

Structuration juridique et fiscale de vos projets d'investissement en Russie

Dominique Tissot, Avocat associé
Anastasia Prozor, Avocate collaboratrice

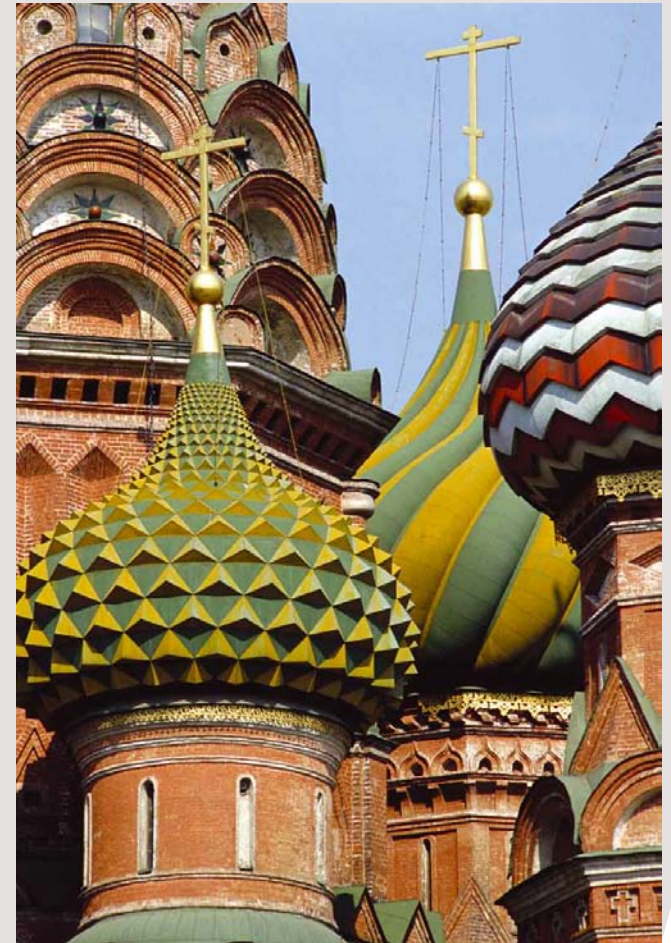
CMS, Russie

Paris, 13 septembre 2011

Structuration juridique et fiscale de vos projets en Russie

Agenda

- Aspects juridiques
 - Critères de choix
 - Structures envisageables
 - Le contexte réglementaire
 - Pactes d'actionnaires et loi russe
 - Spécificités des SARL
- Aspects fiscaux
 - Fondamentaux du système fiscal russe
 - Etablissement stable
 - Dispositifs anti-abus
 - Localisation de la société holding
 - Exemples de structures
 - Dispositions spéciales des conventions





Aspects juridiques

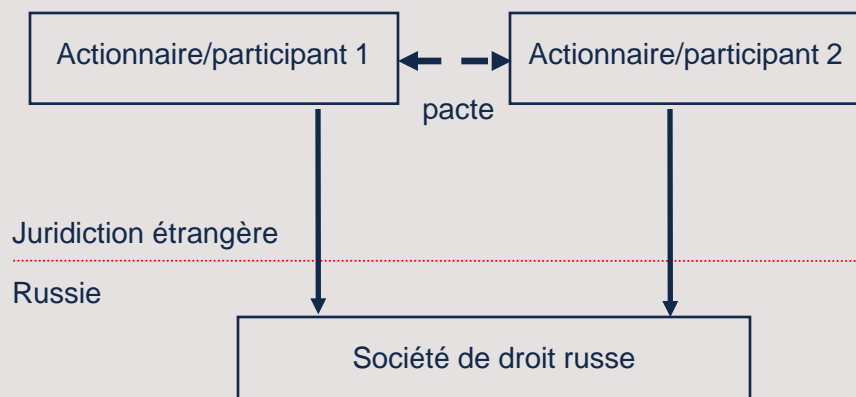


Critères de choix

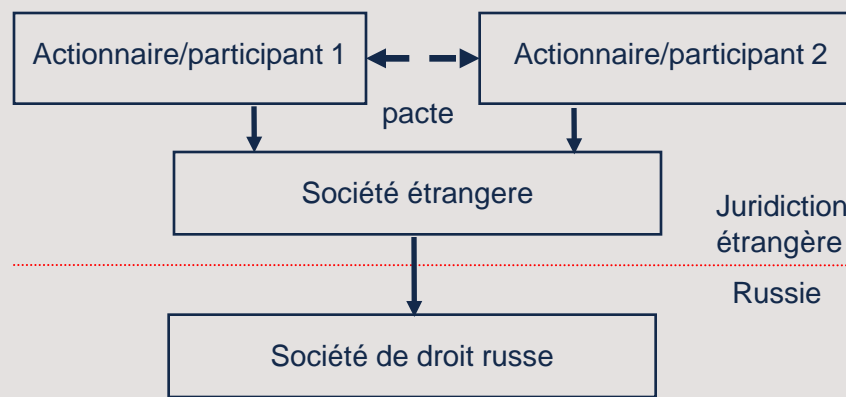
- Type d'activité
 - Industrielle/commerciale/services
 - Stratégique et/ou politique
 - Réglementée (banque/assurance, etc.)
- Objectif de l'investissement (entrepreneurial vs. spéculatif; long vs. court terme)
- Sécurité juridique
 - Ecran de la personnalité juridique
 - Règles de gouvernance / durcissement des législations anticorruption (FCPA, UK Anti-Bribery Act, russe etc.)
 - Validité & opposabilité des pacte d'actionnaires
- Optimisation fiscale
 - Revenus actifs/passifs
 - Financement (dette vs. equity)

Structures envisageables

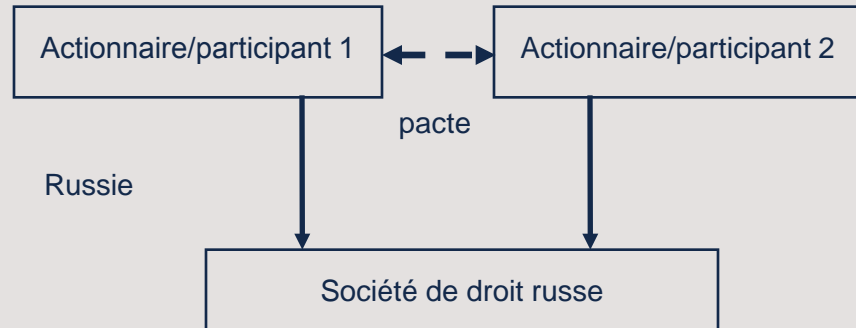
Option 1



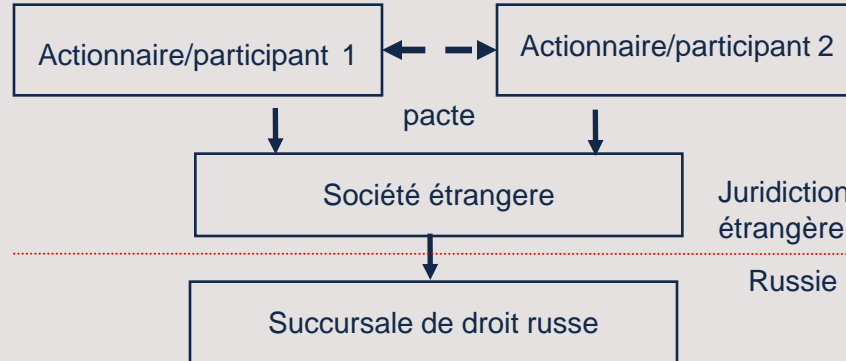
Option 2



Option 3



Option 4



Le contexte réglementaire

Pactes d'Actionnaires ("PA") et loi russe (1/8)

