond à la différence entre la valeur d'acquisition de l'action et le cours de l'action au jour de la levée de l'option, est soumis à un taux d'imposition de 44,6 % pour la fraction du gain qui n'excède pas 152 500 €, et à un taux de 54,6 % au-delà¹².

Le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2011 prévoit une augmentation des prélèvements sociaux de 12,1 % à 12,3 %¹³ et une hausse de la contribution sociale, applicable aux options attribuées depuis 2007, de 2,5 % à 8 %¹⁴. La nature juridique de cette dernière contribution n'est pas tranchée : s'agit-il d'une contribution sociale ou d'un prélèvement de nature fiscale ?

Madame Marie-Christine Lepetit, précise que cette contribution sociale a la nature d'une contribution fiscale non déductible.

Dès lors que la contribution sociale n'ouvre aucun droit particulier au regard des régimes sociaux et que, conformément à la loi, elle est contrôlée, recouvrée et exigible dans les mêmes conditions que la CSG sur les revenus du patrimoine, elle ne peut être, comme cette dernière, déductible que si un texte le prévoit, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui¹⁵.

Au terme de ces augmentations, les taux applicables devraient respectivement s'établir en 2011 à 50,3 % et, pour la quote-part du gain qui excède 152 500 €, à 60,3 %. Nicole Goulard rappelle, à titre de comparaison, que les salaires subissent en marginal un taux global

7. L. n° 2005-1719, 30 déc. 2005, art. 74, II : Dr. fisc. 2006, n° 1-2, comm. 2.

8. L. n° 2007-1223, 21 août 2007, art. 11, I : Dr. fisc. 2007, n° 36, comm. 797.

9. Comm. UE, communiqué 28 oct. 2010, IP/10/1405 : Dr. fisc. 2010, n° 44, act. 421.

10. CJCE, 14 févr. 1995, aff. C-279/93, *Schumacker* : Rec. CJCE 1995, I, p. 225 ; Dr. fisc. 1995, n° 20, comm. 1089.

11. Instr. 29 déc. 2010 : BOI 13 A-1-11 ; Dr. fisc. 2011, n° 3, instr. 14394.

12. Si un délai complémentaire de 2 ans est observé après l'exercice de l'option, soit un total de 6 ans entre la date d'attribution de l'option et la date de cession, dont 2 ans de portage, les taux sont respectivement réduits à de 32,6 % (18 % + 12,1 % + 2,5 %) et 44,6 % (30 % + 12,1 % + 2,5 %) soit 38,3 % et 50,3 % pour 2011. Rappelons qu'il est toujours possible d'opter pour une imposition du gain dans la catégorie des traitements et salaires ; dans ce dernier cas, les prélèvements sociaux sont toujours applicables. Dans l'hypothèse où le détenteur des options n'a pas procédé à une levée-cession des actions - la plus-value ultérieure correspondant à l'accroissement de valeur de l'action postérieurement à son acquisition est soumise au régime des plus-values sur cession de valeurs mobilières. Le taux applicable pour l'année 2010 est de 30,1 % (18 % d'impôt et 12,1 % de prélèvements sociaux) ou 12,1 % si les cessions sont inférieures 25.830 euros. À partir de 2011 un taux uniforme de 31,3 % trouve à s'appliquer (19 % d'impôt + 12,3 % de prélèvements sociaux).

13. Cette hausse a été instituée par l'article 6 de la loi de finances pour 2011 (L. fin. 2011, n° 2010-1657, 29 déc. 2010, art. 6, VI et VII, e et f : Dr. fisc. 2011, n° 1, comm. 18).

14. La contribution sociale employeur de 10 % qui est par ailleurs exigible, augmente à 14 % aux termes de la loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010 de financement de la sécurité sociale pour 2011.

15. Lors de l'examen du projet de loi n° 2010-1658 du 29 décembre 2010 de finances rectificative pour 2010, un article prévoyant sa déduction a été voté par le Sénat, mais il a ensuite été supprimé par la Commission mixte paritaire et ne figure donc plus dans le texte adopté et promulgué.

d'imposition de 47,41 % en cumulant les cotisations de sécurité sociale (part salarié) et l'impôt sur le revenu au taux de 41 %.

Les structures d'imposition des stock-options et des attributions gratuites d'actions sont sensiblement les mêmes, à la seule différence que l'avantage résultant de l'attribution définitive des actions gratuites est soumis à un seul taux d'imposition, sans distinguer le montant des avantages réalisés (taux porté à 50,3 % en 2011).

Les salariés étant de plus en plus sujets à la mobilité internationale, de nombreuses problématiques ont été soulevées en matière d'imposition des plans de stock-options et d'attributions gratuites d'actions.

a) Conditions de qualification des plans étrangers

13 - Les mécanismes de *stock-options* ou d'attribution d'actions gratuites sont régis respectivement par les articles L. 225-177 à L. 225-186-1 et L. 225-197-1 à L. 225-197-6 du Code de commerce. Ces normes législatives, d'application territoriale, posent des problèmes de qualification et d'assimilation des plans étrangers aux plans français, pour les besoins du régime fiscal spécifique.

La question posée à Madame Marie-Christine Lepetit, directrice de la DLF, était de savoir si les conditions de qualification d'un plan étranger étaient substantielles ou formelles.

1) Durée de validité des autorisations d'AG

14 - Dans un rescrit du 6 juillet 2010¹⁶, l'administration fiscale s'est prononcée sur le délai de validité de l'autorisation donnée par l'assemblée générale extraordinaire au conseil d'administration (ou directoire) pour la mise en place d'un plan de stock-options. Il convenait de savoir si une autorisation donnée pour une durée de dix ans pouvait être considérée comme un délai raisonnable, étant rappelé que ce délai est fixé à 38 mois en droit français. La réponse négative apportée par l'Administration soulève des inquiétudes en ce qu'elle remet en cause la qualification en droit français d'un grand nombre de plans émis par des sociétés émettrices américaines, voire anglaises.

Sur ce point, Marie-Christine Lepetit a confirmé qu'actuellement un délai proche de 38 mois devait normalement être observé afin d'être qualifié de raisonnable. Selon elle, une durée de 10 années, même si ce délai semble apparaître comme la situation courante dans certains pays, ne saurait en principe être admise au bénéfice du régime de faveur français. À plus forte raison, l'absence de délais.

Elle a indiqué que l'Administration réfléchissait actuellement à cette question de la variation des durées de validité des autorisations selon le pays d'origine du plan de stock-options afin de trouver une solution satisfaisante pour tout le monde.

2) « Épargne salariale pour tous »

15 - L'article L. 225-186-1 du Code de commerce conditionne l'attribution de *stock-options* à un dirigeant d'une société cotée à la mise en place d'un dispositif d'actionnariat salarié ou d'épargne salariale envers les salariés de l'entreprise concernée.

En effet, la loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail a prévu l'obligation pour les sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé qui souhaite attribuer des options sur titres ou des actions gratuites à leurs dirigeants de prévoir un dispositif d'actionnariat salarié ou d'épargne salariale s'appliquant à l'ensemble du personnel de la société et à au moins 90 % du personnel de ses filiales.

