



**LEGAL CERTAINTY IN SOUTH
AMERICA 2,3-11-06
CCE – CHILI**

Sécurité Juridique / Amérique du Sud

**Bruno Gouthière
Patrick Patelin**

Appréciation sur un plan juridique et fiscal tant au niveau international qu'au niveau national - stratégie d'implantation légère (contrats de commercialisation) ou plus lourde (acquisition en partenariat)

1- État des lieux

L'indice de protection des investisseurs retenu par le rapport 2006 publié par la Banque Mondiale constitue l'un des dix indices démontrant la facilité à faire des affaires.

Cette appréciation participe d'une démarche anglo-saxonne qui consiste à monétiser le droit; en d'autres termes, les transactions ont un coût et l'impact des systèmes juridiques ne peut pas être ignoré.

1.1. Indice de protection des investisseurs selon la banque mondiale dans les pays d'Amérique du Sud (Rapport Doing business, 2006)

Pays	Accès à l'information	Responsabilité des administrateurs	Actions des actionnaires	Moyenne
Argentine	7	2	7	5,3
Bolivie	1	5	7	4,3
Bésil	5	7	4	5,3
Chili	8	4	5	5,6
Colombie	7	1	9	5,6
Équateur	1	5	6	4
États-Unis	7	9	9	8,3
France	10	1	5	5,3
Guyane	5	4	4	4,3
Mexique	6	0	5	3,6
Paraguay	6	5	6	5,6
Pérou	7	5	7	6,3
Venezuela	3	2	2	2,3
Uruguay	3	4	8	5

1.2. Le point sur les conventions internationales

1.2.1. Les conventions internationales multilatérales significatives

- Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 1958
- Convention de la Haye qui supprime l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, 1961
- Convention de la Haye portant sur l'obtention de preuves en matières civile ou commerciale, 1970
- Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, 1980
- Traités de l'OMC, 1994

Mis à part la Bolivie, le Brésil, le Chili, le Paraguay et l'Uruguay, les autres pays d'Amérique du Sud ont ratifié la convention de 1961.

Seule l'Argentine a ratifié la convention de 1970. La Bolivie, le Brésil et le Paraguay n'ont pas ratifié la convention de 1980.

1.2.2. Les conventions multilatérales régionales significatives

Organisation des États Américains, 1948:

- Convention interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des décisions et sentences arbitrales étrangères. Montevideo, 1979. Ratifiée par le Brésil, la Colombie, l'Équateur, le Mexique, le Paraguay, l'Uruguay et le Venezuela.
- Convention interaméricaine sur la compétence pour la reconnaissance des sentences et arbitrages internationaux. Bolivie, 1984. Ratifiée par le Mexique et l'Uruguay.

Communauté Andine, 1969 - Pays signataires : la Bolivie, la Colombie, l'Équateur, le Pérou et le Venezuela.

- Cour de Justice de la Communauté Andine qui possède une fonction arbitrale contentieux interétatique - depuis 1999.

1.2.2. Les conventions multilatérales régionales (suite)

- ALADI, 1980 - Pays signataires : l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, la Colombie, le Cuba, l'Équateur, le Mexique, le Paraguay, le Pérou, l'Uruguay, le Venezuela.

MERCOSUR, 1991 - Pays signataires : l'Argentine, le Brésil, le Paraguay, l'Uruguay et le Venezuela. - Pays associés: la Bolivie et le Chili

- Protocole de Las Leñas sur l'exécution des sentences, 1992
- Protocole de Buenos Aires sur la compétence en matière contractuelle, 1994
- Protocole d'Ouro Preto relatif notamment aux mesures conservatoires, 1994
- Protocole de Colonia sur la protection réciproque des investissements, 1994

1.2.3. Traités bilatéraux sur la protection des investissements étrangers entre les pays d'Amérique du Sud et la France

France – Paraguay: 1978; France – Bolivie: 1989; France – Argentine: 1991; France – Chili: 1992;

