



LETTRE ASIE

OCTOBRE 2014

Sommaire :

Chine : Adoption de la nouvelle convention franco-chinoise de non double imposition fiscale

Inde : Imposition des cessions indirectes de titres de sociétés Indiennes: Définition de « substantiellement »

Japon : Exclure un actionnaire minoritaire, une mince affaire ?

Singapour : Réforme concernant l'embauche d'employés étrangers

Vietnam : Extension du champ d'application du régime d'imposition des investisseurs étrangers

Chine : Adoption de la nouvelle Convention franco-chinoise de non-double imposition fiscale

La nouvelle convention franco-chinoise de non-double imposition fiscale a été signée le 26 novembre 2013, elle est actuellement en cours de ratification par les deux pays. Si cette ratification intervient au cours de l'année 2014, la date d'entrée en vigueur la plus réaliste pour cette convention sera le 1^{er} janvier 2015. Cette convention fiscale vient remplacer l'ancienne en date du 30 mai 1984. La nouvelle convention fiscale inclut de nouveaux éléments de modernisation et a apporté d'importants changements. Voici ci-après ses principaux apports :

1. Etablissement Stable (« ES »)

a. Le chantier de construction

Afin d'être conforme avec les dispositions des autres traités conclus par la Chine, la nouvelle convention fiscale étend la définition du chantier de construction à un « chantier d'assemblage » et aux « activités de supervision s'y rattachant ». De plus, la période minimale requise pour caractériser un établissement stable de construction a été portée de 6 à 12 mois.

b. La fourniture de services

La durée minimale des services requise pour caractériser établissement stable est passée de « 6 mois sur une période de 12 mois » à « 183 jours sur une période de douze mois ».

En pratique, certaines autorités fiscales comptaient les « 6 mois » en prenant en compte chaque mois civil de présence du personnel de l'entreprise de l'autre Etat sans tenir compte du nombre de jours exact pendant lesquels le personnel était resté en Chine. C'est pourquoi, de plus en plus de nouvelles conventions fiscales utilisent la notion de « 183 jours » pour remplacer celle des « 6 mois ». La qualification d'établissement stable est donc désormais calculée sur une base journalière.

2. Retenue à la source sur les dividendes

L'ancienne convention prévoyait que la retenue à la source ne pouvait excéder 10% du montant brut des dividendes. Le nouveau traité réduit le taux de la retenue à la source à 5% si le bénéficiaire détient, directement ou indirectement, au moins 25% du capital de la filiale payant les dividendes.

3. Retenue à la source sur les intérêts

La retenue à la source sur les intérêts est toujours de 10% avec exonération pour les intérêts perçus par certaines institutions financières. La nouvelle convention fiscale est venue ajouter de nouveaux noms à la liste des institutions bénéficiant de l'exemption de la retenue à la source. Ainsi, en est-il en Chine de la Banque de Coopération et de Développement, de la Banque de Développement de l'Agriculture, en France, de la Banque Publique d'Investissement et de la Caisse des Dépôts et Consignation.

La définition du terme « intérêt » a également été modifiée. En particulier, « les pénalisations pour paiement tardif » et « les paiements de toute nature reçus en contrepartie d'une garantie ou d'une assurance d'une créance » ne sont plus considérés comme des intérêts mais rentrent désormais dans le champ d'application de l'article 22 du traité intitulé « Autres revenus ».

4. Retenue à la source sur les gains en capital

Sous l'égide de l'ancienne et de la nouvelle convention fiscale, les gains issus de l'aliénation d'actions ou d'autres droits de la société dont les actifs sont principalement des biens de nature immobilière, sont susceptibles d'être taxés dans l'Etat où les actifs immobiliers sont situés. La nouvelle convention fiscale prévoit des règles et des critères spécifiques afin de déterminer si les actifs sont, ou non, principalement de nature immobilière, par exemple si 50% des actifs sont de nature immobilières et détenus directement ou indirectement à n'importe quel moment pendant les 36 mois précédant l'aliénation.

