

# REVUE

## DE FISCALITE DE L'ENTREPRISE

### Fiscalité interne

L'acculturation de la finance islamique en droit fiscal français

Par J. Scaglia et T. Massart

La réforme annoncée des sociétés de personnes : la transparence n'est pas la simplicité

Par M. Barreau et E. Dinh

### Fiscalité internationale

Le pas de deux de la politique de la France en matière conventionnelle

Par P. Muller et M. Guillou

### Fiscalité comparée

Compétitivité fiscale du football européen : la France sur le banc de touche

Par J. Schoutteten et L. Belin

# REVUE

## DE FISCALITE DE L'ENTREPRISE

Revue éditée et diffusée par le  
Master Fiscalité de l'Entreprise  
de l'Université Paris-Dauphine  
Place du Maréchal de Lattre de Tassigny  
75775 Paris Cedex 16

**Directeur de la publication et de la rédaction :**  
Thibaut Massart

**Directeur scientifique :**  
Emmanuel Dinh

**Comité Scientifique :**

Jérôme Barré, Avocat, Franklin, Associé, Département Droit Fiscal  
Benoît Bec, Avocat Cabinet Arsène Taxand,  
Xavier Berre, Avocat Cabinet Baker & McKenzie  
Dominique Borel, Maître de conférences, Université Paris-Dauphine  
Juliette Bourgeois, Schneider Electric, Vice President Tax & Customs Asia Pacific  
Franck Demailly, Ducellier Avocats, Associé, Droit fiscal  
Jean-Pierre Gastaud, Professeur agrégé, Université Paris-Dauphine  
Morgan Guillou, Manager Group Tax Affairs Dassault Systèmes  
Gauthier Halba, Conforama, Responsable Fiscal  
Ronan Le Joubieux, Conseiller juridique au Cabinet du Ministère de la Santé et  
des Sports.  
Antoine Louvaris, Professeur agrégé, Université Paris-Dauphine  
Mathieu Midrier, BNP Paribas SA, Fiscaliste  
François Pasqualini, Professeur agrégé, Université Paris-Dauphine  
Laurence Passeron, Alcatel Lucent France, Fiscaliste internationale  
Philippe Prest, Avocat Cabinet CCPE  
Jean-Marc Priol, Avocat Cabinet Landwell & Associés  
Julien Riahi, Avocat Cabinet Baker & McKenzie

## Une naissance désirée

Lancer une nouvelle revue est toujours un pari audacieux. Le défi était d'autant plus risqué qu'il est parti d'une idée folle. Celle de croire que les étudiants du Master de fiscalité de l'entreprise seraient suffisamment brillants pour pouvoir rédiger des articles à la fois savants et savoureux. Même si personne ne doute de l'excellence et du sérieux des étudiants de Dauphine, il semblait a priori délicat d'exiger d'apprentis fiscalistes qu'ils maîtrisent leur art à la perfection.

Pour mener à bien notre entreprise, nous avons donc pris plusieurs précautions.

Dans un premier temps, chaque étudiant a été épaulé par un enseignant qui lui a servi de « coach ». L'ensemble du corps professoral a joué le jeu et participé activement à la rédaction des articles. La collaboration entre l'étudiant et l'enseignant a souvent été si étroite qu'il est apparu naturel de considérer que chaque article avait deux auteurs.

Dans un second temps, lorsque toutes les contributions furent achevées, un comité scientifique a eu la difficile mission de sélectionner les dix meilleures d'entre elles.

Avec cette moisson, la Revue pouvait débiter. Elle aurait pu rester une simple compilation de travaux universitaires. Mais l'ambition des initiateurs du projet a été plus grande.

La Revue n'est pas seulement une vitrine du savoir-faire de Dauphine. Elle est également un lieu de rencontre ouvert à tous les fiscalistes, amateurs ou confirmés, étudiants ou professionnels, avocats ou directeurs fiscaux. Ceux qui souhaitent faire partager leurs réflexions et leurs analyses trouveront dans cette Revue une tribune pour leurs écrits.

Prévue pour un tirage semestriel, la Revue comportera également des numéros spéciaux pour diffuser des actes de colloques.

La Revue de fiscalité de l'entreprise de l'Université Paris-Dauphine est née... vivante et viable !

**Thibaut MASSART**  
**Directeur de la rédaction**



## L'ACCULTURATION DE LA FINANCE ISLAMIQUE EN DROIT FISCAL FRANÇAIS

Jenna SCAGLIA, *Master II Fiscalité de l'entreprise*

Thibaut MASSART, *Professeur de droit*

**Le développement de la finance islamique est un défi pour la France nécessitant une adaptation du droit fiscal tant sur le plan formel que substantiel. Malgré l'absence de régime autonome, l'Administration fiscale a mis en place des aménagements par le biais d'instruments fiscaux infra-législatifs.**

La finance islamique constitue aujourd'hui une réalité qui représenterait à l'horizon de 2020 près de 1 300 milliards de dollars<sup>1</sup>. Ainsi, le groupe Financière Centuria a récemment acquis pour le compte de la Qatar Islamic Bank, des bâtiments à usage de bureaux sur le site d'Elancourt, au moyen d'une *Murabaha avec ordre d'achat*<sup>2</sup>. De même, un contrat d'*Ijara* a permis aux banques françaises BNP Paribas et Natixis de financer l'acquisition des Airbus A 320 par la compagnie aérienne malaise Air Asia<sup>3</sup>.

La finance islamique est essentiellement construite autour d'une tradition qui a d'abord été judaïque puis chrétienne, à savoir la prohibition de la stipulation d'un intérêt (*Ribā*) par le biais d'une rémunération fixe en fonction du seul écoulement du temps qui n'appartient qu'à Dieu<sup>4</sup>. De même, est prôné le partage des risques, l'interdiction de l'investissement dans certains secteurs de l'économie (*Haram*), la prohibition de la spéculation (*Garhar*) et de l'incertitude (*Maysir*), ainsi que l'adossement de tout financement à un actif tangible permettant une proximité avec l'économie réelle.

Le succès de l'introduction de cette nouvelle source de financement présentée comme une alternative éthique à la finance conventionnelle dépend des instruments

juridiques mis en œuvre afin de respecter les principes de la *Charia*.

Ces instruments sont très divers, mais à l'heure actuelle, seulement quatre contrats islamiques sont reconnus en droit français : la *Murabaha* constitue une vente à tempérament ; les *Sukuk* sont des instruments similaires à des obligations (ou asset-backed securities) en ce que la rémunération du porteur est fonction de la performance économique du sous-jacent ; l'*Ijara* est un contrat de location avec option d'achat (crédit-bail) ; quant à l'*Istisna*, il s'agit d'une forme de financement d'une chose future dont le transfert de propriété est opéré à la date d'achèvement.

Si le droit privé offre un environnement favorable à l'expansion de la finance islamique en France, il faut également que le droit fiscal prenne en compte les spécificités de ces instruments afin de neutraliser les écarts entre les financements islamiques et conventionnels.

A l'heure actuelle, le système fiscal se heurte aux principes constitutionnels qui empêchent le législateur d'intervenir et impose le recours à des instruments fiscaux infra-législatifs (I). Sur un plan substan-

1 Rapport Jouini et Pastré : *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, Paris Europlace, 8 décembre 2008.

2 *Fiscalité des opérations de finance islamique en France : deuxième round*, Arnaud de Brosses et Florian Burnat, BF 11/10, 1<sup>er</sup> octobre 2010

3 « *Le cadre fiscal de la finance islamique* », Hicham Kabbaj et Xenia Legendre, *Revue de Droit fiscal* du 15 janvier 2009 n°3, 53, p. 10.

4 Deuxième sourate du *Coran*, Sourate de la vache (Al-Baqarah), verset 275: « Dieu a rendu licite le commerce et illicite l'intérêt ».

tiel, les particularités de la finance islamique peuvent se fondre dans les catégories traditionnelles, même si quelques aménagements fiscaux s'avèrent encore nécessaires (II).

## I/ L'ACCULTURATION SUR LE PLAN FORMEL

Afin d'élaborer un régime juridique et fiscal pour la finance islamique, il conviendrait que le législateur élabore un texte ad hoc. Toutefois, les principes constitutionnels limitent les marges de manœuvre du législateur (A) et imposent le recours à des instruments fiscaux infra-législatifs, tels le rescrit ou l'instruction (B).

### A) Une intégration législative soumise aux principes constitutionnels

Le régime fiscal de la finance islamique suscite des controverses quant à sa compatibilité avec les normes suprêmes françaises. La nécessité d'une neutralité budgétaire et réglementaire commande aux normes fiscales de se conformer au principe de laïcité et de respecter l'égalité des contribuables devant la loi fiscale.