France – Pérou: 1993; France – Uruguay: 1993; France – Équateur: 1994; France – Brésil: 1995

- Portée (traitement juste, équitable et non-discriminatoire, principe du libre rapatriement des investissements et d'une juste compensation dans l'hypothèse d'une expropriation ou d'une nationalisation)
- Règlement des conflits par l'arbitrage CIRDI
- Actions au niveau mondial devant le CIRDI : 103 affaires sont pendantes dont 49 pour l'Amérique du Sud (soit 48%), parmi lesquelles 33 concernent l'Argentine

1.2.4 Synthèse des arguments et observations produites par l'Etat argentin à l'encontre du CIRDI

- Les traités se doivent de respecter la Constitution argentine et la Cour Suprême a seule autorité pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une sentence CIRDI (hiérarchie des normes).
- Le CIRDI est juge et partie ; émanation de la Banque Mondiale tout comme la CFI (Corporation Financiera International) qui se trouve fréquemment actionnaire minoritaire de certaines demanderesse à l'encontre de l'Argentine (conflit d'intérêt).
- Dans le cadre de sa procédure, le CIRDI ne respecte pas les principes de transparence et de publicité (bonne gouvernance de la procédure).
- Le principe de l'égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux n'est pas respecté dans la mesure où seuls les non-nationaux ont accès au CIRDI (discrimination à rebours)

1.3. Le point sur les conventions fiscales : tableau des conventions fiscales avec les principaux pays d'Amérique du Sud.

Existence ou non d'une convention fiscale avec la France

Pays		
Argentine	OUI	
Bolivie	OUI	
Brésil	OUI	
Chili	OUI	
Colombie		NON
Équateur	OUI	
États- Unis	OUI	
France	NA	
Guyane	NA	
Mexique	OUI	
Paraguay		NON
Pérou		NON
Venezuela	OUI	
Uruguay		NON

1.3. Le point sur les conventions fiscales (suite)

Comparaison de la situation fiscale des entreprises françaises dans les pays conventionnés et non-conventionnés

1.3.1. Hors convention fiscale

- application du seul droit interne des États tant dans le pays d'implantation qu'en France ; l'absence de limitation du pouvoir d'imposer
- possibilité de traiter les entreprises françaises moins favorablement que les entreprises locales, sous réserve éventuellement des interdictions résultant d'autres traités internationaux
- possibilité de constater des situations de double imposition, juridiques ou économiques
- absence de crédit d'impôt en droit interne français ; mais cet inconvénient est compensé par le principe de territorialité (non-imposition en France des résultats des entreprises exploitées hors de France).

1.3.2. En présence d'une convention fiscale

- les atténuations au droit d'imposer du pays d'implantation : imposition en présence d'un établissement stable et réduction des taux de retenues à la source
- le principe de non-discrimination : interdiction de traiter plus mal un établissement stable qu'une société locale et plus mal une société locale selon l'origine des capitaux qui la composent
- l'élimination des cas de double imposition par la technique de l'exonération ou celle du crédit d'impôt
- l'absence en général de clause de la nation la plus favorisée

2. Dans le cadre des relations contractuelles: l'exemple des contrats d'agents et de distribution.

2.1. La teneur de la loi applicable (Argentine, Brésil, Chili, Colombie, Uruguay)

- La nature du contrat d'agent et de distribution : le contrat d'agent s'analyse le plus souvent en un mandat d'intérêt commun aux termes duquel l'agent agit d'ordre et pour compte du mandat ; le contrat de distribution est un contrat d'achat-vente
- Dispositions spécifiques : tout comme en droit français, le Brésil, le Paraguay et la Colombie ont établi un statut particulier
- Exclusivité : en principe, l'exclusivité ne se présume pas (à l'exception de la Colombie)
- Non concurrence : limitée à trois ans au Brésil, 5 ans au Paraguay ; délai raisonnable dans les autres pays
- Clauses financières (clause du croire) : ne sont pas acceptées en droit brésilien ou paraguayen
- Le préavis/L'indemnité : préavis de 30 jours au Brésil ; indemnisation pour rupture équivalent à 30% du montant total des commissions. Dans l'hypothèse d'une rupture dans tous les pays d'Amérique du Sud, action en dommages et intérêts