Pour les aliénations d'actions autres que celles stipulées ci avant, c'est à l'Etat source que revient le droit d'imposition si le destinataire du gain possède au moins une participation de 25% dans le capital de la société. La nouvelle convention fiscale prévoit plus de dispositions spécifiques dans le cas d'une détention de participation de 25%, en prenant par exemple en compte les actions détenues directement ou indirectement à n'importe quel moment dans les 12 mois précédents l'aliénation.

5. Autres Revenus

Sous l'ancienne convention fiscale, l'Etat source avait généralement le droit d'imposer les « autres revenus » générés depuis cet Etat. La nouvelle convention vient modifier cette règle générale et prévoit désormais que les « autres revenus » d'un résident d'un Etat contractant, d'où qu'ils proviennent, ne sont imposables que dans cet Etat.

6. Méthode pour l'élimination de la double imposition

D'un point de vue français, il y a un changement important dans la méthode d'élimination de la double imposition, par exemple le concept de « crédit d'impôt

fictif» pour les dividendes, les intérêts et les redevances reçus de Chine a été abandonné.

Sous l'ancienne convention fiscale, s'agissant des redevances, le crédit d'impôts était calculé fictivement comme égal à 20% du montant brut des redevances même si celles-ci étaient en réalité soumises à une retenue à la source de 10%. Cette pratique a été éliminée dans la nouvelle convention fiscale et désormais c'est l'impôt chinois réellement payé par la société française qui est pris en compte pour la détermination du crédit d'impôt en France.

Afin d'éviter l'impact négatif de la nouvelle convention fiscale, une période de transition de 24 mois (démarrant à la date de son entrée en vigueur) est prévue pour les redevances.

Nous pouvons déduire de nos développements précédents que pour pouvoir tirer avantage du changement de convention fiscale, il peut-être judicieux de mettre en place une planification fiscale. Il pourra ainsi être envisagé de reporter la distribution des dividendes afin de se voir appliquer la retenue à la source de 5% désormais prévue par la nouvelle convention fiscale; il pourra être également prévu que les redevances soient reversées à la société française dans les 24 mois qui suivront l'entrée en vigueur de la nouvelle convention fiscale; etc. Cependant, une telle planification fiscale devra être mise en place avec l'assistance d'un fiscaliste afin d'éviter ou de réduire les risques qu'un tel montage soit remis en cause par les autorités fiscales.

Inde : Imposition des cessions indirectes de titres de sociétés indiennes : définition de « substantiellement »

Dans un arrêt très attendu du 20 janvier 2012 rendu dans l'affaire Vodafone¹, la Cour Suprême indienne s'était prononcée sur le régime fiscal des cessions indirectes de titres de sociétés indiennes. Au terme de cet arrêt, les cessions entre non-résidents d'actions de société étrangère détenant une participation dans une filiale indienne ne constituent pas un transfert d'actifs financiers en Inde et la plus-value en résultant n'est dès lors pas soumise à l'impôt en Inde.

En réaction à cette décision, le gouvernement indien avait, par la Loi de Finance de 2012, modifié l'article 9 de l'Income Tax Act indien (« ITA ») afin de soumettre à l'impôt en Inde, de manière rétroactive, toute plus-value de cession directe ou indirecte d'actifs financiers situés en Inde réalisée par des non-résidents, infirmant ainsi la décision Vodafone.

La note 5 (*Explanation 5*) sous l'article 9(1)(i) de l'ITA, introduite par la même Loi de Finance, précise qu'un actif financier est réputé situé en Inde si sa valeur découle

¹ Vodafone International Holdings B.V v. Union of India & Anr (civil appeal No. 733 of 2012)

substantiellement d'actifs situés en Inde (par exemple, sa participation dans une filiale indienne). Introduite dans la précipitation dans le but de renverser par voie législative l'arrêt Vodafone, cette disposition reste toutefois muette sur la signification et la portée du terme « substantiellement ».