- Avant 2009 :
 - PA inopposables en Russie (ordre public et dispositions impératives)
 - Structuration des JV/holdings offshore (Chypre/BVI, etc.) avec PA soumis au droit anglais (90% des cas)
- Depuis 2009 :
 - PA (SARL ou SA) juridiquement possibles et opposables en Russie
 - Options d'achat/vente de titres ou parts des sociétés de droit russe (SARL ou SA) juridiquement possibles et opposables
- Mais réglementation sur les PA insuffisamment protectrice
 - Générale et incomplète
 - Primauté de la législation en vigueur & des statuts (décision de la Cour d'appel russe du 17 février 2011)
 - Jurisprudence sporadique & application *mutatis mutandis* / SARL et SA

Le contexte réglementaire

Pactes d'Actionnaires ("PA") et loi russe (2/8)

- Lois Fédérales No. 208-FZ du 26 décembre 1995 (SA) et No. 14-FZ du 8 février 1998 (SARL)
- Loi Fédérale 312-FZ du 30 décembre 2008
- Champ d'application vague
 - Règles de votes et coordination des AG
 - Achat/vente de titres à un prix prédéterminé ou sous conditions et/ou restrictions au droit de vente des titres pendant une certaine période
 - Nomination des membres des organes de gestion ?
 - Gestion du management, de la transformation et de la dissolution de la société ?

Le contexte réglementaire

Pactes d'Actionnaires ("PA") et loi russe (3/8)

- Compétences des organes de gestion
 - SA
 - AG : compétences limitatives et non transmissibles au CA
 - CA : compétences extensibles (par les statuts)
 - SARL
 - AG/CA : absence de restrictions
- Règles de votes (majorité, quorum) des organes de gestion
 - SA
 - AG : non modifiables par le PA ou les statuts
 - CA: aménagements possibles dans les statuts (si durcissement du dispositif)
 - SARL
 - AG/CA : aménagements possibles dans les statuts (si durcissement du dispositif)

Le contexte réglementaire

Pactes d'Actionnaires ("PA") et loi russe (4/8)

– Transfert des parts/titres

- Rachat de ses propres parts/titres par la société
 - SA : impossible (sauf exceptions)
 - SARL : droit de retrait de chaque associé à tout moment (sous réserve des statuts)
- Droit préférentiel de souscription (vente de parts/titres à un tiers)
 - SA/SARL : possible pour les actionnaires/associés et la société
- Nantissement des parts/titres
 - SARL : accord préalable + notariation
 - SA : pas d'accord préalable mais droit préférentiel

Le contexte réglementaire

Pactes d'Actionnaires ("PA") et loi russe (5/8)

- Transfert des parts/titres sous conditions
 - Call options & put options, Tag along & drag along, Russian roulette, Texan shoot out, Dutch Auction
 - Risques de requalification juridique (contrat de vente sous condition suspensive vs. promesse de vente) et d'invalidation par les tribunaux
 - Deadlock
 - Traditionnellement, recours à l'arbitrage international (Londres, Stockholm, etc.)
 - Nouvelle loi sur la médiation : générale et peu utilisée
 - Risques de requalification juridique (contrat de vente sous condition suspensive)

Le contexte réglementaire

Pactes d'Actionnaires ("PA") et loi russe (6/8)

- Non-concurrence
 - Interdit par la Constitution de la FR (article 34-1) & de la loi FZ-135 sur la protection de la concurrence du 26 juillet 2006 (article 11)
- Loi applicable
 - Compétence de la loi étrangère si élément d'extranéité (e.g. investisseur étranger) ?
 - Non réglementé dans les lois sur les SA et SARL, mais
 - Cas "MEGAFON"
 - Règles d'ordre public et dispositions impératives de la loi russe

Le contexte réglementaire

Pactes d'Actionnaires ("PA") et loi russe (7/8)

- Compétente juridictionnelle (clause d'arbitrage)
 - Non membre de la Convention de La Hague sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale
 - Valider au cas par cas l'existence de dispositifs bilatéraux équivalents
 - Membre de la convention de New-York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales
 - Application des règles de droit international privé russe (exéquatur possible des sentences arbitrales étrangères en Russie)
 - Position des tribunaux russes (compétence des tribunaux commerciaux russes et/ou reconnaissance au cas par cas)
- => Difficile exéquatur des sentences arbitrales au terme du PA

Le contexte réglementaire

Pactes d'Actionnaires ("PA") et loi russe (8/8)

- Exécution forcée
 - SA : impossible
 - Instructions de vote des organes de gestion aux actionnaires interdites
 - PA inopposable aux décisions des organes de gestion (DG, CA, AG)
 - PA inopposable aux tiers
 - SARL : difficile en pratique
- Indemnisation pécuniaire
 - Dommages & Intérêts
 - Pénalités

Le contexte réglementaire

Spécificités des SARL (loi fédérale 312-FZ du 30 décembre 2008)

- Forme juridique préférée pour les sociétés privées avec peu d'actionnaires
 - Simplicité et flexibilité des règles de gouvernance d'entreprise
 - Capital social minimum
 - Absence d'enregistrement des émissions de parts auprès du FSFM
- Mais notarisation obligatoire des contrats portant transfert ou achat/vente de parts
 - Transfert produisant ses effets (opposable) à compter de la notarisation
 - Contrats d'achat/vente future et/ou conditionnelle de parts de SARL difficiles à mettre en place

Le contexte réglementaire

Conclusion

- Avantage d'un PA offshore
 - Environnement sécurisé, flexibilité dans la gestion des JV et relations entre actionnaires
 - Flexibilité pour réguler les cas de sortie/deadlock (droit de préemption, tag/drag along, put/call options etc.)
 - Financement & Garanties
 - Optimisation fiscale
- Limites
 - Exécution forcée & exéquatur difficiles
 - Critères de résidence fiscale
 - Groupes russes avec pas ou peu d'actifs à l'étranger
 - Projets à caractère politique (sociétés d'état)
 - Gestion logistique parfois difficile pour la partie russe
- PA russe : insérer le maximum de dispositions dans les statuts

Aspects fiscaux



Fondamentaux du système fiscal russe

- Taux général d'impôt sur les profits – 20%, de la TVA – 18%
- Taux de retenue à la source
 - Dividendes
 - 0% ou 9% sur des dividendes reçus par des sociétés russes
 - 15% sur des dividendes reçus par des sociétés étrangères et payés par des sociétés russes
 - Intérêts – 20%
 - Redevances – 20%
 - Plus-values sur cessions de parts/titres: 20%, mais taux réduit de 0% applicable aux transferts de sociétés russes, si:
 - Durée de détention de titres (droit de propriété ou autre droit réel) à la date du transfert supérieure à 5 ans
 - Parts/actions acquises à compter du 1er janvier 2011
- Absence de « *branch tax* »

Etablissement stable (1/2)

Notion

- Une succursale, un bureau de représentation, une division, un bureau, un comptoir, une agence ou toute autre subdivision séparée ou autre lieu d'activité de la société étrangère à travers laquelle cette société effectue régulièrement une activité commerciale sur le territoire russe
 - Activité locale
 - Existence d'une base fixe d'affaires
 - Régularité (30 jours minimum par an)
- Exclusion – activités préparatoires et auxiliaires
 - Stockage des marchandises, marketing, publicité, diffusion d'information...
- Chantiers de construction
 - Délai conventionnel (e.g. convention fiscale France-Russie : 12 mois)
- Obligation d'enregistrement fiscal même en absence d'ES si la durée des activités sur place excède 30 jours

Etablissement stable (2/2)