Selon Nicole Goulard, la question est de déterminer si, dans le cas d'une filiale française détenue par une société de droit étranger, il est nécessaire que l'ensemble du personnel de ladite filiale bénéficie de ce régime d'intéressement pour que son mandataire puisse prétendre au bénéfice du fiscal spécifique, à hauteur des options qui lui ont été consenties par la société mère.

Ne faudrait-il pas distinguer entre les conditions propres à l'émetteur des options (ces dernières s'avérant difficilement transposables à

l'émetteur de droit étranger) et les conditions attachées à l'instrument (notamment le prix d'exercice des options), qui seules pourraient former le corps des conditions substantielles requises ?

La position de l'Administration exprimée par Marie-Christine Lepetit est, sur cette question, moins encourageante dans la mesure où elle se situe au cœur des derniers débats législatifs sur l'épargne salariale.

L'orientation politique actuelle consiste, en effet, en la promotion de l'épargne salariale. Cette dernière conditionne l'obtention du régime de faveur à une forme de généralisation au sein de l'entreprise des outils d'épargne salariale. Il apparaît dès lors peu probable que l'Administration fasse preuve de flexibilité à l'égard des entités étrangères ne remplissant pas cette condition.

3) Autres questions : prévalence des critères substantiels

16 - Madame Lepetit confirme que la DLF reçoit un flux régulier de questions – sur les conditions de délais, soult ou encore sociétés transparentes interposées (ce qu'elle semble exclure) – relatif aux *stock-options*. Afin de répondre à ces demandes, elle applique une méthodologie qui consiste à privilégier les critères que le législateur a tenus pour substantiels dans le déclenchement du régime de « faveur ».

En tout état de cause, l'administration fiscale renvoie aux instructions relatives aux mécanismes de *stock-options* et d'attributions gratuites d'actions exposant le B.A.-BA du déclenchement du régime de faveur. Marie-Christine Lepetit indique, à cet effet, que si la documentation relative aux options sur titres a été mise à jour récemment, elle a bien conscience que la seconde relative aux actions gratuites n'est plus à jour. Une refonte de la documentation administrative de base devrait ainsi avoir lieu dans les années à venir.

b) Mobilité internationale et imposition du gain d'acquisition

17 - Le sujet est celui des modalités d'imposition du gain de levée d'option dans les situations de mobilité internationale, c'est-à-dire pour les personnes qui sont appelées à changer de lieu d'emploi ou de résidence entre la date d'octroi des options et celle de leur levée.

Nicole Goulard s'est attachée à présenter les récentes évolutions de cette problématique.

D'après le comité des affaires fiscales de l'OCDE et le rapport du 16 juin 2004 qu'il a établi, le gain de levée d'option est un revenu salarial au sens de l'article 15 du modèle de convention OCDE. Sur la définition de la période rémunérée par le gain de levée de l'option, le comité recommande l'étude de la documentation contractuelle et des règlements de plans afin de déterminer si le gain rémunère le passé ou le futur.

Le plan rémunère le passé lorsqu'aucune condition relative à la situation future du salarié n'est posée pour la réalisation du gain. C'est donc la situation du salarié à la date d'attribution des options qui déterminera le droit de taxer, compte tenu des circonstances observables à cette date.

En revanche, et c'est la situation la plus commune, lorsque le gain vient rémunérer une situation future (exercice de l'option assorti d'une condition de présence, voire de performance), l'imposition doit être répartie entre les États, au prorata de l'activité déployée sur chaque État et ce, entre la date d'attribution des options et celle de leur acquisition définitive.

La France avait tenté d'entériner ces recommandations dans sa doctrine à la fin de l'année 2005, mais sans succès. La situation française est en effet, sur ce sujet, particulière. Les dispositions de l'article 163 bis C avant sa modification par la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail de l'emploi et du pouvoir d'achat (TEPA) – qui restent applicables aux options consenties avant le 20 juin 2007 – prévoient que le gain de levée de l'option est imposable dans les conditions prévues pour les plus-values de cessions de valeurs mobilières.

16. RES n° 2010/41 (FP), 6 juill. 2010 : Dr. fisc. 2010, n° 28, act. 277.

Le Conseil d'État, dans un arrêt *Roux* du 17 mars 2010¹⁷, s'est largement inspiré des travaux de l'OCDE pour conclure à la répartition du droit d'imposer des États au prorata de l'activité exercée dans chacun des États entre la date d'attribution et la date où la levée des options est juridiquement possible. En l'espèce, le gain était impossible dans la catégorie des salaires et ne pouvait prétendre au bénéfice du régime fiscal spécifique.

Marie-Christine Lepetit rapporte que l'administration française entend se fonder elle aussi sur les travaux de l'OCDE. Elle l'a fait dans le projet d'instruction de 2005 et le reprendra dans ses prochaines recommandations.

Nicole Goulard indique que le tribunal administratif de Paris a rendu sur le même sujet une décision inédite. Dans celle-ci, le gain de levée d'option répondait aux conditions requises pour bénéficier du régime fiscal spécifique du I de l'article 163 bis C (imposition du gain de levée dans les conditions prévues pour les plus-values de cession de valeurs mobilières). S'appuyant sur l'article 13 de la convention fiscale signée par la France avec le Royaume-Uni qui attribue le droit d'imposer les plus-values à l'État de résidence du cédant, l'Administration a considéré que la France était en droit de taxer l'intégralité du gain de levée d'option. Le juge administratif de première instance a confirmé l'Administration dans sa position¹⁸.

Madame Lepetit précise que la DLF considère cette décision comme un « accident de parcours ».

2° Les retraites : fiscalité des cotisations et pensions

18 - Introduisant le sujet, Philippe Derouin a d'abord souligné les différences notables de traitement entre régimes de retraite par capitalisation et régimes d'épargne retraite, par lesquels les salariés constituent des réserves de liquidités en versant régulièrement des sommes à un fonds de capitalisation lequel servira une rémunération consécutivement à la cessation de leur activité professionnelle.

Les enjeux fiscaux en France sont de taille : lorsque l'opération est considérée comme un versement à un régime de retraite, les contributions sont considérées comme des charges déductibles pour l'employeur et le salarié (détaxation à l'entrée). Les droits accumulés par le salarié ne sont pas considérés comme faisant partie de son patrimoine et n'entrent donc pas dans l'assiette de calcul de l'ISF¹⁹. En contrepartie, les pensions servies sont imposables pour la totalité de leur montant (sauf abattement de 10 %).

En revanche, les sommes versées au titre de l'épargne-retraite, qu'elles soient versées par l'employeur ou le salarié lui-même, ne sont pas déductibles (pas de détaxation à l'entrée). Pour l'ISF, le salarié étant réputé propriétaire des actifs qu'il a mis en réserve tant individuellement que collectivement dans le fonds de capitalisation, il devra inclure dans la base de calcul de l'ISF, sauf exception, les sommes ainsi accumulées au fil des années. En contrepartie, les annuités de pension qui constituent une rente viagère constituée à titre onéreux seront imposables seulement pour une partie de leur montant.

À l'international, à partir du moment où les salariés se déplacent d'un pays à un autre pour travailler dans un groupe ayant constitué un régime de retraite différent d'un régime de retraite français, la question se pose de savoir s'il faut rapprocher le régime de retraite étranger du régime de retraite par capitalisation ou d'un régime d'épargne retraite.