Le Conseil constitutionnel a déjà été saisi de la constitutionnalité de la finance islamique sur le volet juridique au regard de l'adaptation du mécanisme de la fiducie pour la mise en œuvre de *Sukuk*<sup>5</sup>. Les sages ont refusé de prendre position sur le fond et les dispositions litigieuses ont été déclarées contraire à la Constitution sur le fondement de la présence d'un cavalier législatif, considérant qu'il n'y avait lieu « de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution »<sup>6</sup>. Le débat demeure entier.

L'accommodation de la finance islamique au droit français a révélé la volonté de l'Administration de placer ces opérations sur le même pied d'égalité avec celles issues de la finance conventionnelle<sup>7</sup>. Toutefois, en ce que l'objectif est d'attirer des capitaux étrangers et pourrait incidemment constituer un facteur d'intégration de la clientèle des musulmans de France<sup>8</sup>, le pragmatisme de l'Administration dans l'aménagement du régime fiscal applicable pourrait aboutir à la mise en œuvre d'une discrimination positive<sup>9</sup>. Mais ce qui pourrait ressembler à une islamisation de la fiscalité n'est qu'une perspective lucrative prenant en compte un vecteur d'investissement davantage qu'une appartenance religieuse<sup>10</sup>. Derrière un discours technique, les instructions fiscales renferment de véritables choix politiques<sup>11</sup> dont les enjeux sous-jacents relèvent d'un profond besoin de financer la relance économique.

En droit fiscal, comme dans toute matière, le principe d'égalité néquivaut pas à une totale uniformité et des traitements disparates sont admis lorsqu'ils visent des catégories distinctes de contribuables. Ce principe ne semble pas être remis en cause puisqu'il s'agit de la création d'un produit financier dont les spécificités et contraintes religieuses ne privent pas un non-musulman de son bénéfice.

Le principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques découlant de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 impose d'endiguer tout excès de faveur à l'égard de la finance islamique. Un exemple topique est donné par l'Administration pour le traitement des opérations de *Murabaha* immobilières qui

5 Conseil constitutionnel, Décision n° 2009-589 DC du 14 octobre 2009, « Loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers ».

6 *ibid* note 5, considérant n°4

7 « Finance islamique : Un régime fiscal visant à faciliter l'émergence de la Place de Paris », Gilles Saint Marc, Guillaume Jolly, Revue Banque n°729, novembre 2010, p.53

8 Comptes rendus de la Commission des Finances, Sénat, « Table ronde sur le développement de la finance islamique en France : quelles adaptations du cadre législatifs et-ou réglementaire ? », mercredi 14 mai 2008, propos de Gilles Saint-Marc

9 « Quand la finance islamique s'implante en France », Jacques Amar, Controverses

10 Compte rendu n° 121, Commission des Finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire – Examen de la proposition de loi, modifiée par le Sénat, tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises (n° 1728), propos de Mme Chantal Brunel, Rapporteur, séance du mercredi 9 septembre 2009

11 *ibid.* note 9

précise que la plus-value réalisée lors de la cession ultérieure du bien par le client doit être calculée à partir du prix d'acquisition réel minoré du profit du Financier à l'exclusion de sa commission. L'objectif affiché est d'éviter que le profit du Financier ne soit traité comme une plus-value bénéficiant d'un taux d'imposition réduit lorsqu'elle est réalisée par des sociétés de personnes conformément aux articles 150 V à 150 VH du CGI ou par des personnes et organismes non résidents relevant de l'article 244 bis A du CGI. En l'absence d'un tel retraitement, l'acquéreur bénéficierait lors de la revente d'un traitement plus favorable que s'il avait eu recours à un financement conventionnel dont les profits sont imposés dans les conditions de droit commun, entraînant ainsi une distorsion de concurrence<sup>12</sup>.

## **B) Une adaptation par des instruments fiscaux infra-législatifs**

L'introduction de la finance islamique en droit fiscal français suscite des interrogations quant aux modalités de son intégration aux côtés des activités issues de la finance conventionnelle.

Lors des débats parlementaires, la préférence pour « *des adaptations de bonnes pratiques plutôt que pour des modifications d'ordre législatif* »<sup>13</sup> s'est révélée prédominante. Alors que le Royaume-Uni, faisant figure de précurseur, a adopté diverses réformes fiscales par le biais des « *Finance Acts* », la France a pour l'heure exclu tout recours à la voie législative.

Malgré le silence des lois de finances successives, la France a adopté une posture pragmatique dont les faibles ajustements sont compensés par le soutien de l'Administration fiscale. Dans le prolongement des travaux de Paris Europlace<sup>14</sup>, la DGTPE a dans

un premier temps publié sur son site internet<sup>15</sup> des fiches relatives aux *Murabaha* et aux *Sukuk* destinées à être insérées dans le corpus des rescrits fiscaux. Il est précisé que « *l'enjeu de ces mesures de doctrine est d'une part de déterminer si compte tenu de leurs caractéristiques propres, les outils de la finance islamique sont fiscalement assimilables à des produits de dette ou de capital et d'autre part d'analyser ces opérations au regard de possibles frottements fiscaux* »<sup>16</sup>.

L'originalité de ce moyen de communication a suscité des doutes quant à sa valeur juridique<sup>17</sup>. Bien que les rescrits fiscaux soient opposables selon l'article L.80 B du LPF et que la DGTPE fasse partie du Ministère des finances, une prise de position de la DLF, dont émane la doctrine administrative, s'avérait nécessaire. Finalement, l'Administration fiscale, sortant de l'inertie, a repris les fiches sous formes d'instruction au Bulletin officiel des impôts daté du 25 février 2009, apportant une sécurité juridique indispensable à l'émergence de telles transactions, sur le fondement de l'article L.80 A du LPF.

Récemment, l'Administration a publié une deuxième vague d'instruction, en date du 24 août 2010, remplaçant la précédente sans remettre en cause les principes acquis<sup>18</sup>. L'objectif est d'élargir le panel d'outils issus de la finance islamique avec les contrats d'*Ijara* et d'*Istisna*. Par ailleurs, les instructions viennent préciser synthétiquement le régime fiscal applicable aux produits financiers préexistants que sont les *Sukuk* ainsi que les *Murabaha* dites avec *ordre d'achat* et étendus aux opérations assimilées tels que la *Tawaruq* (opération de financement réalisée au travers d'une opération de *murabaha*) et la *Murabaha* inversée (opération de dépôt rémunéré par une opération de *murabaha*).

12 Instruction 4 FE/09, BOI n°22 du 25 février 2009, §.25 ; Fiche doctrinale 1C

13 Comptes rendus de la Commission des Finances, Sénat, « *Table ronde sur le développement de la finance islamique en France : quelles adaptations du cadre législatifs et-ou réglementaire ?* », mercredi 14 mai 2008.

14 *ibid.* note 1

15 Fiches doctrinales publiées sur le site de la DGTPE, 18 décembre 2008

16 Site de la DGTPE « *Initiative en faveur du développement de la finance islamique en France* »

17 *ibid.* note 3

18 Livre Blanc de la Finance Islamique et de l'immobilier en France, DTZ Asset Management et Norton Rose, juillet 2010

L'adaptation à *minima* des règles fiscales exprime la nécessité pour la finance islamique de s'inscrire dans le cadre de la loi nationale et de se fondre dans les concepts nationaux existants. L'acculturation de cette nouvelle forme de finance par son assimilation au sein du système normatif fiscal français met en exergue l'adaptabilité des autorités françaises par les moyens mis en œuvre. A la méfiance du législateur fait place la témérité de l'Administration fiscale dont le pragmatisme réalise ce que les lois de finances, par souci de neutralité budgétaire et réglementaire, n'ont osé entreprendre.

Le régime fiscal des instruments de finance islamique, en ce qu'il consiste pour l'essentiel en l'application du droit commun, peut sembler à l'abri des critiques évoquées. Toutefois, dans un souci d'optimalité, l'Administration fiscale se réserve la possibilité d'assouplir la fiscalité française sur certains points afin de la rendre davantage « *Sharia friendly* ».

## II/ L'ACCULTURATION SUR UN PLAN SUBSTANTIEL

L'intégration de la finance islamique en droit français s'exprime par l'absence de régime fiscal autonome (A). Toutefois, l'accueil de ce nouveau mode de financement nécessite une adaptabilité du droit français par le biais notamment d'aménagements fiscaux (B).

### A) L'absence de régime fiscal autonome

Les études faites sur la finance islamique ont révélé que les ajustements nécessaires à son implantation étaient relativement peu nombreux<sup>19</sup> grâce à l'existence de nombreuses dispositions « Charia compatibles »<sup>20</sup> et l'utilisation de techniques

connues des institutions financières françaises.

À défaut de régime fiscal dérogatoire, l'introduction de la finance islamique en France sous l'angle du droit fiscal s'effectue par l'acculturation de ces nouveaux outils au droit interne et l'interprétation conforme de nos règles afin de leur garantir un traitement équivalent à celui d'un financement conventionnel et une neutralité fiscale<sup>21</sup>.