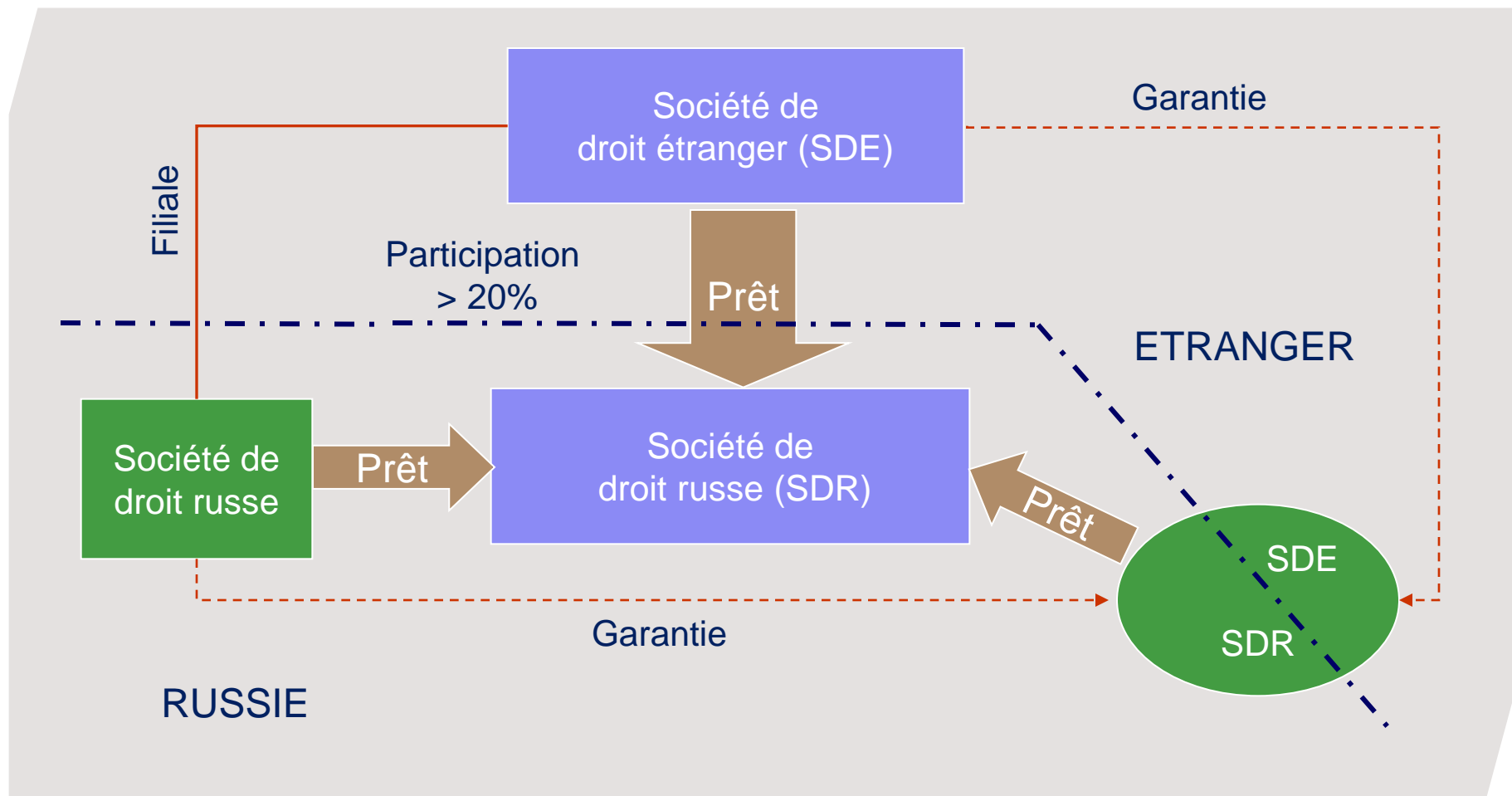
Caractéristiques

– Avantages

- Système de taxation proche de celui applicable aux sociétés russes (déductibilité des dépenses, déductibilité de la TVA)
- Flexibilité des options de financement (inapplicabilité des règles de sous-capitalisation)
- Rapatriement des profits sans retenue à la source

Dispositifs anti-abus (1/6)

Sous-capitalisation



Dispositifs anti-abus (2/6)

Sous-capitalisation

– Champ d'application

- Prêt fourni (i) par un actionnaire étranger détenant directement ou indirectement 20% capital de l'emprunteur russe ou (ii) par une société russe affiliée auprès d'un tel actionnaire étranger ou (iii) garanti par un tel actionnaire étranger ou par une société russe affiliée auprès d'un tel actionnaire étranger
- Ratio d'endettement (*debt/equity*) = 3:1

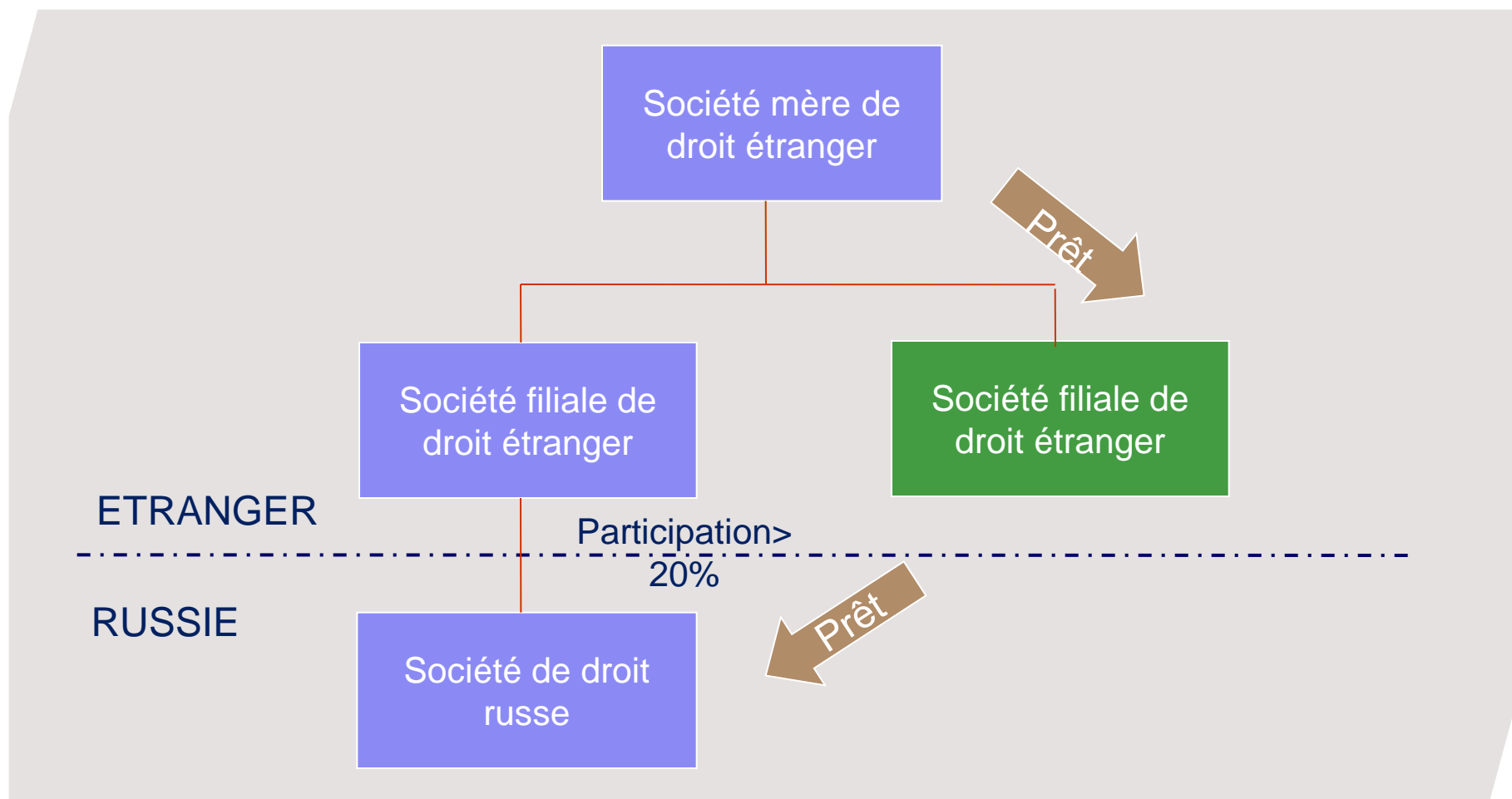
– Intérêts excédentaires = dividendes → retenue à la source