17. CE, 8^e et 3^e ss-sect., 17 mars 2010, n° 315831, min. c/ M. de Roux : *JurisData* n° 2010-002272 ; *Dr. fisc.* 2010, n° 16, comm. 288, concl. N. Escaut, note N. Goulard ; *RJF* 6/2010, n° 588 ; *BDCF* 6/2010, n° 66, concl. N. Escaut.

18. *TA Paris*, 2^e sect., 12 juill. 2010, n° 07-05389, Raphaël : *RJF* 2/2011, n° 164.

19. V. récemment, *Instr.* 29 oct. 2010 : *BOI* 7 S-6-10, 3 nov. 2010 ; *Dr. fisc.* 2010, n° 46, instr. 14376.

a) Présentation des régimes de retraite et de leur fiscalité

19 - Armand Limongi considère que l'efficacité du système de retraite et l'enjeu majeur pour le salarié sont le taux de remplacement, c'est-à-dire le rapport entre le montant de la retraite et les dernières années de salaires prises en compte pour le calcul des droits. Il a insisté sur l'insuffisance du taux de remplacement des régimes légaux. En France, il est désormais établi que la retraite servie par les régimes obligatoires par répartition (Sécurité sociale, AGIRC, ARRCO), risque d'être insuffisante pour la majorité des salariés, d'autant plus que le taux de remplacement ne cesse de baisser. Pour pallier à ces insuffisances, les régimes collectifs par capitalisation sont presque exclusivement financés par l'employeur. Armand Limongi a développé les principes et enjeux, présentant les deux grandes catégories de retraite complémentaire prévues en droit français, issues de la loi 2003-775 du 21 août 2003 dite « loi Fillon », portant réforme des retraites et relative au plan d'épargne retraite entreprise (PERE). Les droits de l'article 83 sont des droits acquis tandis que ceux de l'article 39 sont aléatoires, comme en atteste leur traitement fiscal (exonération d'IR).

1) Régimes de retraite à cotisations définies

20 - Le premier dispositif est celui relatif au régime à cotisations définies versées dans un plan d'épargne retraite, et dont la capitalisation a lieu en fin de carrière (*CGI, art. 83*). Il bénéficie en principe à tous les salariés. L'employeur s'engage dans ce cadre à verser, seul ou avec ses salariés, des cotisations à un organisme extérieur afin de permettre aux salariés d'acquiescer des droits supplémentaires. Il s'agit alors d'une simple obligation de moyens.

Le traitement fiscal des contrats à cotisations définies concerne tant les cotisations que les rentes. Sur le premier point, les versements de l'employeur et/ou du salarié sont déductibles dans certaines limites de l'IR. Lorsqu'elle prend la forme de rentes, l'épargne est imposable dans les mêmes conditions que les pensions de retraite à l'IR au taux progressif sur la totalité de la rente après abattement de 10 %. L'efficacité du régime à cotisations définies est relative, puisqu'il nécessite une période d'épargne d'au moins 15 ou 20 ans pour avoir un réel effet sur le taux de remplacement.

2) Régimes de retraite à prestations définies

21 - Le second dispositif traite des prestations définies qui sont versées exclusivement par l'employeur (*CGI, art. 39*). Il est destiné en priorité aux cadres des entreprises, puisque 3 à 4 millions d'entre eux en bénéficient. L'obligation de l'employeur est plus importante, puisqu'il s'engage à verser un niveau déterminé de retraite. Il est ici débiteur d'une obligation de résultat. Sur le plan fiscal, il faut là encore distinguer les cotisations et les rentes. Les versements de cotisations de l'employeur constituent un droit purement virtuel pour le salarié, et ne sont pas considérés comme constituant un élément de rémunération. En conséquence, les cotisations ne sont pas soumises à l'IR au nom du salarié, elles échappent aux cotisations sociales du régime général mais sont déductibles par l'employeur dans certaines limites. Lorsque l'épargne prend la forme de rentes, la pension viagère est imposable dans les mêmes conditions que les pensions de retraite au taux marginal d'IR de 40 % après abattement de 10 %. Les régimes à prestations définies de l'article 39 sont la seule solution permettant d'améliorer convenablement le taux de remplacement des revenus pour les cadres.

b) Retraites et mobilité internationale des salariés

22 - En cas de mobilité internationale, le principe est qu'en cas de départ à l'étranger d'un salarié bénéficiant de l'un des deux régimes, il y a continuité d'application et le salarié continue de cotiser. Armand Limongi a ensuite souligné que les régimes légaux de retraite ne sont pas transférables d'un État à l'autre et « voyagent » très mal, alors que les régimes complémentaires sont au contraire portables d'un pays à l'autre, mais de manière relative. Ce sera le cas des droits de l'article 83

qui concernent des droits acquis, mais pas des droits de l'article 39 qui ne sont qu'aléatoires et seront donc perdus si le salarié quitte le groupe dans lequel il bénéficiait de ce régime.

Dans la pratique des entreprises internationales, une opposition marquée existe entre les systèmes de répartition et les systèmes de capitalisation. En France, le système de répartition légal est privilégié et il est complété par la capitalisation avec sortie en rente. Au contraire à l'étranger, la situation est inverse, puisque les régimes légaux ne forment pas l'essentiel de la retraite et sont souvent basés sur la capitalisation. En conséquence, les régimes individuels et collectifs y sont très répandus, avec des déductions fiscales importantes, et des sorties au choix partiellement possibles en capital, le cas échéant en exonération fiscale.

c) Retraites et capital : la question de la qualification

23 - Enfin, la question de la qualification de la notion de retraite a été soulevée par M. Limongi comme la problématique à résoudre tant sur le plan interne qu'international. Le droit fiscal français ne donne pas une définition uniforme de la notion ainsi, les critères de définition divergent selon qu'on traite de l'IR, de l'ISF ou de l'IS.

À l'international, la question de cette qualification présente aussi des difficultés, puisque toutes les conventions n'en définissent pas les contours, ce qui pose en pratique des problèmes considérables. En conséquence, à défaut de précision, il convient de procéder à une analyse du plan de retraite en cause au regard de divers éléments tels que les définitions proposées par l'OCDE, les critères de distinction fondés sur la différence entre pension et rémunération différée, ou entre pension et produit de capitalisation. La problématique de la qualification reste donc ouverte, peu de doctrine existant sur le sujet.

3° Impacts du départ à l'étranger sur les produits d'épargne à composante fiscale et sur les opérations de défiscalisation en cours

a) Régime des produits d'épargne à composante fiscale

24 - Michel Labeaume s'est attaché à présenter d'une manière synthétique les impacts du départ à l'étranger sur les produits d'épargne à composante fiscale.

1) En cas de départ à l'étranger, l'Administration précise sur son site internet que les produits d'épargne suivants sont à clôturer

25 - Michel Labeaume indique que l'Administration distingue deux catégories de produits d'épargne. Alors que le résident fiscal domicilié hors de France ne peut en principe détenir de PEA (plan d'épargne en actions), LDD (livret de développement durable), LJ (livret jeune) et LEP (livret d'épargne populaire), les autres produits comme le livret A, le PEL ou encore le PEP (plan d'épargne populaire) lui sont en revanche accessibles.