Dans son jugement du 14 août 2014 (DIT v. Copal Research Limited and Ors., W.P. 2033/2013), la High Court de Delhi vient mettre fin à l'incertitude entourant la définition du terme « substantiellement ». Selon la High Court, la note 5 ayant été introduite à des fins de clarification doit être interprétée restrictivement. Pour la High Court, le terme « substantiellement » signifie « principalement » ou « majoritairement ». En conséquence, l'article 9(1)(i) de l'ITA n'a pas vocation à s'appliquer aux revenus générés par un transfert de titres d'une société étrangère dont moins de 50% de la valeur découle d'actifs situés en Inde.

Pour fixer ce seuil de 50%, la High Court s'est fondée sur les sources suivantes :

- (i) la raison d'être même de l'article 9 de l'ITA, laquelle est de soumettre à l'impôt indien tout revenu ayant un lien direct ou indirect avec l'Inde indifféremment du fait que ce revenu ait été généré par une cession d'actifs situés ou non en Inde, mais pas de soumettre à l'impôt indien des revenus qui seraient générés sans aucun lien territorial avec l'Inde; et
- (ii) des sources internationales (le modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE ainsi que le modèle de convention fiscale des Nations Unies) mais également internes (le rapport du Comité Shome (dont la mission était de rédiger les General Anti-Avoidance Rules) et du Direct Tax Code de 2010), pour lesquels le terme « substantiellement » correspond a minima à 50% de la valeur totale qu'une société tire de certains actifs.

Cette décision devrait rassurer les investisseurs étrangers dont la confiance avait été ébranlée par les actions prises par l'ancien gouvernement pour infirmer la jurisprudence Vodafone. Il faut désormais espérer que cette décision sera suivie par les autres juridictions et ne sera pas remise en cause par voie législative (le dernier projet de Direct Tax Code prévoyant un seuil de 20%).

Japon – Exclure un actionnaire minoritaire, une mince affaire ?

Par Landry GUESDON, Avocat aux Barreaux de Paris et Tokyo (GJB), Iwata Godo law office <http://www.iwatagodo.com/english/>

Un actionnaire minoritaire qui reste dans le capital d'une société après une offre publique d'achat ou d'échange réussie est parfois bien encombrant, conservant une capacité de nuisance réelle ou potentielle. Sa présence dans le capital empêche d'avoir recours à certaines procédures ultra-simplifiées comme la décision écrite de l'associé unique, impose une plus grande vigilance en matière de « compliance » et gouvernance, de gestion des conflits d'intérêts entre la mère, d'une part, et la filiale et ses administrateurs, d'autre part. Les juristes ont, depuis

plusieurs années, fait de la surenchère dans la créativité pour aider leurs clients à exclure les minoritaires qui s'incrument, avec plus ou moins de bonheur et d'incertitude sur la fiabilité des montages élaborés et leur mise en œuvre. Outre le rachat de leurs actions aux minoritaires (de gré à gré si tant est que le rachat n'oblige à lancer une offre), la panoplie de solutions disponibles comprend les échanges d'actions (« share-for-share exchanges »), y compris dans le cadre de fusions triangulaires - jusqu'à présent largement théoriques-, opérations à l'issue desquelles le minoritaire reçoit des actions de l'acquéreur ou de sa société mère en échange de ses actions ; les « cash-out mergers » et les « cash-for-share exchanges », actions contre espèces ; et le recours aux « wholly callable shares », actions dites entièrement acquérables/remboursables (« *zenbu shutoku joukoutsuki shurui kabushiki* »). Dans cet arsenal, la dernière option semble, jusqu'à présent, être la plus efficace en termes de dénouement et aussi fiscalement. Les actions ordinaires de la société sont d'abord transformées en actions acquérables sur décision de l'assemblée générale des actionnaires prise à la majorité des deux-tiers. L'AG décide ensuite de rembourser les actions, non pas en espèces mais en nature avec des actions d'une nouvelle catégorie. Le rapport d'échange est fixé de telle manière que les minoritaires ne puissent recevoir que des rompus, valeurs fractionnaires d'actions nouvelles, en échange de leurs titres, lesquels sont payés en espèces après que le tribunal ait autorisé la société cible/émettrice à vendre les rompus à l'acquéreur de la société et à compenser les minoritaires en espèces. Cela étant, l'appréciation du caractère équitable du prix est souvent un exercice délicat ; les minoritaires ont la faculté de contester la valorisation des titres et le processus peut facilement dérapier en présence de minoritaires rétifs, voire hostiles. L'article 172 de la Loi sur les Sociétés permet aux minoritaires de saisir le tribunal à cet effet dans les vingt jours de la tenue de l'AG. Les affaires Rex Holdings et Cybird Holdings et leurs péripéties respectives autour de l'établissement d'un juste prix dans le cadre d'opérations de MBO illustrent mon propos.