– Solutions pour éviter les règles

- Prêts octroyés / garantis par les sociétés-sœurs?
- Références aux dispositions plus favorables des conventions fiscales de non double imposition
 - Dernières tendances : nouveau modèle de convention fiscale → renégociation des convention existantes par la Russie (Luxembourg, Suisse, Autriche, Belgique...)
- Recours aux prêts sans intérêt

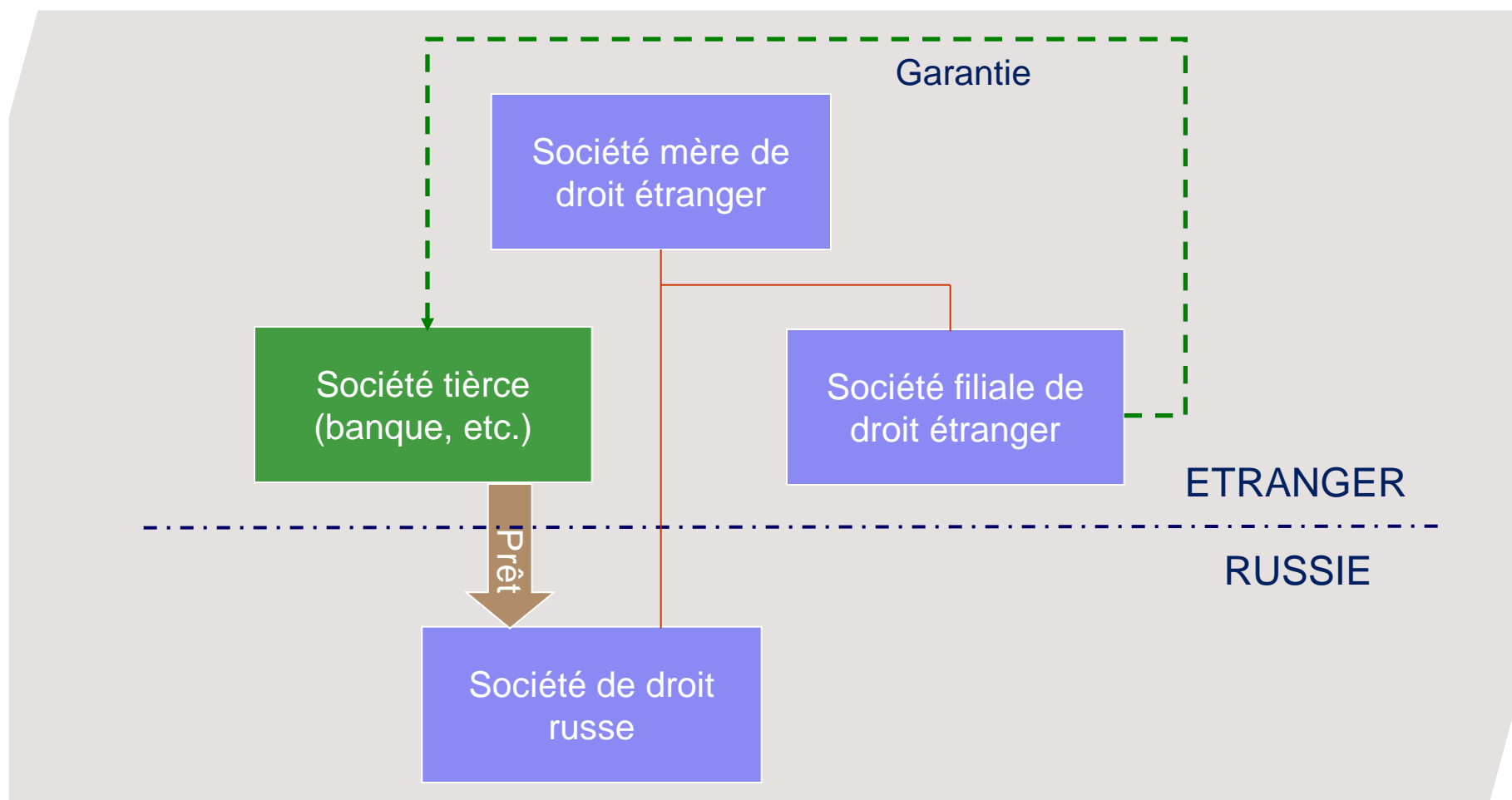
Dispositifs anti-abus (3/6)

Sous-capitalisation: solutions



Dispositifs anti-abus (4/6)

Sous-capitalisation: solutions



Dispositifs anti-abus (5/6)

Notion d'« avantage fiscal injustifié »

Schéma 1

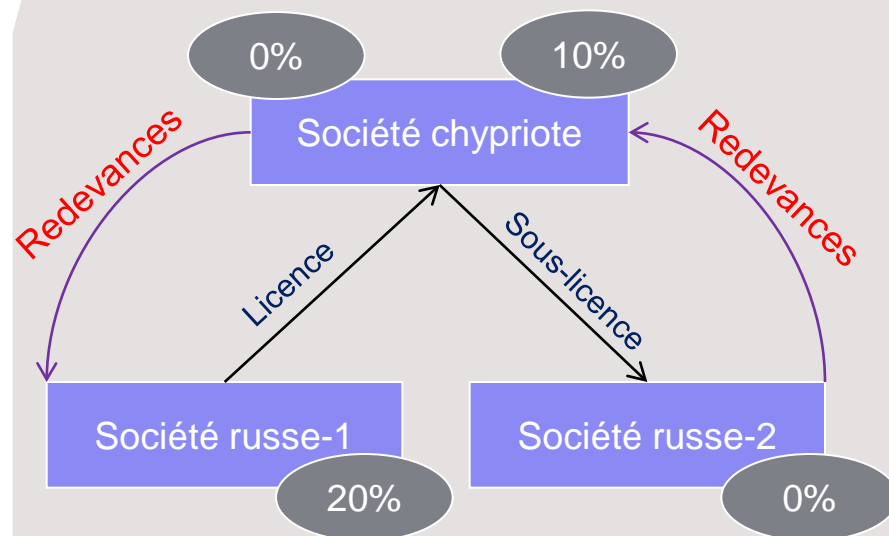
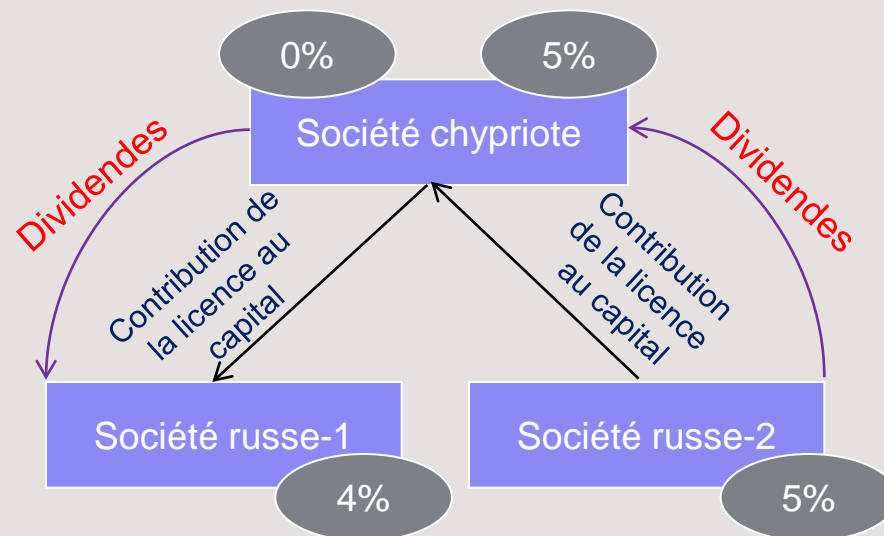