2) Les conséquences fiscales sur les produits d'épargne conservés

26 - Tout d'abord, les prélèvements sociaux ne sont plus exigibles (pour les produits qui y étaient soumis). L'impact de cette sortie du champ d'application des prélèvements sociaux dépend de leur fait générateur.

Pour un PEP, les prélèvements sociaux perçus chaque année lors de l'inscription en compte des intérêts restent bien sûr acquis au Trésor ; seuls les intérêts à venir en seront exemptés.

Pour un PEL, s'il n'a pas encore 10 ans, il échappera totalement aux prélèvements sociaux puisque ces derniers sont perçus globalement au dixième anniversaire du plan et ensuite chaque année à l'inscription en compte des intérêts.

Depuis mars 2010, il n'y a plus de problématique d'impôt sur le revenu puisque le prélèvement forfaitaire obligatoire a été supprimé par l'article 22 de la loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009²⁰.

20. V. Dr. fisc. 2010, n° 5, comm. 123 ; Dr. fisc. 2010, n° 5, comm. 125.

3) Analyse produit par produit : faut-il vraiment clôturer les LJ, LDD et PEA en cas de départ ?

27 - Les articles L. 221-24, L. 221-27 et L. 221-30 du Code monétaire et financier posent la condition de résidence pour l'ouverture du compte et, en ce qui concerne seulement le livret jeune, pour effectuer une opération de dépôt ou de retrait.

On pourrait donc en conclure que le transfert du domicile hors de France n'entraîne pas obligatoirement la clôture de ces produits ouverts lorsque leurs titulaires étaient résidents.

Le cas du PEA mérite d'être un peu plus développé, suite à l'arrêt *Chauderlot*²¹ rendu en matière de prélèvements sociaux. Saisi d'un recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'État a censuré les dispositions de quatre instructions fiscales traitant des prélèvements sociaux, pour entrave à la liberté d'établissement car elles instituaient un mécanisme d'imposition des plus-values latentes (sorte d'*Exit Tax*).

La question de la clôture du PEA en cas de départ de France n'a pas été traitée dans cet arrêt et l'Administration n'a pas émis de commentaire sur le sujet. Tout au plus a-t-elle pris position de manière orale, en affirmant que cet arrêt *Chauderlot* doit être interprété strictement : en conséquence, en cas de départ à l'étranger, l'Administration impose de clôturer le PEA.

En pratique, les banques procèdent en règle générale comme suit :

- en cas de transfert du domicile dans un pays de l'UE (plus Norvège et Islande), clôture du plan et absence de perception des prélèvements sociaux ;

- en cas de transfert de domicile dans un autre pays, clôture du plan et perception des prélèvements sociaux.

Marie-Christine Lepetit rappelle qu'une réforme du système a été annoncée aux représentants des Français à l'étranger, en vue de l'absence de prélèvements sociaux en cas de sortie de France.

b) Régime des opérations de défiscalisation en cours

1) Le principe posé par l'Administration²²

28 - Les personnes fiscalement domiciliées hors de France ne peuvent prétendre à la réduction des charges du revenu global (CGI, art. 164 A) ni à des réductions ou crédits d'impôt.

2) Jurisprudence

29 - Michel Labeaume a interrogé la DLF sur le raisonnement suivi dans un arrêt relatif à l'application du régime des réductions d'impôt à un contribuable non résident ayant des revenus imposables de source française²³. L'article 164 A du CGI n'interdit formellement que la déduction des charges. La cour administrative d'appel de Paris indique que, dans la mesure où certains dispositifs de réduction d'impôt excluent expressément les non-résidents, il n'y avait pas à voir dans l'art 164 A un principe général d'exclusion. Ainsi, sauf disposition spécifique contraire, les résidents fiscaux percevant des revenus de source française sont des contribuables et ils peuvent à ce titre pratiquer des réductions d'impôts.

Le débat reste cependant ouvert.

3) Précisions

30 - Madame Lepetit a apporté les précisions suivantes :

- dans deux cas, l'avantage est accordé aux non-résidents (zones touristiques et primes d'assurance pour loyers impayés) ;

- les avantages fiscaux obtenus avant le transfert de résidence ne sont pas remis en cause, à condition d'avoir respecté les engagements initiaux ;

21. CE, 8^e et 3^e ss-sect., 2 juin 2006, n° 275416, M. Chauderlot : *JurisData* n° 2006-080908 ; Dr. fisc. 2006, n° 46, comm. 725, concl. E. Glaser, note E. Ginter ; RJF 8-9/2006, n° 1035 ; BDCF 8-9/2006, n° 102, concl. E. Glaser.

22. V. par ex., Instr. 26 juill. 2010 : BOI 5 B-19-10, 9 août 2010 ; Dr. fisc. 2010, n° 35, instr. 14332.

23. CAA Paris, 2^e ch., 12 nov. 2004, n° 01PA04218, min c/ M. Philippe : RJF 4/2005, n° 292 ; BDCF 4/2005, n° 39, concl. F. Bataille.

- pour les avantages étalés sur plusieurs années, ils sont suspendus pendant la période d'expatriation et peuvent, en cas de retour en France, être pratiqués sur la période restant à couvrir.

Sur la question des déficits et plus précisément sur les cas d'imposition des revenus issus des monuments historiques et des locations meublées : les dispositifs bénéficient aux non-résidents lorsqu'ils sont cédulaires.

Sur les locations meublées professionnelles, la question soulevée visait non pas à déterminer le régime d'imputation des déficits mais bien à se placer en amont dans le questionnement fiscal, pour déterminer si la location meublée pouvait être qualifiée de location à caractère professionnel ou non. À cet effet, il convient de rapporter les revenus locatifs tirés de la location meublée à l'ensemble des revenus professionnels, quelle que soit leur source.

2. Mondialisation des placements

31 - En raison de la diversité géographique croissante des placements financiers et immobiliers, les intervenants se sont attachés à effectuer une comparaison des différents modes de gestion d'actifs disponibles (A), avant de se pencher sur diverses questions particulières (B).

A. - Comparaison des modes de gestion d'actifs

32 - Pour Philippe Derouin, le premier exercice consiste à comparer l'efficacité fiscale des différents modes de détention des actifs. Il est possible de détenir ces biens soit directement, soit via un investisseur institutionnel ou investisseur privé, c'est-à-dire des intermédiaires, fonds d'investissement, contrats d'assurance vie et autres organismes de gestion collective de l'épargne. La question est de savoir si ces régimes sont neutres lorsque les placements ont lieu à l'international ou bien s'il y a des divergences et des inefficacités.

1° Gestion intermédiée et gestion directe

a) En régime intérieur

33 - Une des grandes différences entre la détention directe et la détention indirecte d'un actif est que, dans la détention directe, l'imposition porte en général sur les revenus produits par les actifs, notamment dividendes, intérêts, plus-values ; cependant que dans un système collectif, les revenus et les plus-values sont le plus souvent réinvestis en franchise d'impôt. Aucune disposition ne le précise, sauf pour les OPCVM, car c'est le mécanisme même de ces intermédiaires : ces derniers perçoivent les produits des placements et réalisent des plus-values, qui sont la contrepartie des engagements pris envers les tiers.