Alors que les montages juridiques relatifs aux opérations de *Murabaha* et de *Sukuk* sont conçus pour contourner le principe coranique de la prohibition de la *Ribā* (intérêts), l'Administration procède à un « *décorticage de ces montages pour identifier les flux financiers et leur taxation* »<sup>22</sup>. La position réaliste à laquelle procède l'Administration résulte d'une analyse économique des contrats de finance islamique sans tenir compte des qualifications juridiques retenues par les parties<sup>23</sup>.

Cerfuis des fictions juridiques est notamment illustré par le régime fiscal des *Murabaha* avec *ordre d'achat*, assimilées à une vente à tempérament. La partie du revenu du Financier, à l'exclusion de la commission d'intermédiation, constitue la rémunération d'un différé de paiement. Alors que cette marge aurait dû relever du régime des plus-values<sup>24</sup>, l'Administration se livre à une interprétation extensive de l'article 38-2 bis du CGI<sup>25</sup> afin d'assimiler fiscalement le revenu du Financier aux intérêts dus pendant la période de différé dans le cadre d'un financement conventionnel. Quant à la commission du Financier, elle est traitée comme des frais d'acquisition pour les besoins de la détermination des amortissements et des plus-values sur l'actif.

L'assimilation de ces opérations à des intérêts peut sembler paradoxale sur le strict plan fiscal. Mais

19 *ibid.* note 13

20 « *La finance islamique : une alternative pour financer l'économie française* », Gilles Saint Marc, Bulletin Joly Bourse, 01 avril 2009 n° 2, P. 153

21 « *Débuts de la fiscalité islamique en France* », Arnaud de Brosses, Gamal Abouali et Florian Burnat, BF 4/09

22 *ibid.* note 9

23 « *La France poursuit son offensive de charme fiscal en direction de la finance islamique* », Ariane Bertrands-Parigi, Stéphane Alaphilippe, Lettre juridique et fiscale d'octobre 2010, Actualité EY law.

24 *Ibid.* note 3 §.10

25 Instruction 4 FE/S1/10, BOI n°78 du 24 août 2010, §.13



l'avantage de l'application du droit commun est de permettre, sous réserve de remplir certaines conditions, l'absence d'imposition immédiate du profit et l'étalement du produit pour les prestations continues ou discontinues à échéances successives à un rythme identique à celui retenu pour l'enregistrement comptable<sup>26</sup> et non plus de façon linéaire<sup>27</sup>. Corrélativement les charges d'emprunt sont déductibles de la base taxable du Client<sup>28</sup>. L'analogie s'étend au régime de la TVA puisque les sommes remboursées par le client bénéficient d'une exonération de TVA, en application de l'article 261 C et conformément à la jurisprudence communautaire<sup>29</sup>, s'apparentent à une opération bancaire et financière<sup>30</sup>.

Ce même raisonnement s'applique aux *Sukuk* qui s'analysent en des titres financiers hybrides<sup>31</sup> ou des « obligations islamiques »<sup>32</sup>. Leur rapprochement sur un plan fiscal à des titres de créances éventuellement négociables, des obligations ou des prêts selon leur forme juridique permet d'assimiler la rémunération servie aux porteurs à des intérêts<sup>33</sup>. Toutefois, l'Administration impose, à l'instar du droit commun, que la déductibilité soit notamment conditionnée par le fait que le financement serve l'intérêt de l'entreprise en respectant le taux effectif moyen prévu à l'article 39 du CGI et au régime des sous-capitalisations régi par l'article 212 du CGI.

Nul besoin de révolution fiscale puisque le droit interne comporte des mécanismes capables d'annihiler les principales entraves fiscales. Les

nouvelles instructions parues le 24 août 2010 s'inscrivent dans cette mouvance. Ainsi, l'*Ijara* constitue un contrat par lequel une entité met un bien à disposition d'un client pendant une durée déterminée en contrepartie du versement d'un loyer<sup>34</sup>. Le traitement fiscal de l'opération est assimilable à une opération de crédit-bail ou de location avec option d'achat notamment pour les modalités d'amortissement ou pour l'application des droits de mutation<sup>35</sup>.

De même, l'*Istisna*<sup>36</sup> est un contrat de construction qui permet le financement d'une chose future dont le transfert de propriété est opéré à la date d'achèvement. L'Administration prévoit que l'opération entre le Fabricant et le Financier ou le Client relève des règles communes en ce qu'il s'agit d'une opération d'achat conventionnel comprenant un fractionnement des paiements et /ou des délais de paiement ; alors que le revenu du financier lors d'une *Istisna* parallèle entre le Financier et le Client relève du régime des intérêts<sup>37</sup> par assimilation avec les *Murahaba avec ordre d'achat*<sup>38</sup>.

Le refus de concevoir un régime fiscal dérogatoire et le bénéfice du droit commun s'explique par la nécessité de garantir la plus grande neutralité dans l'application de la loi aux contribuables sans perdre de vue le besoin de minimiser les frottements fiscaux.

## **B) Des aménagements fiscaux nécessaires**

La finance islamique en tant que nouvelle source de financement représente une opportunité pour

26 Instruction 4 FE/S1/10, BOI n°78 du 24 août 2010, §.15

27 Tel que prévu par l'instruction de 2009

28 Instruction 4 FE/S1/10, BOI n°78 du 24 août 2010, §.16

29 CJCE 27 octobre 1993, aff. C-281/91, *Muy's en De Winter's Bouw*

30 Instruction 4 FE/S1/10, BOI n°78 du 24 août 2010

31 Instruction 4 FE/S1/10, BOI n°78 du 24 août 2010

32 Terminologie employée dans l'instruction 4 FE/09

33 Instruction 4 FE/S2/10, BOI n°78 du 24 août 2010, §.14

34 Instruction 4 FE/S3/10, BOI n°78 du 24 août 2010

35 Instruction 4 FE/S3/10, BOI n°78 du 24 août 2010, §.9s

36 Instruction 4 FE/S4/10, BOI n°78 du 24 août 2010, §.9-10

37 Instruction 4 FE/S4/10, BOI n°78 du 24 août 2010 §.9-10

38 *Finance islamique : les praticiens espèrent des effets concrets des nouvelles mesures fiscales*, Entretien avec Arnaud de Brosses et Florian Burnat, Zoom Editions Francis Lefebvre, 30 octobre 2010

l'économie nationale. Ainsi, la fiscalité française se doit d'être attractive afin d'attirer ces importantes liquidités et concurrencer activement la Place de Londres. Le risque de frottements fiscaux en cas de double imposition pourrait constituer une entrave au développement de la finance islamique. À défaut d'assouplissement, ces opérations présentent des surcoûts fiscaux par rapport à ceux issus de la finance conventionnelle<sup>39</sup> qui pourraient les rendre anti-économiques.

Le développement de la finance islamique en France nécessite certaines adaptations réglementaires afin de pallier la différence de traitement fiscal avec un financement conventionnel au regard des différents impôts. L'Administration prend en compte les « caractéristiques propres »<sup>40</sup> de ces opérations et il est d'ailleurs remarquable que la terminologie du droit musulman soit conservée au lieu de celle existant en droit français<sup>41</sup>.

A titre d'exemple, l'un des principaux frottements fiscaux concerne le cas de la double mutation de propriété à l'égard d'une *Murabaha* immobilière, intervenant d'une part entre le Vendeur et le Financier lors de l'acquisition, et d'autre part entre le Financier et l'Investisseur islamique lors de la revente. Le risque de taxation en cascade a poussé l'Administration à adapter le régime des droits de mutation<sup>42</sup> et a accordé le bénéfice des marchands de biens prévu à l'article 1115 CGI<sup>43</sup> alors même que les conditions d'habitude et de spéculation n'étaient pas respectées.

A présent, du fait de la suppression de ce dispositif<sup>44</sup> remplacé par un régime d'acheteur-revendeur

professionnel bénéficiant d'une exonération des droits d'enregistrement à l'exception de la taxe de publicité foncière, les *Murabaha* sont désormais des opérations immobilières soumises au droit commun issu de la réforme de la TVA immobilière. En outre, l'instruction de 2010 modifie le traitement fiscal de la commission du Financier puisque celle-ci vient désormais en diminution du prix de cession pour l'application des droits de mutation et du prélèvement prévu à l'article 244 bis A du CGI<sup>45</sup>. Toutefois, demeure le surcoût fiscal lié à la persistance de la taxe de publicité foncière sur la première mutation intervenant entre le Vendeur et le Financier<sup>46</sup>.

Le régime d'acheteur-revendeur professionnel aurait dû entraîner l'imposition des résultats à l'impôt sur le revenu au titre des BIC en application de l'article 35 du CGI<sup>47</sup>. Toutefois, dans le cadre du contrat entre le Financier et le Client, l'excédent du prix de cession sur le prix d'acquisition est imposé au titre des plus-values immobilières<sup>48</sup>. En signe de bienveillance l'Administration admet de n'imposer qu'une partie résiduelle. Ainsi, l'instruction tire les conséquences de l'assimilation du profit du Financier à des intérêts qui doivent donc venir en diminution du prix de cession de l'immeuble.