2.2. Compétence juridictionnelle

- Le principe: l'autonomie de la volonté : Argentine, Chili : oui ; Brésil, Colombie, Uruguay, Paraguay : soit rejet du principe de l'autonomie de la volonté, soit application de l'ordre public du fort
- Les exceptions: l'ordre public
- Les conventions d'assistance judiciaire : dans la pratique, difficile application de ces conventions dans les pays d'Amérique du Sud

2.3. Les questions fiscales associées : le problème de l'établissement stable

L'agent peut éventuellement constituer un établissement stable s'il est dépendant et s'il a les pouvoirs d'engager l'entreprise française

- la dépendance peut être juridique (salarié) ou économique (agent économiquement dépendant)
- les pouvoirs d'engager l'entreprise s'apprécient en droit ou en fait
- les pouvoirs d'engager doivent être effectivement exercés
- l'agent doit pouvoir engager l'entreprise française dans ce qui constitue son activité propre : par exemple, activité de vente sur le marché local
- Faire attention à ces questions qui ont tendance à se matérialiser plus souvent que dans le passé

2.4 Les questions fiscales associées (suite): la question des prix de transfert

Le principe de pleine concurrence : d'un point de vue fiscal, il faut se comporter avec une partie liée comme si elle n'était pas liée

- ce principe implique de rémunérer l'agent comme s'il était une personne indépendante de l'entreprise française
- il doit donc recevoir la même commission que s'il était indépendant
- ce principe est aujourd'hui beaucoup plus contrôlé que dans le passé
- s'il s'agit localement d'une activité d'achat/revente, les prix pratiqués doivent être des prix de marché : cas d'une entreprise française qui vend à un agent sur le marché local alors que ce dernier revend aux clients finaux
- faute de respecter ces principes, l'entreprise française est en situation de risque tant sur le marché local qu'en France
- dans ce cas, les doubles impositions qui en résultent peuvent être éliminées par la procédure amiable, mais cette procédure est longue et aléatoire

3. Dans le cadre des relations entre associés

3.1. Les pactes d'actionnaires (Argentine, Brésil, Chili, Paraguay, Uruguay)

Définition / Validité

"Accords dans lesquels interviennent tous ou certains des partenaires d'une société, formalisés précédemment, au même moment ou après la constitution de la société, et au moyen desquels ils complètent ou modifient le régime statutaire de la société, en essayant de les adapter à leurs buts, s'engageant à agir d'une manière déterminée".

- Clauses de préférence ou de préemption
- Force exécutoire: exécution forcée ou dommages et intérêts ; Brésil, Chili, Uruguay : enregistrement des pactes d'actionnaires permettant leur exécution forcée
- Responsabilité des administrateurs : en général, responsabilité pour faute ou négligence
- Droit des minoritaires : droits limités

3.2. Les accords dérivés

- Le droit des obligations français a inspiré la totalité des pays d'Amérique du Sud. Les questions qui se posent en droit français et portant sur les accords dérivés peuvent également se poser dans ces pays (articles 1382, 1134, 1142, 1583, 1595...du code civil français

3.2.1. Les options

- Options de vente / d'achat / options croisées: définition
- Validité: détermination du prix / condition potestative / clause léonine
- Force exécutoire: dommages et intérêts ou exécution forcée

3.2. Les accords dérivés (suite)

- **Tag along / Drag along**
- **Définition / Validité**
- Droit pour les actionnaires minoritaires de vendre leurs actions à un tiers si l'actionnaire majoritaire vend ses actions, et ce, au même prix. Il s'agit d'une notion que l'on retrouve dans les conventions d'actionnaires et qui s'accompagne presque toujours du droit préférentiel d'achat d'actions".
- Obligation pour les actionnaires minoritaires de vendre leurs actions à un tiers si l'actionnaire vend ses actions, et ce, au même prix ».
- Force exécutoire: dommages et intérêts / exécution forcée : possibilité d'exécution forcée dans les pays d'Amérique du Sud où le pacte d'actionnaires est enregistré.