L'intermédiaire n'est imposé que sur sa marge, cependant que le bénéficiaire final n'est imposé, le cas échéant, qu'à la sortie. En régime intérieur, ce mécanisme fonctionne bien. Par exemple, les OPCVM de capitalisation peuvent cumuler en franchise d'impôt les dividendes, intérêts et plus-values. De même, pour les compagnies d'assurances, ces produits ont pour contrepartie au passif les provisions techniques représentant leurs engagements envers les assurés.

b) En régime international

34 - La gestion d'actifs à l'international pose un souci particulier dû à la technique du partage de l'imposition entre l'État de la source du revenu et l'État de la résidence du bénéficiaire. Le premier prélève souvent une retenue à la source sur les dividendes et intérêts et impose les revenus immobiliers. Bien que l'organisme qui assure la gestion collective soit exonéré, ou ne soit pas imposé, directement ou indirectement sur les produits de ces placements du fait de la déduction des provisions techniques, l'imposition dans l'État de la source reste une charge.

Cette imposition ouvre parfois droit à un crédit d'impôt dans l'État de la résidence de l'investisseur. Est-ce bien le cas ? Quel en est le bénéficiaire : l'intermédiaire ou l'investisseur final ? Cette probléma-

tique se manifeste dans les cas des assurances vie et des OPCVM avec des solutions radicalement différentes.

2° Assurance vie internationale

35 - En matière d'assurance vie, M. Limongi souligne l'existence du principe de congruence qui dicte que les passifs doivent être investis dans la même devise que les actifs. Si un engagement est pris vis-à-vis d'un assuré en euros, l'investissement doit se faire en euros. De ce fait, les engagements pris par les assureurs sont principalement franco-français ou anglo-anglais. Toutefois, il est possible d'investir à l'étranger et ainsi bénéficier de revenus provenant d'ailleurs. Il est également possible d'investir dans des actifs étrangers : avec le concours des banques, le risque devise est transformé en risque euros, expliquant ainsi l'apparition d'actifs en devise étrangère dans les comptes des assureurs.

a) IS local ou retenue à la source

36 - L'investissement étranger est alourdi par l'impôt local sur les sociétés. S'il est payé, l'administration fiscale française ne permettra pas qu'il soit imputé sur l'impôt français, comme pour l'ISF, dont le plafonnement ne restitue pas les impôts étrangers. Aussi, des modes d'investissement ont été développés, en France comme à l'étranger, pour permettre l'imputabilité par l'assureur de l'impôt étranger qui a grevé le revenu dans le pays d'origine.

Un exemple de ce mécanisme est donné par les sociétés foncières exonérées d'impôt sur les bénéfices moyennant une éventuelle obligation de redistribution des produits de l'immobilier. L'État de la source prélèvera une retenue à la source au lieu d'imposer la société foncière à l'IS, opération neutre pour lui au regard de ses rentrées fiscales. La transformation de l'impôt sur les sociétés sur les revenus fonciers en retenue à la source sur les dividendes distribués permet l'obtention d'un crédit d'impôt dans l'État de la résidence qui taxera le revenu.

b) Imputation des crédits d'impôt

37 - Sur le plan de la technique d'application des conventions fiscales internationales, la considération que l'assureur est le bénéficiaire effectif du revenu ne pose pas de difficulté. Ainsi, il bénéficie dans le pays de la source des réductions de taux ou d'assiette de retenue à la source prévues par la convention conclue entre le pays de la source et le pays de résidence de l'assureur. Deuxièmement, l'assureur peut dans son pays de résidence imputer cette retenue à la source, nonobstant le fait que l'assureur n'est imposé que sur sa marge nette et que le principal du revenu a pour contrepartie des provisions techniques qui représentent les droits des assurés.

Le problème qui se présente alors est celui de la récupération faite sur la déclaration de la compagnie d'assurance. Dans le contexte économique actuel, il arrive que des crédits d'impôts tombent en non-valeur. Dans un régime de groupe, les crédits d'impôt des filiales, ne compensent pas les résultats de la holding si cette dernière a fait de mauvaises opérations, perdant ainsi le bénéfice des crédits d'impôts obtenus.

c) Bénéfice de l'assureur ou de l'assuré ?

38 - Les assurés cherchent à bénéficier des crédits d'impôt attachés à ces revenus. Généralement, les assurés ne peuvent tirer profit de ces crédits d'impôt que sous la forme de plus-value complémentaire, et ce seulement après que la compagnie d'assurance (ou la holding du groupe d'intégration) a effectivement bénéficié des crédits d'impôts. Toutefois, cette opération est toujours contractuelle et n'est pas systématique.

3° OPCVM

a) L'état de la question

39 - Après un rappel du traitement fiscal des distributions effectuées par les OPCVM français (FCP et SICAV), M. Labeaume a évo-

qué leur accès aux conventions fiscales avant d'aborder le problème des OPCVM européens et les contentieux en cours.

1) Rappel des différences existant entre les FCP et les SICAV

40 - Pour les FCP, application du principe de transparence ; les revenus perçus par le fonds conservent leur nature lorsqu'ils sont distribués à des porteurs domiciliés hors de France :

- les intérêts de créances émises par des émetteurs français échappent à tout prélèvement ;
- les revenus de source étrangère transitent par la France sans fiscalité ;
- les dividendes de sociétés françaises supportent la retenue à la source prévue par l'article 119 bis du CGI (25 %, 18 % [désormais 19 %] ou taux conventionnel).

Cette transparence n'est pas applicable aux SICAV ; l'intégralité de la distribution constitue un dividende de source française passible de la retenue à la source, même si elle est composée pour tout ou partie de revenus de valeurs étrangères.

Il existe toutefois une exception admise par l'administration fiscale pour les SICAV obligataires (rappelée récemment par un rescrit du 14 avril 2009 n° 2009/27). Cette mesure a toutefois une portée pratique très limitée car elle est réservée aux SICAV dont l'actif est composé exclusivement d'obligations françaises non indexées.

2) Difficile accès aux conventions fiscales

41 - M. Labeaume a signalé que le système international des OPCVM était perfectible. Peu de conventions traitent des OPCVM, lesquels sont rarement considérés comme des « résidents de l'autre État contractant » et ne bénéficient pas, sauf exception, des réductions ou exonérations de retenue à la source. Quant aux OPCVM de capitalisation, dans la mesure où ils ne distribuent pas, ils ne peuvent pas transférer les crédits d'impôt à leurs porteurs.

Ainsi, les gérants d'OPCVM cherchent à éviter la détention des titres au moment du paiement du coupon et les retenues à la source correspondantes afin de ne pas pénaliser les porteurs par rapport à une détention indirecte. L'avis du Conseil d'État du 31 mars 2009²⁴ valide ces pratiques dans la mesure où elles ne présentent pas de caractère artificiel. En ce sens, on peut citer la jurisprudence, les arrêts *Axa* et *Goldfarb*²⁵ rendus par le Conseil d'État le 7 septembre 2009, bien qu'il se soit agi d'avoirs fiscaux, ainsi que le jugement du TA de Montreuil du 27 Mai 2010 au sujet de l'impôt italien²⁶.