Une réforme du droit des sociétés est enfin intervenue en juin 2014 qui doit prendre effet avant la fin 2015. Elle ne remplace toutefois pas la méthode reposant sur la création d'actions acquérables mais elle introduit une solution supplémentaire de retrait obligatoire qui peut être résumée ainsi qu'il suit. Un actionnaire dit « actionnaire spécial de contrôle » (« *tokubetsu shihai kabunushi* ») détenant au moins 90% des droits de vote à l'issue d'une offre publique pourra imposer aux minoritaires qui n'auraient pas répondu à l'offre de lui transférer leurs titres moyennant indemnisation. Pour ce faire, il se voit accorder par la loi une option d'achat conditionnelle portant sur les titres des minoritaires (en ce y compris stock-options, options et bons de souscription et autres titres pouvant donner accès au capital). Cet actionnaire spécial de contrôle est une personne physique ou morale détenant donc au moins 90% des votes ; pour les personnes morales, il peut s'agir d'un groupe composé d'une société mère et ses filiales détenues à 100%. L'option est ouverte automatiquement en vertu de la loi, dès lors que l'acquéreur a le statut de actionnaire spécial de contrôle, sans documentation contractuelle ni délai encadrant l'exercice de l'option. Quant aux modalités d'exercice, l'acquéreur doit

notifier sa décision de lever l'option au conseil d'administration de la société cible/émettrice, tout en précisant certains termes (calendrier, prix d'achat) et demander au conseil d'approuver les conditions de son offre. Le processus ne requiert ni négociation ni contact préalable avec les minoritaires. Si le conseil accepte les termes de l'offre, il en informe les minoritaires au plus tard vingt jours avant la réalisation de la vente. Il n'est pas nécessaire, dans ce cadre, de tenir une AG ou de recevoir l'aval du tribunal pour procéder au « squeeze out ». Le recours des minoritaires qui se considèrent comme spoliés dans l'opération subsiste, ils peuvent engager une action en référé pour faire obstacle à la mise en œuvre de l'option, réclamer une expertise judiciaire pour contester la détermination du prix de leurs titres ou bien encore intenter une action en responsabilité contre les administrateurs pour violation de leur obligations fiduciaires à leur égard lors de l'approbation des termes de l'offre. Bizarrement, le conseil d'administration de la société cible se voit attribuer un rôle de protecteur des minoritaires alors qu'un principe de base du droit des sociétés est que les administrateurs ont des obligations de prudence et de diligence, d'honnêteté, de loyauté et un devoir de fiduciaire vis-à-vis de la société au sein de laquelle ils exercent leur mandat et non d'une faction d'actionnaires. En raison de cet arsenal assez dissuasif mis à la disposition de minoritaires activistes, s'agissant notamment du dernier point et les conflits d'intérêts potentiels qu'il génère pour un administrateur pris en porte-à-faux entre ses obligations et la perspective de négocier contre le majoritaire qui le nomme et, indirectement, le nourrit, certains praticiens ont émis des doutes quant au devenir de la nouvelle procédure même si celle-ci présente de sérieux avantages en termes de calendrier des opérations et que divers garde-fous existent.