Schéma 2



- « *Substance over form principle* »
- But commercial
- Siège de direction effective

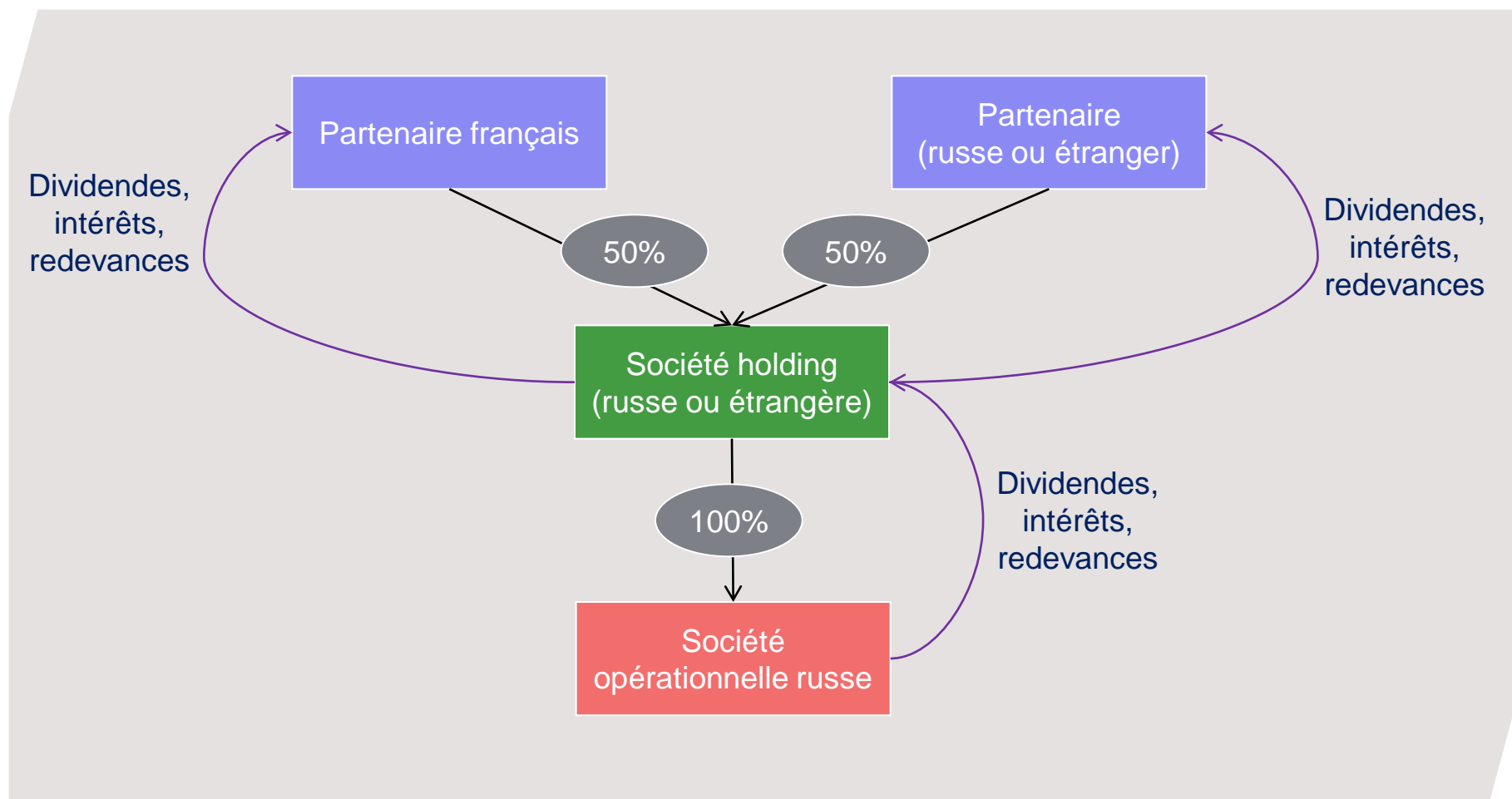
Dispositifs anti-abus (6/6)

Autres mesures

- Lutte contre les paradis fiscaux
 - Liste noire des juridictions du Ministère des finances russe
 - Absence de règles CFC (« Controlled Foreign Companies »)
- Lutte contre le « treaty shopping »
 - Création d'une holding dans un Etat dans l'unique but de bénéficier des dispositions plus favorables des conventions conclues par cet Etat → inclusion dans les conventions d'une disposition selon laquelle la réduction de retenue à la source n'est accordée qu'au bénéficiaire effectif du revenu correspondant

Localisation de la société holding (1/4)

Structure type



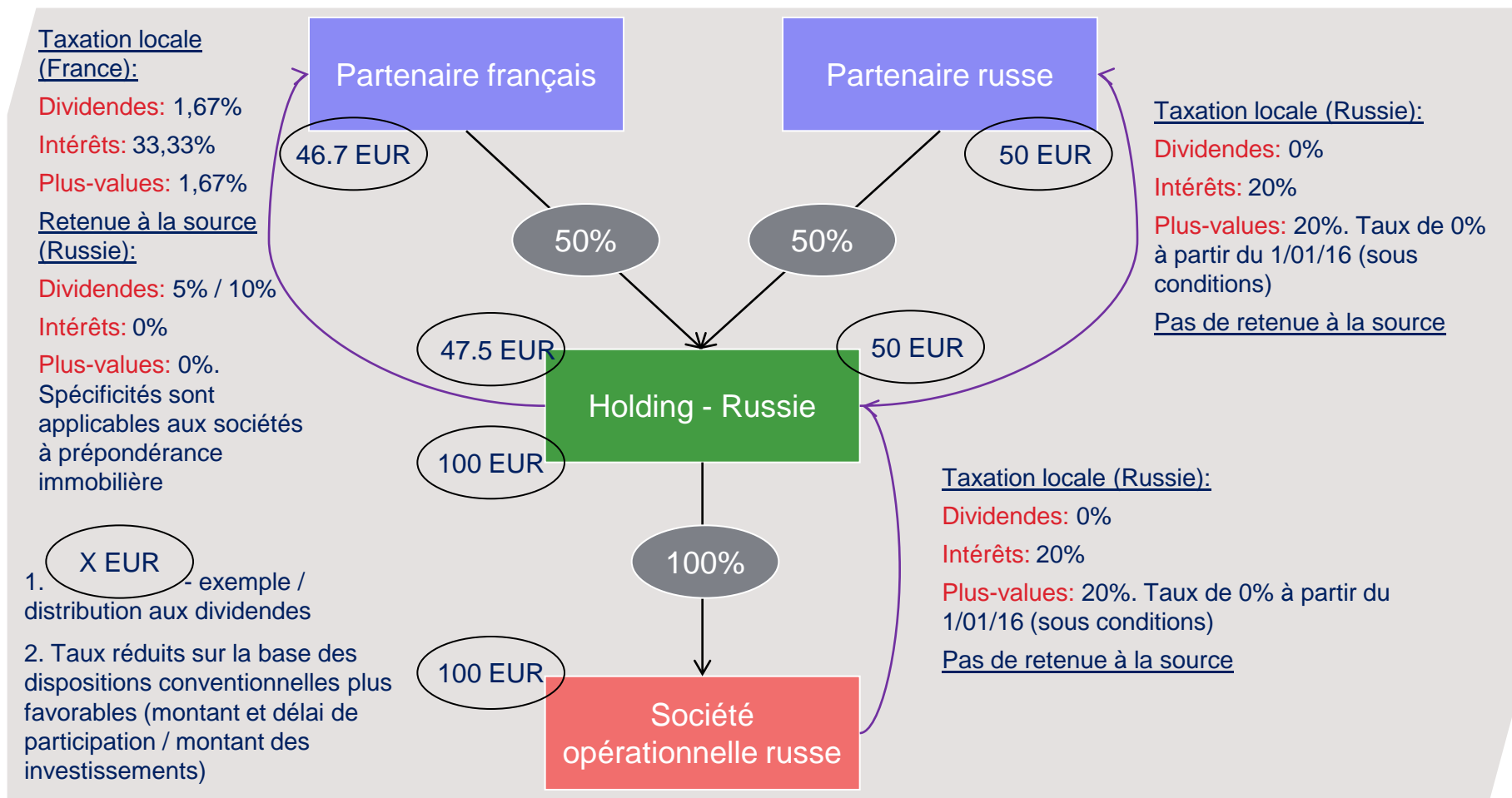
Localisation de la société holding (2/4)