3) Au sein de l'Europe, les retenues à la source sont-elles discriminatoires ?

42 - M. Labeaume a alors évoqué l'arrêt *Aberdeen* du 18 juin 2009²⁷ rendu par la CJCE qui a jugé qu'une législation finlandaise prévoyant l'application d'une retenue à la source aux dividendes versés à une SICAV luxembourgeoise était discriminatoire au regard des libertés d'établissement puisqu'elle n'était pas applicable à des fonds finlandais. La Commission européenne a poursuivi sur cette jurisprudence le 18 mars 2010²⁸ en demandant à la France de modifier ses règles applicables non seulement aux fonds de pension mais aussi aux

fonds d'investissement. Cette jurisprudence européenne semble déjà influencer les tribunaux français, notamment le tribunal administratif de Paris qui a jugé le 22 avril 2010 que les dividendes versés à un fonds irlandais ont subi une retenue à la source discriminatoire contraire à la liberté de circulation des capitaux²⁹.

b) Réponse de la DLF

43 - Marie-Christine Lepetit a répondu sur ces deux points après avoir rappelé que le mécanisme conventionnel ouvre droit à une application conditionnée. Cependant, il est très compliqué de tracer les sources et les résidences en présence de mécanismes d'empilement. Surviennent des difficultés soit d'accès à l'information, soit de systèmes d'information défectueux, soit les deux à la fois. La difficulté est donc d'ordre pratique, surtout qu'en France, les OPCVM et les sociétés de gestion n'ont pas connaissance de leurs porteurs, contrairement à d'autres pays tel l'Allemagne où les teneurs de compte connaissent les porteurs.

1) Le débat en droit de l'UE

44 - Marie-Christine Lepetit a abordé la question des retenues à la source en particulier des SICAV. Elle signale que l'Administration a fait appel de la décision du tribunal administratif du 22 avril 2010 parce qu'elle défend devant les autorités européennes la position qu'il est légitime, dans le cadre juridique tel qu'il est organisé en France s'agissant des SICAV, de prélever des retenues à la source. L'arrêt *Aberdeen* se place sous l'angle de l'effacement des doubles impositions et des frottements. La DLF se place sous un angle tout à fait différent qui est celui de la structuration juridique et du fonctionnement spécifique de la SICAV, boîte transparente qui ne ressemble pas au mécanisme condamné par l'arrêt *Aberdeen* mais plutôt à un mécanisme où il est nécessaire, compte tenu de la finalité juridique retenue, d'apprécier la façon dont le droit d'imposer a été organisé non pas au regard de la seule SICAV mais en allant jusqu'à l'investisseur. Ce n'est pas l'hypothèse visée dans l'affaire *Aberdeen*. Ainsi, la DLF invite les autorités européennes à faire l'effort de considérer le cadre juridique et sa finalité pour constater que la situation est différente. La DLF compte se battre fermement sur cette question car elle est tout à fait stratégique.

2) Fonds maîtres et fonds nourriciers

45 - Ensuite, Madame Marie-Christine Lepetit a évoqué la question en cours d'examen suite aux travaux du comité de place sur la situation des fonds maîtres et des fonds nourriciers. Il s'agit d'une situation spécifique consistant à déterminer le régime fiscal de sommes qui, provenant de l'étranger, transitent en France et en ressortent.

Dans le cadre de la transposition de la directive OPCVM IV prévue d'ici fin juillet 2011, la DLF a réfléchi aux pistes permettant de développer le schéma des OPCVM « maîtres » et « nourriciers » dans un contexte transfrontalier. Pour faciliter le développement des investissements par l'intermédiaire de tels organismes en France, la neutralisation de la RAS pratiquée en amont sur les dividendes entrants, qui transitent par des OPCVM français et sont attribués à des porteurs non-résidents, est à l'étude. Une telle mesure suppose que les revenus des SICAV françaises soient « couponnés » afin de les isoler selon leur provenance, nationale ou étrangère, seuls les premiers demeurant soumis à la RAS au moment de leur versement aux actionnaires non-résidents.

3) Travaux de l'OCDE et législation américaine

46 - Marie-Christine Lepetit a ensuite présenté le nouveau dispositif américain qui vise à contraindre les établissements financiers étrangers à fournir à l'administration fiscale américaine des informa-

24. CE, avis, 31 mars 2009, n° 382545 : Dr. fisc. 2010, n° 38, étude 486.

25. CE, 8^e et 3^e ss-sect., 7 sept. 2009, n° 305586, min. c/ SA Axa : JurisData n° 2009-081542 ; Dr. fisc. 2009, n° 39, comm. 484, concl. L. Olléon, note E. Meier et R. Torlet ; RJF 12/2009, n° 1138 ; BDCF 12/2009, n° 142, concl. L. Olléon. - CE, 8^e et 3^e ss-sect., 7 sept. 2009, n° 305596, Sté Henri Goldfarb : JurisData n° 2009-081543 ; Dr. fisc. 2009, n° 39, comm. 484, concl. L. Olléon, note E. Meier et R. Torlet ; RJF 12/2009, n° 1139 ; BDCF 12/2009, n° 142, concl. L. Olléon.

26. TA Montreuil, 27 mai 2010, n° 09-05910, CIC.

27. CJCE, 1^{re} ch., 18 juin 2009, aff. C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy* : Dr. fisc. 2009, n° 36, comm. 45, note R. Grau et É. Genot ; RJF 2009, n° 898.

28. Comm. UE, avis n° 2006/4097 et n° 2008/4439, 18 mars 2010, procédures d'infractions.

29. TA Paris, 22 avr. 2010, n° 0610333/12, Sté Axa Rosenberg Alpha Trust : Dr. fisc. 2010, n° 38, étude 486.

tions sur les comptes bancaires détenus directement ou indirectement par des contribuables américains, et les réflexions en cours sur ce sujet au sein des instances de l'OCDE et de l'Union européenne.

Les pistes envisagées au sein de l'Union, de l'OCDE et le dispositif américain poursuivent un objectif commun de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales. Toutefois, le dispositif américain, qui oblige les établissements financiers étrangers à adhérer au système sous peine de sanction, est unilatéral et plus contraignant que les projets de l'OCDE et de l'Union européenne. En effet, les réflexions en cours au sein de ces instances internationales consistent à améliorer collectivement les procédures d'octroi des avantages conventionnels et à favoriser l'échange d'informations concernant les investisseurs en associant, sans les contraindre, les intermédiaires financiers.

Cela implique que des responsables soient désignés pour surveiller et garantir le fonctionnement des systèmes d'information, pour contrôler les résidences et des opérateurs extérieurs pour vérifier que les responsabilités des opérateurs de gestion sont correctement appliquées. Ce sont ainsi des mécanismes qui à divers degrés et dans différents schémas cheminent tant à travers l'OCDE que l'UE.

Le projet américain, qui fait actuellement l'objet de consultations, passe par la même étape d'adaptation des systèmes d'informations à une échelle mondiale. En revanche, il est jugé très contraignant par nombre d'acteurs économiques tant extérieurs aux États-Unis qu'américains. Des discussions sont en cours avec les États-Unis afin que la mise en œuvre du dispositif américain s'articule avec les travaux engagés au sein de l'OCDE et de l'Union européenne et tiennent compte des instruments existants au sein de l'Union européenne, telles que la directive épargne et la troisième directive antiblanchiment. L'issue de ces discussions est difficilement prévisible à ce stade.