L'effort en faveur des investisseurs étrangers est également important concernant l'imposition des investisseurs non résidents. L'assimilation du profit versé à des intérêts dans le cadre d'opérations de *Murabaha* – de même que pour les *Sukuks* – aurait dû entraîner l'application de l'article 125 A du CGI relatif au prélèvement sur les produits de placement à revenu

39 « *Le droit français est-il compatible avec la finance islamique* », Gilles Saint-Marc, Revue Banque n°703, juin 2008, p. 60

40 Instruction 4 FE/S1/10, BOI n°78 du 24 août 2010, §. 2

41 *ibid.* note 9

42 « *Nouvelles mesures fiscales en faveur de la finance islamique en France* », Jean-Yves Charriau, Thierry Granier, Option Finance n°1011 du 12 janvier 2009, p. 20

43 Instruction 4 FE/O9, BOI n°22 du 25 février 2009 §.33

44 Loi de finances rectificative pour 2010 n° 2010-237 du 9 mars 2010

45 Instruction 4 FE/S1/10, BOI n°78 du 24 août 2010, §.15 et 16

46 *ibid.* note 18

47 « *Développement de la finance islamique en France : les premiers pas de l'Administration fiscale* », Ibrahim Zeyyas Cekici, Revue Lamy Droit des affaires n°35, février 2009, p.77

48 Instruction 4 FE/O9, BOI n°22 du 25 février 2009, §.23

fixe. Pourtant, l'Administration précise que le profit réalisé par le Financier sera exonéré de prélèvement forfaitaire obligatoire, en vertu de l'article 131 quater du CGI concernant les emprunts contractés à l'étranger, à hauteur de la contrepartie d'un différé de paiement<sup>49</sup>, sauf en cas de versement à des territoires non coopératifs<sup>50</sup>. Cette exonération du prélèvement forfaitaire libératoire permet de favoriser l'activité des établissements financiers islamiques dont aucun n'exerce pour l'instant une activité en France<sup>51</sup>.

La France dispose désormais d'un arsenal fiscal prenant en compte les spécificités de la finance islamique afin que la fiscalité ne soit pas un frein aux investissements. Le régime fiscal demeure perfectible aussi bien d'un point de vue quantitatif, par l'introduction de nouveaux instruments, que qualitativement dans le but d'éliminer les obstacles fiscaux subsistants.

---

49 Instruction 4 FE/S1/10, BOI n°78 du 24 août 2010, §. 15

50 *ibid.* note 20

51 *ibid.* note 47

## La suppression du plafonnement de la quote-part de frais et charges du régime mère-fille : une réforme technique à forts enjeux

Marie-Laure CERIEIX, *Master II Fiscalité de l'entreprise*

Juliette BOURGEOIS, *Vice président Tax Customs Asia Pacific, Groupe Schneider Electric*

**La quote-part de frais et charges du régime mère-fille est désormais obligatoirement fixée au taux forfaitaire de 5% du produit des participations. Les entreprises sont dès lors contraintes à revoir rapidement leurs stratégies de groupes et à renoncer à certains schémas d'optimisation fiscale.**

Aujourd'hui, le régime mère-fille est devenu un incontournable pour les groupes de sociétés. En 2010, le législateur s'est attaqué à ce dispositif régi par les articles 145 et 216<sup>1</sup>. Plus précisément, le dernier alinéa de l'article 216 a été supprimé, et avec lui, le plafonnement de la quote-part de frais et charges.

Pour appréhender la mesure de cette suppression, il faut comprendre ce qu'est le régime mère-fille. Il est destiné à « assurer la transparence fiscale des groupes de sociétés de sorte que la circulation des bénéficiaires en leur sein s'opère au moindre coût fiscal »<sup>2</sup>. Ce régime spécial est facultatif et est ouvert aux sociétés quelque soit leur nationalité à condition que les titres de participations détenus par la mère soient nominatifs, représentent au moins 5% du capital et des droits de vote de la filiale et qu'ils soient conservés pendant plus deux ans. Ainsi le texte permet de retrancher du bénéfice imposable de la société mère ces produits et de seulement réintégrer une quote-part de frais et charges. Cette quote-part, sensée refléter les charges encourues pour générer un produit non imposable (le dividende), devait donc être réintégrée. Toutefois, si les charges encourues étaient inférieures à 5% du dividende, le législateur acceptait que la réintégration soit plafonnée au niveau de charges réelles. En effet, comment pourrait-on réintégrer une charge qui n'aurait jamais été comptabilisée ?

C'est ce dernier point qui est supprimé par l'article de la Loi de Finances pour 2011. Désormais...et c'est magique, même si la société mère n'a aucune charge, les charges encourues pour générer le dividende seront par hypothèse réputées représenter 5% dudit dividende ce qui conduit de facto à n'exonérer que 95% des dividendes reçus. Pourquoi ne pas faire simple et le présenter comme cela ? Parce que faire simple serait plus coûteux. En effet reconnaître que 5% du dividende ont été taxés reviendrait à autoriser l'utilisation des crédits d'impôt (retenues à la source conventionnelles) afférents à ce flux, ce qui réduirait à néant l'impact budgétaire de cette réforme. Et c'est pourquoi au lieu de faire simple, le législateur préfère faire compliqué.

Parmi les nombreuses mesures consistant à mettre fin aux niches fiscales, la réforme de la quote-part de frais et charges a conduit les grands Groupes à se livrer à d'autant plus de calculs en interne que cette réforme a eu un effet rétroactif, puisqu'applicable aux distributions déjà opérées en 2010, ce qui étaye son caractère purement budgétaire (I). Malgré peu de commentaires officiels faits à son sujet, probablement par peur de ne pas paraître « solidaires » dans un environnement particulièrement sensible à la rigueur nécessaire pour « sauver » le pays, cette mesure ne doit pas être prise à la légère par les entreprises (II).

1 Articles 145 et 216 du Code Général des Impôts (CGI)

2 Précis de Fiscalité des entreprises 2010/2011 p 286 Maurice Cozian, Florence Deboissy

## I - Une réforme à caractère principalement budgétaire

L'article 10 de la Loi de Finances pour 2011 prévoit la suppression du plafonnement de la quote-part de frais et charges prévu par le régime mère-fille français. Pour bien appréhender les enjeux d'une telle réforme, il convient au préalable de comprendre le mécanisme de la quote-part de frais et charges (A) et de préciser le rendement estimé de cette mesure (B).

### A - Le mécanisme de la quote-part de frais et charges

Les entreprises, situées en France et soumises au taux normal de l'IS, peuvent sur option bénéficier du régime mère-fille prévu par le droit fiscal français<sup>3</sup>. Les dividendes des sociétés mères relatifs à des titres qu'elles conservent depuis plus deux ans et représentant au moins 5% du capital de la société fille, sont ainsi exonérés d'impôt sur les sociétés. Ils sont en effet retranchés du résultat net de la société mère. Cependant une quote-part de frais et charges est ensuite réintégrée au résultat de la société mère.

Historiquement, la quote-part de frais et charges a été prévue pour réintégrer les charges déduites préalablement par la mère et qui se rapportent à un produit exonéré. De fait, le mécanisme de la quote-part correspond à une non-déduction de charges (et non à 5% du produit en tant que tel) en raison de la non-imposition des produits auxquelles elles se rapportent.

Au cours de son existence, la quote-part de frais et charges a véritablement joué le rôle de variable d'ajustement budgétaire. En effet, le législateur a, tantôt supprimé, tantôt rétabli la quote-part de frais et charges dans le régime mère-fille... et a modifié son taux.

Depuis sa création, le contenu des charges «

de toute nature » à prendre en compte pour le plafonnement de la quote-part a quelque peu varié. Une jurisprudence de 197<sup>4</sup> a notamment tranché sur la prise en considération des provisions pour dépréciation de portefeuilles en considérant que ce type de provisions était soumis au régime des plus-values à long terme et n'était pas déductible des résultats imposables au taux de droit commun. En 1993<sup>5</sup>, en raison de l'existence du système de l'avoir fiscal qui rendait moins avantageux ce régime, la quote-part avait été supprimée. L'avoir fiscal, lorsqu'il était de 50%, permettait la totale neutralisation de la double imposition alors que le régime mère-fille imposait la quote-part. La Loi de Finances pour 1999 l'a ensuite rétablie à un taux de 2,5% du fait de la baisse du taux de l'avoir fiscal et de la création de certains prélèvements obligatoires non pris en compte pour l'assiette de l'avoir fiscal. Enfin, en 2000<sup>6</sup>, le législateur l'a définitivement relevée à un taux de 5%.

Aujourd'hui, la réforme porte sur le plafonnement de cette quote-part de 5% aux charges réellement engagées par la société mère. Cette limite est inhérente à la qualité même de frais et charges, qui ne sauraient, dans une situation de remise en cause de leur déduction, être en principe supérieurs à ceux effectivement exposés au cours de l'exercice.