Critères de choix

- Fluidité des mouvements financiers
 - Dividendes, intérêts, redevances
 - Aides intragroupes
- Fiscalité des participations
 - Coûts d'acquisition des participations
 - Provisions pour dépréciation des titres
 - Plus-values de cession des titres
- Taux d'impôt sur les sociétés
- Réseau de conventions internationales
- Possibilité de sécuriser les montages par l'obtention de rulings
- Existence d'un régime d'intégration fiscale

Localisation de la société holding (3/4)

Holding en Russie



Localisation de la société holding (4/4)

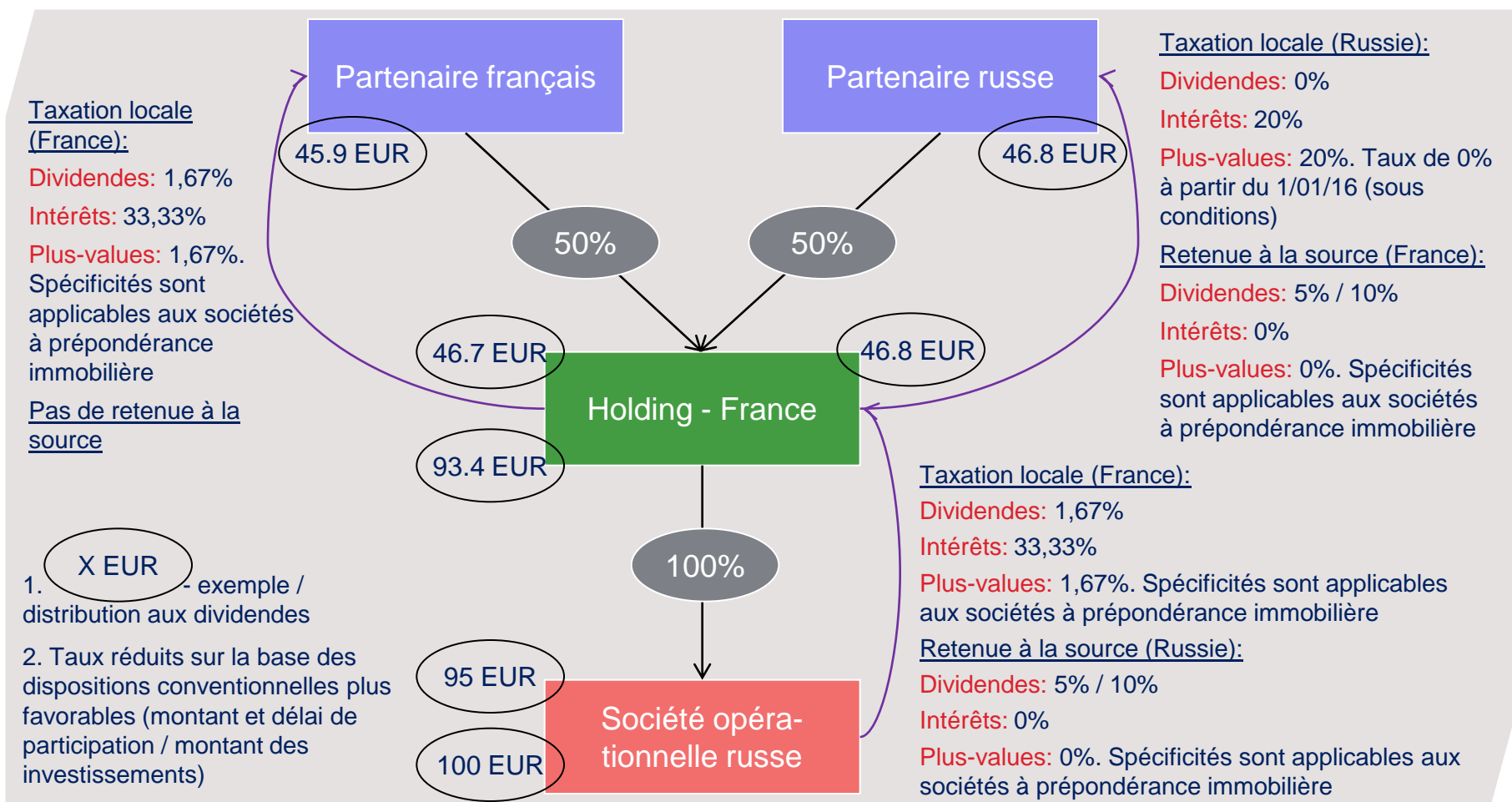
Holding à l'étranger

HOLDING		Pays-Bas	Chypre	France	Luxembourg	Belgique	
Taux d'impôt sur les profits		20% / 25%	10%	33.33%	22.05%	33.99%	
Retenue à la source	Société opérationnelle russe ↓ Holding	Dividendes	5% ⁽¹⁾	5% ⁽²⁾	5% ⁽³⁾	10% ^{(4) *}	10%
		Intérêts	0%	0%	0%	0%	10%
		Redevances	0%	0%	0%	0%	0%
	Holding ↓ Partenaire français	Dividendes	0% ⁽⁵⁾	0%	0%	0% ⁽⁶⁾	0% ⁽⁷⁾
		Intérêts	0%	0%	0%	0%	0% ⁽⁸⁾
		Redevances	0%	0%	0%	0%	0%
	Holding ↓ Partenaire russe	Dividendes	2% ou 12% ⁽⁹⁾	0%	5% ⁽¹⁰⁾	10% ⁽¹¹⁾	0% ⁽¹²⁾
		Intérêts	0%	0%	0%	0%	10%
		Redevances	0%	0%	0%	0%	0%