4) Perspectives d'évolution

47 - Enfin, Marie-Christine Lepetit a souhaité revenir sur la question des crédits d'impôts perdus et l'avis de la Commission européenne qui demande à la France de modifier ses règles de traitement des dividendes versés à des fonds d'investissement situés dans l'UE et l'EEE au nom de la liberté de circulation des capitaux³⁰. La directrice de la DLF concède que la situation n'est pas optimale. En effet, une situation où les mécanismes d'effacement des doubles impositions sont mal organisés est une situation moins satisfaisante que celle où l'on aurait des mécanismes de mobilisation des crédits d'impôt plus fluides. De fait, les contournements ne seraient plus pratiqués parce que, soit tués législativement³¹, soit, surtout, devenus inutiles à l'aide d'une règle plus pertinente. Marie-Christine Lepetit ne pouvait pas promettre une progression en ce sens mais ne désespérait pas.

c) Caisses de retraite et fonds de pension

1) Exonération et égalité de traitement des organismes étrangers

48 - Au sujet des caisses de retraite, Philippe Derouin rappelle que le régime interne consistait en leur exonération des dividendes de source française et des plus-values y compris immobilières, dès lors que la gestion désintéressée de l'organisme est justifiée.

La combinaison de l'article 206, 5, c du CGI avec d'autres dispositions du même code aboutissait à ce qu'un organisme établi en France ayant pour objet de servir des pensions de retraite, tel qu'une caisse de retraite de base ou complémentaire, ou une société mutualiste, dont la gestion est désintéressée et dont les activités non lucratives restaient significativement prépondérantes, était assujéti à l'impôt sur les sociétés à raison des revenus de capitaux mobiliers dont il disposait, sans que les dividendes de sociétés établies en France perçus par cet organisme ne soient imposables. Cette exonération n'était, en revanche, pas applicable aux dividendes soumis à la retenue à la source

30. *Comm. UE*, avis n° 2006/4097 et n° 2008/4439, 18 mars 2010, préc.

31. Ce qui a été pour partie le cas par l'effet de l'article 14 de la loi de finances pour 2011.

prévue à l'article 119 bis du CGI, et donc à des dividendes perçus, par exemple, par un fonds de pension néerlandais.

Aussi, par un arrêt *Stichting Unilever*³², le Conseil d'État a considéré que cette différence de traitement, fondée seulement sur l'établissement hors de France du fonds sans but lucratif, constituait une restriction à la libre circulation des capitaux.

L'instruction du 29 décembre 2009, parue au BOI 4 H-2-10³³, prévoit que les organismes à but non lucratif dont le siège est situé dans d'autres États membres de l'UE ou de l'EEE ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales sont soumis, au titre de leurs revenus de source française, au même régime fiscal que celui qui s'applique aux revenus de source française de même nature des organismes à but non lucratif dont le siège est situé en France. Les fonds de pension peuvent se prévaloir des dispositions de cette instruction s'ils respectent les conditions requises. Il leur incombe cependant de démontrer qu'ils satisferaient aux conditions requises pour bénéficier des dispositions du 5 de l'article 206 du CGI.

Par ailleurs, la loi de finances rectificative pour 2009 précise que les dividendes perçus par les organismes à but non lucratif dont le siège est en France sont soumis à une imposition au taux de 15 % pour les exercices clos à compter du 31 décembre 2009.

Pour la période antérieure, le débat a tourné autour de la justification de la gestion désintéressée. Par exemple, le tribunal administratif de Montreuil a jugé qu'un organisme étranger ne démontrait pas sa gestion désintéressée³⁴ alors que celui de Cergy-Pontoise avait été convaincu dans un cas similaire. Même si la gestion désintéressée n'est pas caractérisée, le débat peut être porté sur le terrain de l'assiette.

2) Imposition à la source et assiette nette

49 - Par définition, les caisses de retraite et les organismes similaires ont des engagements envers les tiers de sorte que leur revenu net est très faible. Pour Philippe Derouin, le fait de ne pas pouvoir imputer l'imposition à la source sur l'impôt afférent à ces revenus très faibles n'est pas nécessairement conforme au droit de l'Union européenne. Ainsi, dans l'affaire *Commission c/ Portugal*³⁵, la Commission européenne avait intenté une action en manquement contre le Portugal qui n'a pas abouti, faute d'avoir démontré que l'assiette nette dans le pays de résidence des investisseurs était telle que ces dernières ne pouvaient pas imputer la retenue à la source.

Il semble ainsi que si l'on arrive à démontrer que l'assiette nette ne permet pas d'imputer la retenue à la source, il y ait une possibilité de succès en la matière. Mais il n'existe pas actuellement de contentieux confirmant cette hypothèse.

B. - Questions diverses

50 - La dernière partie de la conférence porte sur plusieurs questions particulières posées par la détention d'actifs et leur imposition dans le cadre de la mondialisation des placements.

32. *CE*, 3^e et 8^e ss-sect., 13 févr. 2009, n° 298108, *Sté Stichting Unilever Pensioen-fonds Progress et a.* : *JurisData* n° 2009-081442 ; *Dr. fisc.* 2009, n° 12, *comm.* 253, *concl. É. Geffray*, note V. Aguilhon et N. Sénéchal ; *RJF* 2/2009, n° 113. - *TA Cergy-Pontoise*, 5^e ch., 27 mai 2010, n° 07-7403, *Sté Arzteversorgung Sachsen Anhalt, ASA* : *RJF* 1/2010, n° 91.

33. *Instr.* 29 déc. 2009 : BOI 4 H-2-10, 15 janv. 2010 ; *Dr. fisc.* 2010, n° 3, *instr.* 14221.

34. *TA Montreuil*, 14 janv. 2010, n° 08-11669, *Apotheker Versorgung Niedersachsen* ; *RJF* 7/2010, n° 723. - *Compr. TA Cergy-Pontoise*, 5^e ch., 27 mai 2010, n° 07-7403, *Sté Arzteversorgung Sachsen Anhalt, ASA*, *préc.* - V. aussi, *TA Paris* 21 juill. 2009, n° 05/6956-2 et n° 08/10189-2, *Arzteversorgung Thüringen*. - *TA Paris*, 1^{er} juill. 2010, n° 07/5123-2, *National Pension Reserve Fund Commission*.

35. *CJUE*, 1^{re} ch., 17 juin 2010, *aff. C-105/08, Commission c/ Portugal* : *Dr. fisc.* 2010, n° 41, *étude* 520.

Les orateurs ont traité d'une part, des actifs étrangers des résidents français et d'autre part, des actifs français des non-résidents.

1° Actifs étrangers des résidents français

a) Opérations effectuées sur les marchés à terme étrangers

51 - Le débat a été amorcé par Michel Labeaume qui a relevé le « toilettage nécessaire » de l'article 120 du CGI. Ce pourrait être notamment le cas du 9° traitant des produits de *trusts* et du 11° sur les produits de fonds étrangers mais il a mis l'accent sur le 12° qui soumet à l'IR les profits résultant des opérations réalisées à l'étranger sur un marché à terme d'instruments financiers ou d'options négociables ou sur des bons d'options.