3.3. Les principales solutions pratiques

La sécurité juridique sur le fond apparaît satisfaisante ; toutefois, limites liées à l'absence de fiabilité du système judiciaire de la plupart des pays d'Amérique du Sud et à une mentalité procédurière

- Schémas contractuels
- Création d'une holding
- Limite des solutions : l'abus de droit, la fraude à la loi, les conséquences fiscales des schémas retenus.

3.4. Les conséquences fiscales des choix effectués et des solutions retenues sur le plan juridique

En présence d'une joint-venture, la question se pose de l'interposition d'une société holding astucieusement localisée, afin de réduire les charges fiscales associées à l'investissement :

- choix du pays d'implantation : l'exemple de l'Uruguay
- prise en compte de la stratégie de l'investisseur : la question de la circulation des flux de dividendes, d'intérêts ou de redevances et le problème des retenues à la source
- la nécessaire prise en compte des dispositifs anti-abus qui existent en fiscalité française si la holding bénéficie d'un régime fiscal privilégié ; les risques de réimposition en France des profits localisés dans les "paradis fiscaux"
- attention à ce que la notion de paradis fiscal n'existe pas en tant que telle et que le critère déterminant est que l'entité étrangère acquitte ou non un impôt inférieur ou non à la moitié de l'impôt qui serait dû en France sur la même base d'imposition.

Main participating companies

Aguas Argentinas, BPG Consulting, CIC Banques, CNCCEF, Crédit Agricole Suisse S.A., Crédit Uruguay Banco, DCN LOG, Saint-Gobain, Groupe Fives Lille, Groupe Seb Chili, HSBC, IFI de Mexico, Natexis Banques Populaires, Nexans, Nifax, Rawlings Giles Sher LLP, Pernod Ricard Andes.

**INTERNATIONAL MERGERS AND ACQUISITIONS
WHAT ARE THE DIFFICULTIES?
WHAT ARE THE SOLUTIONS?
14-11-06 MAISON DU BARREAU – PARIS**

Fusions-Acquisitions à l'International

Quelles difficultés ? Quelles solutions ?

Patrick Patelin

I. Documents et actes préparatoires à une acquisition

Lettre d'intention / Memorandum of understanding / Head of agreements

- Notions
- Portée
- Limites

Due diligence

- Lettre de confidentialité
- Objet
- Limites

II. Documents d'acquisition

Contrat d'acquisition

- Notions
- Portée
- « Convenants »
- « Représentations et garanties »
- Garanties d'actif et de passif

« Closing »

- Notions
- Portée

III. Contrats périphériques à une acquisition

Option d'achat ou de vente. Option croisée

- Earn-out
- Hold harmless letter

Nicolas Woussen

I. Introduction

- Les étapes-clés d'une transaction

II. Phase d'analyse

- Chronologie de la phase d'analyse
- L'analyse détaillée
- Valeur d'Entreprise et valeur hors dette
- La due diligence

III. Phase de negociation

- Chronologie de la phase de négociation
- Négocier le périmètre exact de la transaction
- Négocier le prix
- Négocier les garanties de passif
- La structure de la transaction

IV. Phase de pre closing

- La phase de pre-closing

V. Gestion de la participation

- La clause d'earn-out
- Les règles de gouvernance

VI. La sortie

- La sortie

VII. Conclusion

- Les bonnes pratiques