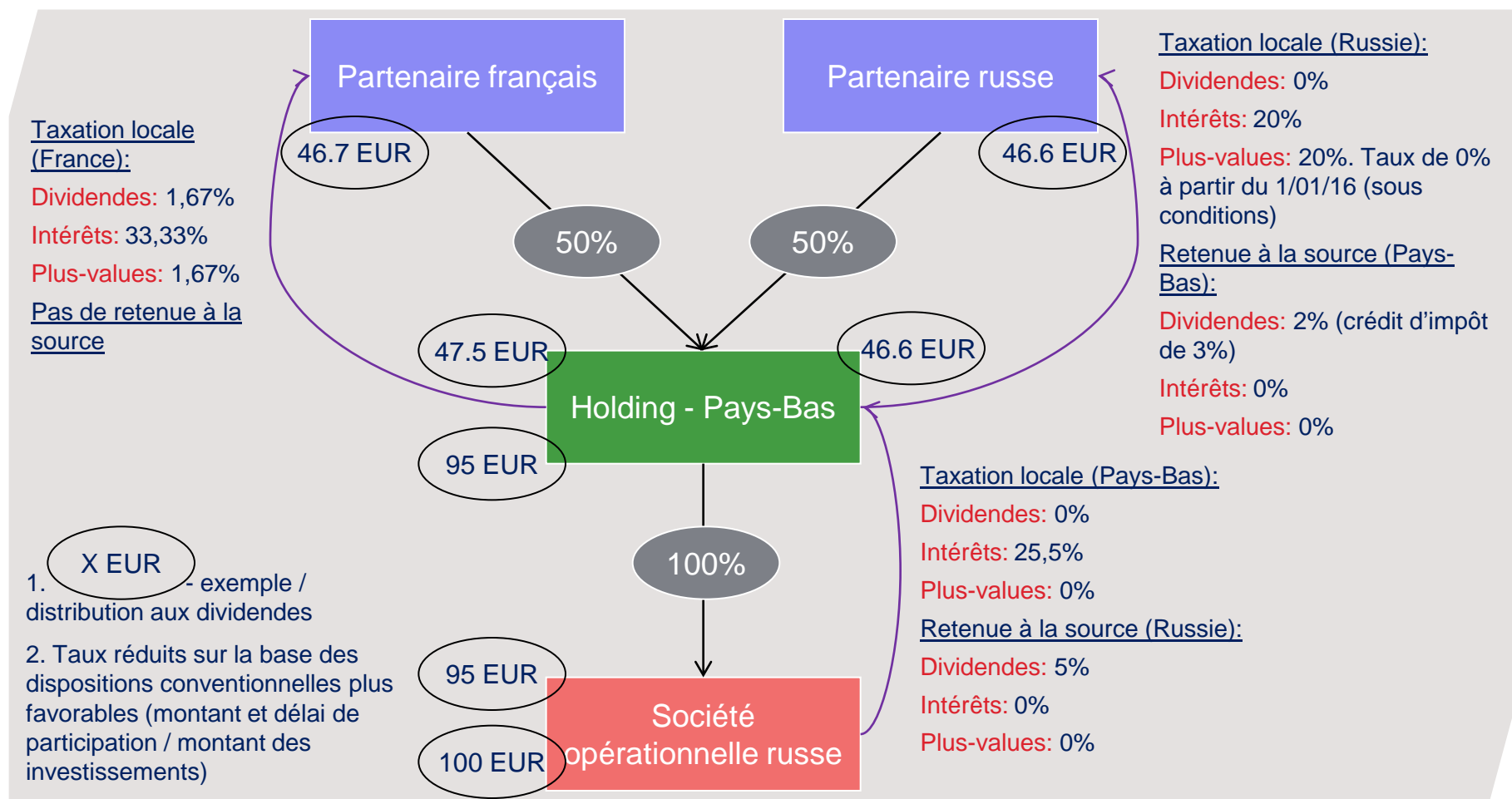
- (1) Si participation > 25% et montant d'investissement > EUR 75,000
- (2) Si investissement initial > EUR 100,000
- (3) Si investissement > EUR 76,225 et si les dividendes sont exonérés selon le régime des sociétés mères
- (4) Si participation > 30% et montant d'investissement > EUR 75,000
- (5) Si participation > 25%
- (6) Si participation > 10% pendant > 1 an
- (7) Si participation > 10% pendant > 1 an
- (8) Si participation > 25% pendant > 1 an
- (9) Taux effectifs si participation > 25% et montant d'investissement > EUR 75,000 (compte tenu du CI hollandais)
- (10) Si investissement > EUR 76,225 et si les dividendes sont exonérés selon le régime des sociétés mères
- (11) Si participation > 30% et montant d'investissement > EUR 75,000
- (12) Si participation > 15% pendant > 1 an

Exemples de structure (1/3)