Il note des difficultés aussi bien sur le plan théorique – il n'est pas donné de définition précise sur la notion de réalisation à l'étranger – que sur le plan pratique – pour les warrants négociés en dehors des marchés réglementés. Il pose par ailleurs la question de la compatibilité avec le droit de l'Union européenne puisque lorsque ces mêmes gains sont réalisés en France, en vertu des articles 150 *ter* et suivants du CGI, ils sont imposés au taux proportionnel de 18 % (désormais 19 %) en y ajoutant les cotisations sociales soit au total 31,3 %.

Marie-Christine Lepetit estime que le sujet est tout sauf simple. La définition de la notion de réalisation à l'étranger n'est pas commentée de manière précise par l'administration fiscale : faut-il apprécier le marché ou l'opérateur ? Une réforme de cet article est prévue par la DLF.

b) L'article 123 bis du CGI

52 - Le deuxième dispositif pointé du doigt, cette fois-ci par Nicole Goulard, est celui mis en place par l'article 123 bis du CGI. Elle rappelle en premier lieu que ce mécanisme anti-abus, créé par la loi de finances pour 1999, concerne les transferts d'actifs effectués par des personnes physiques dans des États à fiscalité privilégiée et entraîne l'imposition des bénéfices réalisés par l'entité entre les mains de la personne à deux conditions cumulatives : lorsque l'entité est constituée principalement d'actifs financiers et monétaires et que la personne physique résidente détient au moins 10 % des droits financiers ou de vote.

Suite à une décision de la cour administrative d'appel Nancy en date du 22 août 2008³⁶ qui a jugé cet article contraire aux libertés d'établissement et de circulation des capitaux et donc au droit de l'Union européenne, le législateur a instauré une clause de sauvegarde pour les entités juridiques situées à l'intérieur de l'Union européenne, hors montage artificiel. En contrepartie, pour les entités établies dans un État ou Territoire non coopératif, est créée une présomption simple de détention des 10 % par la personne qui opère le transfert et non pas le bénéficiaire effectif. Ce dispositif n'a pas été retenu dans le cadre de la cellule de régularisation clôturée au 31 décembre 2009 mais l'Administration fiscale en fera application dans les prochains dossiers soumis à régularisation. Cependant, cet article est peu utilisé en pratique.

Marie-Christine Lepetit juge que bien que très récent, ce mécanisme, « comme tous les dispositifs qui font mention de montages artificiels », ne devrait pas faire preuve d'une grande effectivité à terme.

c) Imputation des retenues à la source sur le prélèvement libératoire

53 - En dernier lieu, Michel Labeaume mentionne l'option, prévue aux articles 117 *quater* et 125 D, 1 du CGI, pour le prélèvement

libératoire pour les dividendes et les intérêts perçus par l'intermédiaire d'un établissement payeur de l'Union européenne, la Norvège ou l'Islande. La retenue à la source perçue éventuellement à l'étranger est imputable sur ce prélèvement et le cas échéant, sur les prélèvements sociaux, dans la limite du crédit d'impôt conventionnel.

Lorsqu'une retenue à la source « directive épargne » a été pratiquée (20 % actuellement et 35 % à compter du 1^{er} juillet 2011) il faut noter que l'excédent éventuel par rapport au prélèvement forfaitaire et aux prélèvements sociaux est imputable sur l'impôt sur le revenu et le cas échéant, restituable.

Cette disposition mise en place par l'instruction administrative du 16 octobre 2006³⁷ et qui traite des intérêts, ne pose aucun problème pour Marie-Christine Lepetit.

2° Actifs français des non-résidents

54 - Enfin, Philippe Derouin fait un point sur les actifs français des non-résidents au regard de la récente jurisprudence de la CJUE. Celle-ci a jugé, dans sa décision en date du 28 octobre 2010, *Éts Rimbaud SA*³⁸, que l'application de la taxe de 3 % sur la valeur vénale des immeubles à une société liechtensteinoise était une mesure restrictive justifiée par la nécessité d'assurer l'efficacité du contrôle fiscal. Quoique le Liechtenstein soit partie à l'accord EEE, et que cet accord prévoit l'application de la libre circulation des capitaux, cet État peut, dans une certaine mesure, être assimilé à un pays tiers pour l'application du droit européen. En effet, faute que la directive d'assistance administrative mutuelle soit applicable dans cet État, il a pu se voir valablement opposer une restriction à l'encontre de ses résidents, fondée sur les nécessités du contrôle fiscal. Peu après la conférence, l'avocat général Cruz Villalon a conclu dans le même sens à propos d'une société établie dans un des pays ou territoires d'outre-mer, en l'occurrence les îles Vierges britanniques, qu'il a proposé de considérer comme un pays tiers pour les besoins de l'imposition en question, avec les mêmes conséquences que dans l'arrêt *Éts Rimbaud*³⁹.

Est alors posée la question de savoir si la position de la Cour pourra changer dans le cas où une convention bilatérale prévoit l'échange de renseignements, que cette convention soit conclue avec un État membre de l'EEE⁴⁰ ou un pays tiers. L'exemple est donné des Îles Caïmans, possession du Royaume-Uni, qui ont conclu un accord d'échange de renseignements. Ainsi, existe-t-il une liste des conventions, même limitées à l'échange d'informations, qui contiennent les « bonnes clauses » permettant notamment d'échapper à la taxe de 3 % et de bénéficier de certains régimes de faveur ?

Marie-Christine Lepetit indique que la DLF publiera une liste actualisée des conventions d'assistance administrative satisfaisant aux conditions posées pour bénéficier d'une exonération de taxe de 3 %.

MOTS-CLÉS : Fiscalité internationale - Patrimoine - Conférence de l'IFA Colloques - Aspects internationaux de la fiscalité du patrimoine et de sa gestion

36. CAA Nancy, 1^{re} ch., 22 août 2008, n° 07NC00783, M. Rifaut : *Dr. fisc.* 2008, n° 41, comm. 535, concl. M^{me} M.-P. Steinmetz-Schies ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 236, note J.-L. Pierre ; *RJF* 2/2009, n° 122.

37. *Instr.* 16 oct. 2006 : BOI 5 I-9-06 ; *Dr. fisc.* 2006, n° 44-45, *instr.* 13610. – V. également pour les dividendes, *Instr.* 1^{er} août 2008 : BOI 5 I-5-08 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 37, *instr.* 13948.

38. CJUE, 3^e ch., 28 oct. 2010, aff. C-72/09, *Éts Rimbaud SA*, *préc.*

39. Concl. sur CJUE, 9 déc. 2010, aff. C-384/09, *Prunus SARL c/DSF* ; voir aussi CJUE, 10 févr. 2011, aff. C-436/08 et aff. C-437/08, *Haribo et Salinen*, concl. M^{me} J. Kokott sur l'imposition de dividendes entrants, notamment en provenance de pays tiers, et l'incidence de la liberté de circulation des capitaux.

40. Comme c'est désormais le cas avec le Liechtenstein : accord relatif à l'échange de renseignements en matière fiscale du 22 septembre 2009, publié par le décret n° 2010-1999 du 10 décembre 2010.