### B - A la recherche de recettes fiscales

Le déplaçonnement de la quote-part de frais et charges a été motivé par les besoins de financement de la réforme des retraites opérée courant 2010. Le Gouvernement estime qu'il en résultera un supplément d'impôt sur les sociétés d'environ 200 millions d'euros en 2011 et de 250 millions en 2020<sup>7</sup>.

Aujourd'hui, plus de 80% des dividendes reçus par les sociétés non financières sont éligibles au régime mère-fille<sup>8</sup>. La réforme du régime mère-fille mise

3 Articles 145 et 216 du CGI

4 Cons. d'Etat, 7, 8 et 9 sous-sect., 30 janv. 1976, req. n. 94085: Droit fiscal 1977, n. 41. concl. Schmeltz

5 Loi n°92-1376 du 30 décembre 1992 de Finances pour 1993

6 Loi n°99-1172 du 30 décembre 1999 de finances pour 2000

7 Rapport fait au nom de la Commission des Finances, de l'Economie Générale et du contrôle budgétaire sur le projet de Loi de Finances pour 2011, TOME II par M. GILLES CARREZ

8 Chiffre de 2007 du Conseil sur les prélèvements obligatoires

en place par la dernière Loi de Finances conduit donc à prendre en compte la majorité de ce type de produits.

La suppression du plafonnement aux charges et frais exposés par la société aboutit à une imposition forfaitaire de la quote-part de frais et charges à 5% du montant total des dividendes perçus telle que dans le régime des plus-values de titres de participation. Ainsi, ce chiffre de 5% ne constitue plus une limite à la part de charges à réintégrer mais bien à un pourcentage imposé par le législateur. Il en résulte une application du taux de l'IS (33 1/3%) à la quote-part de frais et charges égale à 5% du montant des dividendes soit un supplément d'impôt de 1,72% à chaque étape de la remontée du dit revenu.

Certains spécialistes<sup>9</sup> considèrent que le rendement estimé est inférieur à celui qu'il devrait être en raison du flux important des dividendes concernés. En effet, si ce chiffre de 5% semble faible pris isolément, il devient relativement important lorsqu'il est mis en relation aux nombreux produits de participations soumis au régime mère-fille. Les produits éligibles sont tous les revenus distribués c'est-à-dire en pratique, principalement les dividendes mais aussi les autres distributions issues d'une réduction de capital ou les bonis de liquidation.

Par ailleurs, on peut se demander si ce déplafonnement ne serait pas une remise en cause de la notion même de charge. En effet, en supprimant le plafonnement de la quote-part aux charges effectivement engagées, le législateur ne nie-t-il pas le principe selon lequel les entreprises ne peuvent déduire que des charges réellement exposées au cours de l'exercice pour lequel elle opère les déductions ? Ce principe ne trouverait donc pas à s'appliquer dans la situation inverse qu'est la réintégration de charges en raison d'exonération des produits y afférents.

Enfin, de nos jours, il n'est pas possible d'étudier une réforme sans en analyser la conformité au droit de l'Union européenne. Le plafond de la quote-part, établi antérieurement, n'est pas prévu par la directive

mère-filiale<sup>10</sup>. Par conséquent, sa suppression n'est pas contraire au droit de l'UE.

Le déplafonnement de la quote-part de frais et charges a donc été adopté et validé par le Conseil Constitutionnel sans difficulté. Il s'agit maintenant de mettre en évidence les enjeux d'une telle réforme.

## **II - Une réforme qui ne doit pas être prise à la légère par les entreprises**

Pour 2011, les services fiscaux des entreprises ne devront pas négliger l'article 10 de la Loi de Finances. Cette disposition contraint les sociétés à repenser leurs stratégies et particulièrement la place des holdings intermédiaires dans leur structure de groupe (A). Cette réflexion s'impose d'autant plus que ces nouvelles mesures sont d'application immédiate (B).

### **A - Vers la fin des holdings intermédiaires?**

Cette réforme du régime mère-fille, sonne le glas de holdings intermédiaires à charges limitées, dont la mise en place a pu pour partie répondre à des préoccupations fiscales. En effet, pour les dividendes étrangers, l'entrée dans le périmètre d'intégration du flux de dividendes se faisait par cet intermédiaire quasi sans quote-part. Les titres relatifs aux dividendes perçus peuvent être inscrits à l'actif de sociétés n'ayant aucune autre activité que celle de détenir / « gérer » ces titres. Par ce biais, les sociétés n'ont que très peu de frais et charges (cas d'une holding avec un seul employé et n'ayant que ses honoraires de commissaires aux comptes...). L'application du plafond de la quote-part de frais et charges leur permettait donc de réduire de façon considérable le montant de cette quote-part. Ensuite, par le jeu des mécanismes de l'intégration fiscale il n'y avait en tout état de cause pas de quote-part.

Par le déplafonnement de la quote-part de frais et charges, le législateur met fin à des structures fiscalement optimisées somme toute assez classiques. Il sera intéressant de comparer les

9 Michel Taly, Avocat Associé, vidéo sur Loi de Finances pour 2011 [www.arsene-taxand.com](http://www.arsene-taxand.com)

10 Directive du Conseil 90/435/CEE et Directive 2003/123/CE

structures de Groupe à horizon 3-4 ans pour voir quelles structures présentées comme stratégiques se seront entre-temps adaptées à une nouvelle stratégie.

Aujourd'hui, il en est donc fini de ce montage et de ses avantages fiscaux concernant le régime mère-fille. Au contraire, chaque holding supportera une imposition de 1,72% à chaque échelon de remontée des dividendes, sous réserve du mécanisme de l'intégration fiscale qui tempère cet impact après la première année d'intégration. Il convient effectivement de nuancer les effets de cette mesure en raison de l'existence du régime de l'intégration fiscale<sup>11</sup>. Pour les sociétés ayant opté (ou pu opter) pour ce régime, l'enjeu de cette réforme est moindre du fait de la neutralisation des relations intragroupes. De plus à partir de la deuxième année sous le régime intégré, les produits perçus par la société mère des sociétés filles sont distribués hors quote-part de frais et charges. Le déplafonnement continuera néanmoins à jouer un rôle pour les sociétés du groupe qui ne sont pas intégrées.

Dans le nouveau paysage du régime mère-fille, il sera préférable fiscalement que les dividendes remontent directement à la holding "tête de groupe". Cependant, il ne faut pas croire que seul l'aspect fiscal sera en jeu. Il est utopique de penser que tous les niveaux intermédiaires de holding pourront être supprimés. Il faudra également prendre en compte les composants économiques, marketing, managérial, etc... de ces sociétés, car il ne serait pas exact de prétendre que ces holdings intermédiaires n'avaient qu'une justification fiscale.

## **B - Des conséquences immédiatement applicables**

Le Législateur ne s'est pas contenté de mettre fin à une pratique d'optimisation fiscale, il a également voulu mettre en place ce nouveau dispositif de manière rétroactive pour les exercices clos au 31

décembre 2010. Sur ce point, il s'agit véritablement d'un "coup de massue" pour les entreprises qui avaient l'habitude de réintégrer une quote-part inférieure à 5% et qui se retrouveront obligées en mai de déclarer une quote-part de frais et charges imprévue et plus importante que les autres années ; on pourrait presque parler de racket. Leur montant prévisionnel d'impôt sur les sociétés est donc faussé par cette nouvelle disposition du régime mère-fille.

Pour l'Administration fiscale, le mécanisme de la rétroactivité permet d'obtenir, dès le paiement de l'impôt en 2011, les conséquences budgétaires de cette nouvelle mesure. Cette application immédiate répond ainsi aux besoins urgents de nouvelles sources budgétaires.

Le régime des sociétés mères est également un sujet de débat auquel il faut être attentif à l'avenir. Le régime fiscal français prévoit un système plus avantageux que la directive mère-filiale en retenant un taux minimum de détention de la société fille de 5% alors qu'en droit communautaire, il est prévu un seuil de 10%. Dans l'objectif d'accroître les recettes fiscales, il a été proposé un amendement<sup>12</sup> à la Loi de Finances visant à relever le seuil de participation au capital à 10% pour pouvoir profiter du régime mère-fille. Cette mesure permettrait de nouvelles sources d'impôt en diminuant le nombre de sociétés bénéficiant du régime.

La détermination à maintenir l'attractivité du territoire français a, certainement, été un des arguments à la décision de rejet de cet amendement. Si la nécessité d'accroître les recettes de l'État est dans toutes les têtes, la volonté de conserver les sociétés présentes en France et d'en attirer d'autres semble toutefois prévaloir.

Il s'agit maintenant pour les directions fiscales de réfléchir à d'éventuelles restructurations de groupes en fonction des nouvelles mesures adoptées.