Singapour : Réforme concernant l'embauche d'employés étrangers

Le 23 septembre 2013, le ministère du travail (MOM) a annoncé l'adoption de nouvelles règles regroupées sous l'appellation « *Fair Consideration Framework* » ou « FCF ». Ce dispositif est entré en vigueur le 1^{er} août 2014 et impose désormais aux employeurs de prendre en compte les candidatures des ressortissants singapouriens de manière équitable avant d'embaucher une personne détenant un permis de travail (« *Employment Pass (EP)* »). Ses deux dispositions majeures sont les suivantes :

- le ministère du travail attend de toutes les sociétés désirant embaucher du personnel qu'elles étudient équitablement la candidature des ressortissants singapouriens, cette étude doit-être basée sur le mérite. Cela signifie notamment qu'elles sont fortement encouragées à publier leurs offres d'emploi et qu'elles doivent s'assurer que celles-ci sont ouvertes aux ressortissants singapouriens ;
- les sociétés soumettant une demande de permis de travail doivent désormais publier au préalable leur offre d'emploi sur une nouvelle base de données administrée par l'Agence singapourienne pour le développement de l'emploi (« *Workforce Development Agency* »). L'offre doit-être ouverte au Singapouriens pour une période d'au moins 14 jours et se conformer à la

directive tripartite sur les bonnes pratiques en matière d'embauche (« *Tripartite Guidelines on Fair Employment Practices* »). Cette directive a pour but de promouvoir l'adoption et le respect de bonnes pratiques en matière d'embauche entre les employeurs, les employés et le grand public.

Pour des raisons pratiques, le MOM a décidé d'exempter de l'application du FCF les offres suivantes:

- dont l'entreprise compte un nombre de salariés inférieur ou égal à 25,
- dont le salaire mensuel fixe est supérieur ou égal à 12.000 dollars singapouriens,
- dont la durée est courte (ne dépassant pas un mois par exemple).

Ces dispositions s'avèrent finalement peu contraignantes pour les entreprises qui n'ont pas l'obligation de recevoir les candidats singapouriens éventuels après la publication de leur offre.

Vietnam: Extension du champ d'application du régime d'imposition des contractants étrangers (« *Foreign Contractor withholding Tax Regime* » ou « régime de la FCT »).

Le régime de la FCT est le principal mécanisme par lequel le Vietnam impose les sociétés et particuliers étrangers qui font des affaires ou génèrent des revenus au Vietnam en signant des contrats commerciaux avec des partenaires vietnamiens. La FCT est habituellement prélevée sur les paiements effectués à ces entreprises étrangères par leurs partenaires vietnamiens.

Le 6 août 2014, le Ministère des Finances a adopté une nouvelle circulaire qui vient modifier le champ d'application de la FCT. Celle-ci entrera en vigueur à compter du 1^{er} octobre 2014 et a pour effet d'étendre l'application de la FCT à de nouvelles entités telles que :

- les sociétés et particuliers étrangers distribuant ou fournissant des produits au Vietnam lorsque le vendeur supporte les risques jusqu'à la livraison des produits au Vietnam;
- les sociétés et particuliers étrangers qui restent propriétaires des biens fournis, supportent les coûts de distribution, de commercialisation et de publicité, sont responsables de la qualité des biens/services et ont autorité pour établir le prix de vente ;
- les sociétés et particuliers qui concluent des contrats en leur nom via des sociétés ou particuliers vietnamiens habilités ;
- les sociétés et particuliers au Vietnam qui exercent leurs droits d'importation, d'exportation et de distribution au Vietnam ou achètent des biens en vue de les exporter ou pour les revendre au Vietnam.

Cette circulaire prévoit également que l'utilisation d'entrepôts de stockage et de dédouanement intérieur pour le transport international, le transit, le transbordement

ou pour toute opération de transformation ultérieure par une société vietnamienne, ne doit pas être sujette à FCT.

Tout contrat commercial doit donc être revu attentivement afin de déterminer si la FCT est applicable ou non au regard du droit vietnamien mais également en prenant en considération l'impact d'une éventuelle convention de non double imposition fiscale qui serait éventuellement applicable.