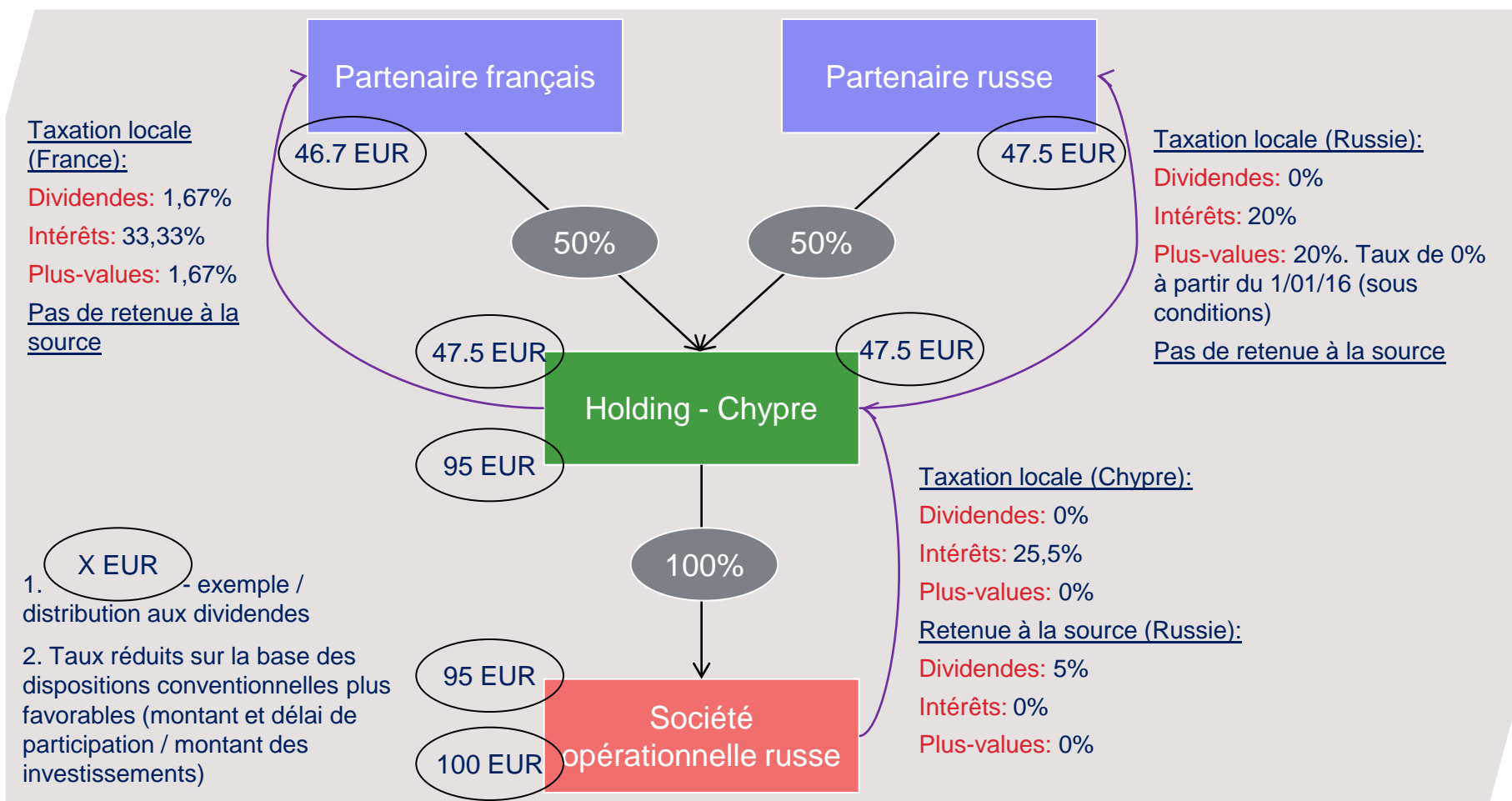
Holding en France



Exemples de structure (2/3) Holding aux Pays-Bas



Exemples de structure (3/3) Holding à Chypre



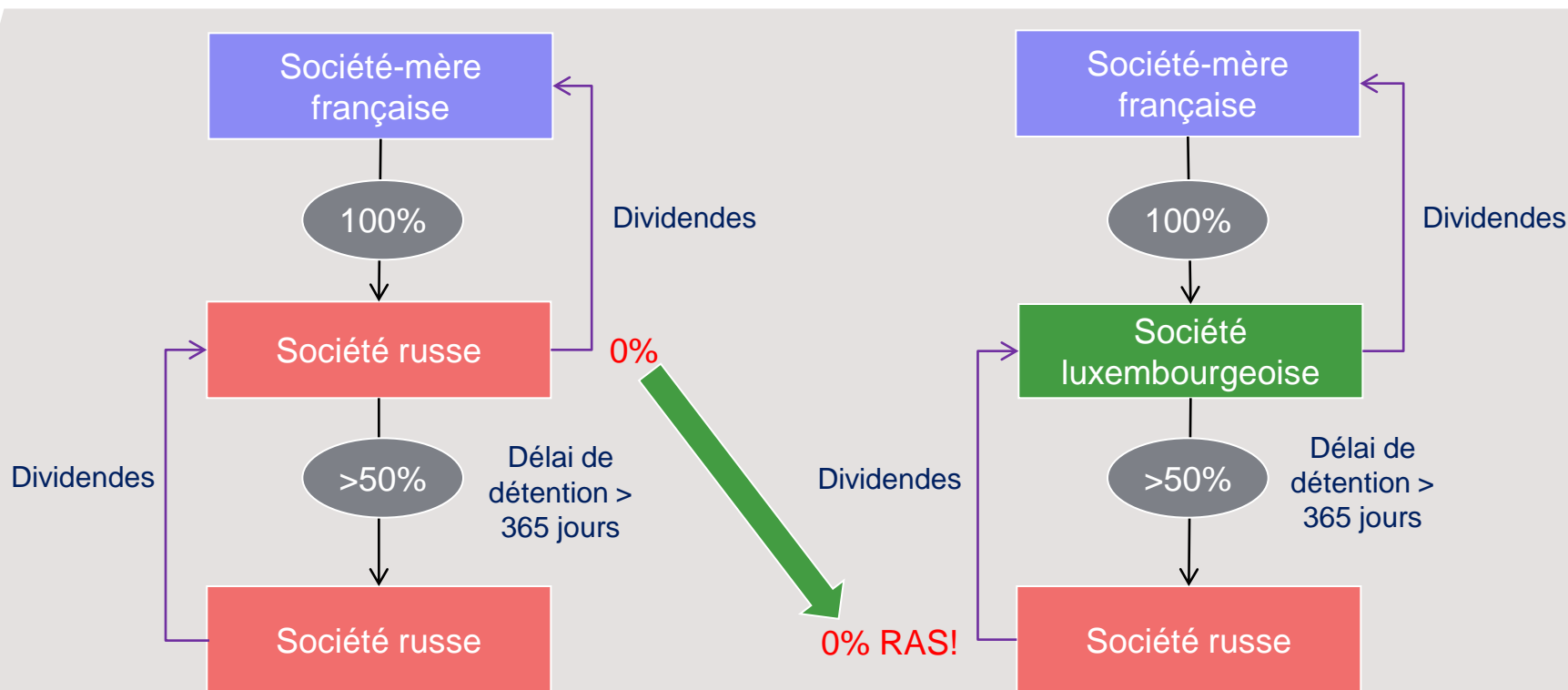
Dispositions spéciales des conventions fiscales (1/3)

Types de dispositions

- Sur la non-discrimination des établissements stables et filiales russes
- Sur la déductibilité illimitée des dépenses (France, Allemagne, Pays-Bas, Belgique)
 - Conditions pour bénéficier du Protocole à la convention France-Russie
 - Montant de participation de la société-mère française – 30% minimum
 - Montant du capital social de la filiale russe – 76 225 euros minimum
- Dispositions uniques
 - Principe d'égalité de traitement entre résidents et non-résidents (Luxembourg)
 - Régime de faveur (Etats-Unis)

Provisions spéciales des conventions fiscales (2/3)

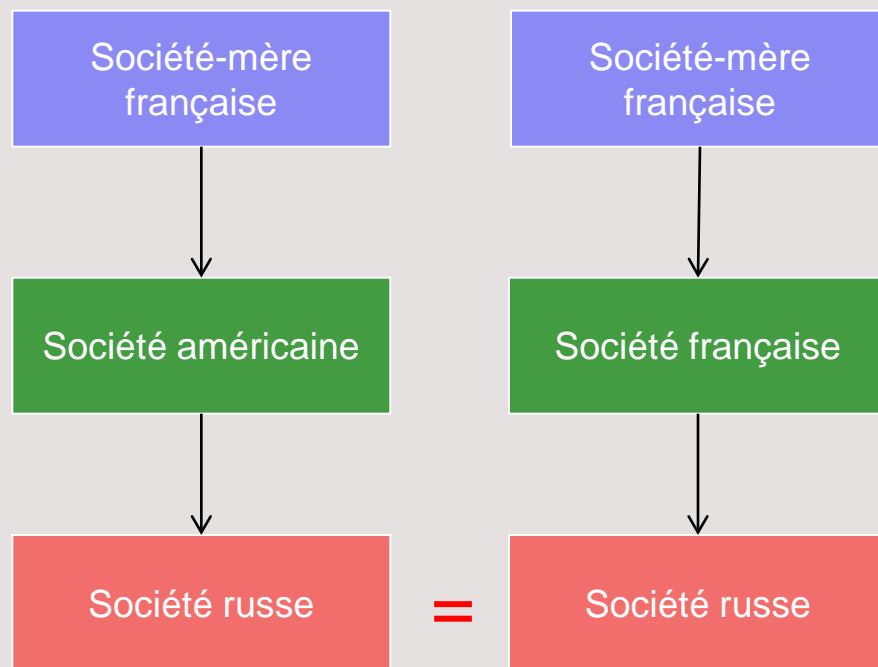
Principe d'égalité de traitement entre résidents et non-résidents (Luxembourg)



Article 24 (1) de la convention fiscale Russie-Luxembourg: « un résident d'un Etat contractant n'est soumis dans l'autre Etat contractant à aucune imposition ou obligation y relative, qui est autre ou plus lourde que l'imposition ou l'obligation auxquelles est ou pourra être assujéti un résident de cet autre Etat. La présente disposition ne peut être interprétée comme obligeant un Etat contractant à accorder aux résidents de l'autre Etat contractant les déductions personnelles, abattements et réductions d'impôt en fonction de la situation ou des charges de famille qu'il accorde à ses propres résidents »

Provisions spéciales des conventions fiscales (3/3)

Régime de faveur (Etats-Unis)



- Bénéficie des dispositions plus favorables des autres conventions (déductibilité illimitée des dépenses)
- Condition : obligation de respecter les exigences des autres conventions fiscales

Article 23 (4) de la convention fiscale Russie-Etats-Unis : “a company which is a resident of a Contracting State, the capital of which is wholly or partly owned or controlled, directly or indirectly, by one or more residents of the other Contracting State, shall not be subjected in the first-mentioned State to any taxation or any requirement connected therewith which is more burdensome than the taxation and connected requirements to which other similar companies which are residents of the first-mentioned State (whether owned by residents of that State or of a third State) are or may be subjected”

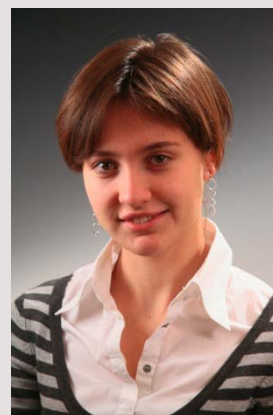
Questions?



Dominique Tissot

Dominique.Tissot@cmslegal.ru

Avocat Associé



Anastasia Prozor

Anastasia.Prozor@cmslegal.ru

Avocate Collaboratrice

CMS, Russie

Cabinet d'avocats international

Présent en Russie depuis 1992

100+ avocats

Offre intégrée de services juridiques et fiscaux

www.cmslegal.ru