<sup>11</sup> Articles 223 A du CGI et suivants

<sup>12</sup> Amendement déposé par Monsieur Pierre Alain Muet

## La réforme annoncée des sociétés de personnes : la transparence n'est pas la simplicité

Miléna BARREAU, Master II Fiscalité de l'entreprise

Emmanuel DINH, Docteur en droit

**Alors que l'ambitieux projet de refonte du régime fiscal des sociétés de personnes a été repoussé pour des raisons budgétaires, il est intéressant de revenir sur les grandes lignes de la réforme**

C'est un sentiment de déception que l'on est en droit de ressentir après lecture de l'ultime loi de finances rectificative pour 2010 adoptée ce 29 décembre dernier. En effet, suite à la publication au printemps dernier d'un projet de refonte globale du régime fiscal des sociétés de personnes, intégré dans l'article 12 du dernier projet de loi de finances rectificative pour 2010, la loi n'a finalement retenu qu'un aspect marginal du dispositif envisagé. De fait, seule la suppression de la théorie du bilan, dont le champ d'application dépasse la seule question des sociétés de personnes, a été retenue.

Le manque de visibilité budgétaire et l'examen trop hâtif du projet de réforme expliquent cette situation. Il a donc été demandé au gouvernement de proposer un rapport détaillé avant le 30 avril 2011 afin d'approfondir l'analyse de la réforme et de chiffrer avec plus de précision son coût.

Toutefois, il n'est pas vain de revenir sur l'examen de ce projet, dont l'esprit et la substance devraient être conservés, et qui présente en outre le mérite de mettre sur pied une refonte globale, à rebours d'une logique de compilation de mesures éparées fréquente chez le législateur contemporain.

A l'origine, trois options étaient envisageables : généralisation de l'IS, adoption d'une logique de transparence pure ou création d'une transparence « rationalisée ». La première hypothèse a été écartée pour son caractère simpliste ; la deuxième pour une raison de principe - la transparence revenant à nier la personnalité juridique - et une raison pratique - en terme d'obligations déclaratives et de contrôle fiscal, la personne morale permettant une centralisation certaine des informations - ; C'est donc la troisième voie qui a été retenue, à mi chemin entre la translucidité et la transparence.

Il convient de se pencher sur ce que recouvre cette notion de « transparence rationalisée ». Dans cette perspective, nous nous interrogerons, dans un premier temps, sur la façon dont l'infléchissement vers la transparence a été mené à son terme (I) et, dans un second temps, sur la question de la satisfaction des objectifs présidant à l'adoption de cette réforme (II).

### I/ L'infléchissement vers la transparence mené à son terme?

D'aucuns ont souvent reproché au régime français de translucidité la casuistique complexe à laquelle il invite, loin de la simplicité de la logique de transparence prévalant dans la plupart des Etats. L'infléchissement vers la transparence se retrouve dans la terminologie même proposée par le projet (A), tandis que le seul aspect véritablement adopté ne concerne les sociétés de personnes que par incidence (B).

#### A/ Des sociétés de l'article 8 aux « entités transparentes »

Comme pour sceller l'objectif et la teneur de la réforme, la transparence se retrouve dans la terminologie même. En effet, pour l'occasion, les traditionnelles sociétés de personnes se voient rebaptisées « entités transparentes » (ET).

Toutefois, ce changement d'appellation traduit aussi une modification substantielle, dans la mesure où la catégorie d'ET a vocation à accueillir également d'autres instruments juridiques. En effet, elle intègre désormais les indivisions et les fiducies (dont le régime est déjà inspiré de celui des sociétés de personnes, puisque les revenus sont imposables



au nom du constituant). Cette unification du régime est intéressante en ce qu'elle applique un régime identique à des entités dotées ou non de la personnalité morale, ayant pour point commun de n'être pas assujetties à l'impôt à leur niveau.

Cet infléchissement vers la transparence est aussi le produit de la globalisation. En effet, il participe tout autant d'une logique d'attractivité du territoire (les principes proposés étant applicables aux associés non résidents de sociétés de personnes françaises, ce qui évite l'effet dissuasif pour les étrangers d'investir en France au-travers de telles structures), que d'une logique de courtoisie à l'égard de la norme fiscale étrangère par la reconnaissance de la transparence des entités considérées comme telles dans l'Etat de leur constitution.

## **B/La fin de la théorie du bilan ou la transparence distillée par ricochet**

Seul volet finalement adopté, la suppression de la théorie du bilan ne réforme la transparence des sociétés de personnes que par ricochet. Cette suppression repose sur une plus grande « tunnellation » des revenus de l'entrepreneur individuel assujetti à l'IR. L'imputation des déficits se fait sur les bénéfices de même nature, l'entrepreneur restant libre d'un point de vue strictement comptable d'inscrire ou non des biens à l'actif de son bilan.

Ce régime dépasse le seul cadre des sociétés de personnes puisqu'il concerne au premier chef les entrepreneurs individuels passibles de différentes catégories de revenus, à savoir BIC, BA, BNC et RCM. Les associés personnes physiques de sociétés de personnes ne sont concernés que par ricochet. Rappelons-le, la théorie du bilan, théorie prétorienne issue d'un arrêt de plénière du Conseil d'Etat de 1967 et fondée sur le principe de liberté d'affectation comptable, consacre la possibilité d'inscrire au bilan un « bien purement patrimonial » non affecté à l'activité de l'entreprise et d'inclure les produits et charges y afférents dans les résultats de l'entreprise, indépendamment de la cédula d'imposition qui leur est propre.

La tunnellation consiste à traiter chaque catégorie de résultat pour ce qu'elle est vraiment :

la suppression de cette théorie conduit à sortir les produits et charges afférents aux biens purement patrimoniaux du résultat issu de l'activité de l'entreprise.

L'article 155 I 1) et 2) est donc modifié et il ne sera tenu compte, pour la détermination du résultat d'une entreprise BIC, d'activités BA ou BNC que si ces activités sont exercées à titre complémentaire ou accessoire et si elles constituent une extension de l'activité commerciale. La même solution est retenue en présence d'une entreprise BNC se livrant à des activités BIC ou BA. Il doit s'agir d'une extension de l'activité, tel ne sera pas le cas en présence de produits et charges non rattachés à l'activité exercée. Toutefois, une tolérance d'assimilation de 5% a été instaurée.

L'ensemble de ces dispositions sont applicables aux exercices et périodes d'imposition ouverts à compter du 1er janvier 2012.

## **II/ Un projet de réforme conforme à ses objectifs?**

L'objectif premier de la refonte vise tant à éradiquer les frottements fiscaux que les situations de double exonération rendus possibles par le régime actuel (A) ; la simplification d'un régime apparaît en filigrane dans les lignes directrices du projet (B).

### **A/ « Attractivité du territoire » et lutte contre l'optimisation fiscale**

Talon d'Achille de la fiscalité française sur le plan international, en raison des frottements fiscaux qu'elle engendre ou des possibilités d'optimisation qu'elle permet, la fiscalité des sociétés de personnes constitue un réel frein à l'attractivité du territoire, compte tenu de l'engouement des investisseurs internationaux pour le recours à ce type de structures comme véhicules d'investissement ou d'acquisition.

Il convient de passer en revue les frottements fiscaux et schémas d'optimisation existants afin de voir ce que propose le projet de réforme.

Les frottements fiscaux se retrouvent aussi bien au niveau international qu'au niveau national.

Au niveau international, deux conceptions s'opposent : celle de la transparence, partagée par la plupart des Etats de l'OCDE, et celle de la translucidité à la française. Cette confrontation conduit souvent à des situations de double imposition. La jurisprudence née des arrêts « Société Kingroup Inc. » et « Hubertus AG » conduit à considérer que la société de personnes française est le sujet d'imposition, ce qui implique une taxation en France de ses membres, qu'ils soient ou non résidents fiscaux, à hauteur de leur quote-part des résultats de l'exploitation.

Le projet n'abandonne pas la personnalité fiscale des ET, mais celle-ci n'aura d'effet qu'au regard de la détermination du résultat et des obligations déclaratives. Une telle solution entraîne l'abandon pur et simple de la jurisprudence Société Kingroup Inc. Par ailleurs, le projet prévoit l'instauration d'un principe d'équivalence et de réciprocité entre le droit français et le droit étranger, réserve faite des sociétés de personnes situées dans des ETNC. Sont donc assimilées à des ET les « sociétés de droit étranger bénéficiant dans leur Etat ou territoire d'un régime juridique et d'un régime fiscal équivalent » à ceux du droit français.

En droit interne, les frottements fiscaux résultent de l'exclusion des sociétés de personnes du champ des régimes de groupes, régime mère-filiale et intégration fiscale. Le projet se propose de permettre la libre circulation et/ou la neutralisation des résultats générés par une société de personnes tant au titre du régime de l'article 145 qu'à celui des articles 223 A à 223 U du Code. La prise en compte des résultats générés par les sociétés de personnes se ferait à l'image de ce qui a été retenu au titre des sociétés intermédiaires dans les « configurations Papillon » en matière d'intégration fiscale depuis la dernière loi de finances rectificative pour 2009, en permettant l'interposition de sociétés de personnes dans la composition des groupes, sans pour autant leur conférer la qualité de membre du groupe et les imposer à l'IS. En d'autres termes, ce serait la fin de l'écran constitué par les sociétés de personnes au sein de groupes de sociétés de capitaux : les produits et opérations transitant par une telle entité ne généreraient plus de frottements fiscaux.

Les facultés d'optimisation permises par le régime de semi-transparence se retrouvent elles aussi au niveau international et national.

Au niveau international, les possibilités d'optimisation résultent de conflits de qualification susceptibles de donner naissance à des situations de double exonération. En effet, en présence d'une société de personnes étrangère à responsabilité limitée, la France considère traditionnellement (en application d'une méthode fondée sur l'équivalence juridique) qu'il s'agit d'une société fiscalement opaque, à l'image des sociétés de capitaux soumises à l'IS en France. Les associés résidents français percevant des revenus de telles sociétés ne sont imposés, comme cela est la règle en matière d'IS, qu'au moment de la perception effective du revenu et ne sont donc pas réputés appréhender le résultat de la société de personnes étrangère à raison de leur quote-part respective au moment de sa réalisation. Aucune imposition ne sera due en l'absence de distribution par la société de personnes étrangère. Du point de vue de son droit national, cette entité ne verra pas son résultat imposé à son niveau puisqu'il doit l'être au niveau des associés, eux-mêmes non imposés du point de vue du droit français. Le projet de réforme intègre ce paramètre et déconnecte l'imposition de la distribution effective du revenu, lequel sera réputé appréhendé par les associés au moment de leur perception par la société de personnes.

En droit interne, la règle dite de « l'extourne », conséquence de la théorie du bilan, serait endiguée. En effet, il s'agit d'un cas particulier dans lequel déduction des charges et l'imposition des produits ne correspondent pas dans la mesure où ils ne se compensent pas : aucun parallélisme n'est appliqué contrairement à la règle selon laquelle une charge est déductible d'un revenu lorsqu'elle permet la conservation de ce même revenu. En effet, une société de personnes exerçant une activité BIC ou BA percevant des RCM voit ces revenus imposés au titre de cette catégorie et non au titre des BIC ou BA. En revanche, les charges, financières pour l'essentiel, afférentes à ces RCM restent déductibles du résultat BIC ou BA de la société de personnes. Il s'agit d'une « déqualification » du revenu. Situation

pour le moins étonnante en ce qu'elle revient à renoncer à une fiction juridique sans pour autant appliquer le régime naturel correspondant à la situation, sorte de fiction sur fiction.

## **B/ un régime plus simple d'utilisation?**

Présenté comme simplifiant l'utilisation du régime des sociétés de personnes, le projet de réforme laisse sceptique quant à la réalisation de cet objectif. Le rapporteur général Gilles Carrez a d'ailleurs dénoncé un article « *d'une complexité effroyable* ». Il est vrai que la réforme, si elle satisfaisante d'un point de vue théorique, laisse augurer de nombreux retraitements de nature à favoriser l'activité des conseils.

Le choix d'une transparence « rationalisée » préside pourtant à la réalisation de cet objectif. Il est vrai que le maintien de la personnalité fiscale au niveau des entités transparentes évite une détermination des résultats propres à chaque associé.

A titre d'exemple, la satisfaction aux conditions d'éligibilité des régimes de groupe telle la condition de détention donnera lieu à des calculs complexes visant à ajouter aux titres détenus directement par l'associé ceux détenus via la société de personnes et à la multiplication de ce taux de détention dans la sociétés de personnes par le taux de détention de celle-ci dans la filiale distributrice. La même logique se retrouve au niveau de l'appréciation de la durée de détention qui imposera de retenir la date la plus récente entre la date d'acquisition des titres de la société de personnes par l'associé et la date d'acquisition des titres de la filiale par la société de personnes. Cette complexité accrue pourrait être de nature à exclure du bénéfice des régimes de groupes certaines situations en contradiction avec l'objectif du texte.

En revanche, une logique de « transparence pure » a été retenue en matière d'intégration fiscale puisque le seuil traditionnel de 95 % a été abandonné au profit d'une détention exclusive, directe ou indirecte, en cela véritable facteur de simplification.

Au niveau de l'intégration fiscale, le régime serait plus lourd en matière d'obligations déclaratives puisque le bénéfice du régime serait soumis à la

révélation à l'Administration fiscale de l'identité et de l'adresse des associés de ces ET.

Par ailleurs, cette stricte accessibilité aux régimes de groupe pourrait être de nature à générer de nouvelles formes d'optimisation.

D'une manière générale, la superposition de nouveaux concepts – transparence pure, transparence rationalisée, extension de l'activité, tolérance d'activités annexes non constitutives d'extension - laisse une impression de flou assez éloignée du souhait d'uniformité de la réforme. Les concepts retenus sont satisfaisants d'un point de vue théorique mais risquent de se muer en véritable casse-tête pour les praticiens. Si les bienfaits de la réforme se feront essentiellement sentir dans les situations internationales, le « sac d'embrouilles » a encore de beaux jours devant lui.

## De la niche fiscale à la niche funéraire

Pierre HOULES, Master II Fiscalité de l'entreprise

Ronan JOURNOUD, Master II Fiscalité de l'entreprise

Thibaut MASSART, Professeur de droit

**À des fins d'incitation économique ou de justice sociale, les règles d'imposition ont toujours connu des dérogations afin d'alléger la charge fiscale de certaines catégories de contribuables ou d'opérations. Ces régimes fiscaux dérogatoires, nommés niches fiscales, représentent des charges pour le budget de l'État, au même titre que les dépenses budgétaires. L'augmentation préoccupante de ces dépenses depuis 2004 a conduit le législateur à réagir à partir de 2006 afin d'entamer un mouvement de plafonnement pour lutter contre l'érosion continue de l'assiette de prélèvement. La loi de finances pour 2011 s'inscrit dans la droite ligne des précédentes lois de finances en réduisant ou supprimant les crédits ou les réductions d'impôt d'une vingtaine de dépenses fiscales, ou « niches fiscales ».**

Dans la mesure où ils affectent les prix, les prélèvements obligatoires modifient les incitations des différents acteurs économiques qui les acquittent et les subissent. Afin de minimiser les effets négatifs de ces prélèvements, les autorités fiscales cherchent généralement des modalités d'imposition qui en limitent l'ampleur et permettent d'orienter les comportements des agents économiques. Par exemple, l'alourdissement du prix par les taxes (taxation du tabac, des alcools, carburants...) autorise la mise en place d'une fiscalité dissuasive. À l'inverse, les nombreux crédits d'impôt et déductions fiscales, souvent considérés comme des « niches fiscales », favorisent la mise en œuvre d'une réelle fiscalité incitative<sup>1</sup>.

Cependant, depuis 2004, les gouvernements successifs ont empilé mesure sur mesure, pour arriver à une préoccupante augmentation des dépenses fiscales dans le paysage de la fiscalité française. Alors qu'on recensait 418 niches fiscales en 2003, elles étaient passées à 468 en 2010,

représentant un coût évalué de 74 788 millions d'euros<sup>2</sup>.

À l'heure de réduire les déficits publics et de redresser les finances publiques, les dépenses fiscales, comme le déclare la Cour des comptes<sup>3</sup> dans un récent rapport, apparaissent comme un « enjeu budgétaire majeur ». Comme le soulignait le Professeur Henri Sterdyniak, économiste à l'OFCE et professeur associé à l'université de Paris-Dauphine, « la fiscalité française, avec son ampleur et ses charmes, mais aussi ses complications, ses niches fiscales et ses taux élevés, apparaît ainsi comme un édifice en péril »<sup>4</sup>. Afin de contribuer au redressement de cet édifice en péril, ou tout du moins de ne pas le laisser s'effondrer, le législateur a réagi dès 2006 en entamant un mouvement de réduction et de plafonnement des niches fiscales.

La mise en œuvre d'un tel plan d'assainissement des dépenses fiscales soulève cependant de nombreuses difficultés. D'abord, comme le soulignait avec malice

1 Par exemple : la prime pour l'emploi (P.P.E.), CGI, art. 200 sexies.

2 Annexe au projet de loi de finance pour 2010 ; <http://www.performance-publique.gouv.fr/farandole/2010/pap/pdf/VMT2-2010.pdf>

3 Cour des compte, Rapport public annuel 2011 – février 2011

4 Quelle fiscalité pour quels objectifs ? Regards croisés sur l'économie.

Gilles Carrez<sup>5</sup>, « dans chaque niche il y a un chien qui mord ». Il est en effet difficile de s'attaquer à des avantages fiscaux dont bénéficie une large catégorie de personnes<sup>6</sup>. Ensuite, la notion de dépenses fiscales est plus incertaine qu'il n'y paraît. Il n'existe effectivement aucune définition précise de la niche fiscale, ce qui interdit tout recensement pertinent des niches fiscales, le gouvernement se rattachant à une liste peu cohérente et fluctuante au fil des années en fonction des sensibilités politiques. De plus, parce que les niches fiscales sont strictement dépendantes de l'éventuel changement de comportement des contribuables qui résulterait de leur suppression ou mise en place, le chiffrage de leur coût ne peut être qu'indicatif et à prendre avec les plus grandes précautions.

Une politique fiscale sérieuse en matière de niches supposerait d'abord d'éclaircir cette notion incertaine (I). Quoi qu'il en soit, la politique fiscale contemporaine consiste incontestablement à éradiquer les niches fiscales (II).

## I - La niche fiscale : une notion incertaine

Si le concept de niches fiscales apparaît confus (A), l'augmentation préoccupante de leur coût, même si ce dernier apparaît difficilement évaluable précisément, est un enjeu fondamental dans le cadre de l'actuel plan de redressement des finances publiques (B).

### A. Une définition imprécise

La notion de « niche fiscale » a toujours été un concept difficile à appréhender. Officiellement appelée « dépense fiscale », elle s'analyse comme « une disposition législative ou réglementaire

dont la mise en œuvre entraîne pour l'État une perte de recettes et donc pour les contribuables, un allègement de leur charge fiscale par rapport à ce qui serait résulté de l'application de la norme, c'est-à-dire des principes généraux du droit fiscal français »<sup>7</sup>. Elle peut ainsi être définie comme étant une dérogation fiscale. Toutefois, elle peut également résulter d'un vide juridique autorisant les bénéficiaires à échapper, totalement ou partiellement, au paiement de l'impôt. Ainsi, une niche fiscale peut résulter soit d'une volonté établie du législateur afin de favoriser un secteur déterminé (comme les niches d'investissement<sup>8</sup>), soit d'un oubli législatif qui n'a pas été comblé.

De plus, il est possible de distinguer deux catégories de niches fiscales. Les niches fiscales « actives » impliquent un investissement particulier du contribuable<sup>9</sup>. Les niches fiscales « passives » sont simplement octroyées en fonction de la catégorie d'appartenance du contribuable. Ces dernières sont d'ailleurs considérées comme une « fiscalisation » des dépenses budgétaires dans la mesure où elles sont de véritables dépenses du budget sans pour autant se traduire par l'émission positive d'une dépense (car il s'agit simplement d'une minoration d'impôt).

Toutes les dépenses fiscales sont recensées et font l'objet d'une estimation chaque année dans le cadre de la mise en place du projet de loi de finances (Voies et Moyens tome II). Il est donc tentant de considérer comme une niche fiscale tout dispositif figurant sur cette liste officielle. Or, en 2005, un certain nombre de dispositifs furent retirés de la liste officielle. Parmi ces derniers, nous retrouvons notamment la demi-part enfant majeur rattaché au foyer fiscal<sup>10</sup>, l'abattement de 40 % sur les dividendes<sup>11</sup>, le régime sociétés mères et filiales<sup>12</sup>, l'intégration fiscale<sup>13</sup>, le

5 Rapporteur général à la Commission des Finances à l'Assemblée nationale.

6 La Prime pour l'emploi concernait 8,6 millions de foyers en 2005 et l'exonération sur le livret A, 24 millions.

7 Fasicule « Voies et Moyens » annexé chaque année au projet de loi de finances (PLF).

8 Par exemple, Loi Scellier, art. 199 septuagies du CGI.

9 Loi Girardin, Loi Besson, investissement en PEA etc.

10 CGI, art. 196 B.

11 CGI, art. 158-3-2°.

12 CGI, art. 145 et 216.

13 CGI, art. 223 A à 223 Q.

taux réduit pour les plus-values à long terme en cas de cession participations<sup>14</sup>, le taux réduit PME.

La suppression de ces régimes de la liste officielle fut légitimée par leur qualification de « modalités particulières de calcul de l'impôt ». Or, la distinction entre ces modalités particulières de calcul de l'impôt et la notion de dépenses fiscales est ténue, d'autant plus que le coût en 2009 de ces dispositifs retirés est plus élevé que ceux qui y figurent encore (75 M€ contre 73 M€).

Selon le rapport du Gouvernement annexé au projet de loi de finances pour 2011, la distinction entre ces modalités et les dépenses fiscales résulterait du fait que ces dernières sont des « dispositions législatives ou réglementaires dérogatoires par rapport à une « norme fiscale » ». Or, cette norme n'est pas définie, ce qui met davantage en exergue la difficulté d'arriver à une définition précise des dépenses fiscales et souligne le caractère incomplet et sans cohérence de la liste officielle. En effet, la non-définition de cette norme peut entraîner des incertitudes. Par exemple, devons nous considérer la décote, le quotient familial ou encore les exonérations de cotisations sociales sur les salaires comme des dépenses fiscales ou de simples composantes normales du barème fiscal ?

Il apparaît donc que le champ des dépenses fiscales est redéfini chaque année et est caractérisé par une forte instabilité, car celui-ci reflète la politique menée par le gouvernement en place.

Il est donc nécessaire d'aboutir à une définition plus précise des dépenses fiscales, ce qui passe naturellement par la qualification précise d'une norme de référence, ce qui n'a toujours pas été fait par le gouvernement français.

À ce stade de la réflexion, il est donc nécessaire de comprendre que toute mesure impliquant une perte de recettes pour le budget de l'État ne peut être assimilée à une niche fiscale. En effet, qualifier une mesure de "dépense fiscale" suppose de se référer à une législation de base à laquelle elle dérogerait. La délimitation de la notion de dépense fiscale résulte

donc essentiellement d'une observation des faits et d'une interprétation a posteriori des intentions du législateur.

Comme une multitude de mécanismes de dérogations, entraînant une situation favorable pour le contribuable, parsème le paysage fiscal français (leurs dénominations diffèrent, mais la finalité est la même : réductions et crédits d'impôts, abattements, déductions de charges, exonérations, etc.) le point fondamental de distinction d'une dépense fiscale réside dans la finalité même de la mesure. En effet, la dépense fiscale vise avant tout à mettre en œuvre une fiscalité incitative, par dérogation à une règle fiscale établie ou grâce à un vide juridique, afin de répondre à une demande (comme le lobbying) ou un besoin économique précis. C'est donc un instrument de politique économique fondamental reflétant la volonté politique du législateur de favoriser telle ou telle catégorie ou tel ou tel comportement.

## B. Un enjeu budgétaire majeur

La loi de finances pour 2011 a pour objectif essentiel de redresser le solde budgétaire de l'État. Selon le gouvernement, cette loi s'inscrit dans un contexte de reprise économique. L'année 2011 est considérée comme le début d'une période « d'après crise » dans laquelle l'économie se redresse. L'augmentation du PIB, la baisse du chômage au 2ème trimestre de l'année 2010, l'augmentation de l'investissement des entreprises pour la première fois depuis 2008, sont autant d'indices confortant le gouvernement dans cette pensée. Ainsi, l'enjeu principal de la loi de finances pour 2011 a été de mettre fin au creusement du déficit pendant la période de crise.

Le président de la République a donc fixé un objectif considérable de réduction des déficits grâce à des réformes nombreuses (réforme des collectivités territoriales, non-remplacement d'un fonctionnaire sur deux partant à la retraite, suppression de certaines niches fiscales, etc..).

Le déficit public, qui était de 7.7 % du PIB en 2010, devrait passer à 6 % du PIB en 2011. De plus, le déficit de l'État devra être réduit de 40 % entre 2010

14 CGI, art. 219.

15 Projet de loi de finance pour 2011 et projet de loi de programmation pluriannuelle des finances publiques 2011-2014.

et 2011 (de 152 milliards d'euros en 2010 à 92 milliards d'euros en 2011). Parce que la réduction du déficit public doit s'inscrire dans la durée, la loi de programmation pluriannuelle a fixé un objectif de 3 % du PIB en 2013 et 2 % en 2014<sup>15</sup>.

Le gouvernement a en outre annoncé attendre un gain de 10 milliards provenant de la suppression de ces niches fiscales entre 2011 et 2012<sup>16</sup>. Ce gain sera destiné pour deux tiers au financement des retraites et pour un tiers à la réduction du déficit de l'État.

Parce que la non-aggravation du déficit public est un enjeu majeur, le recours aux dépenses fiscales à des fins de contournement de la norme de dépense budgétaire est apparu comme une solution de facilité pour le législateur.

On soulignera également que leur multiplication traduit l'efficacité d'un lobbying actif par divers milieux professionnels. Cette prolifération aboutit à une opacification extrême du système fiscal, génératrice de fantasmes, de malentendus et de rejets de la part des contribuables citoyens. En outre, l'absence de limitation dans le temps et de réexamen périodique concernant l'efficacité réelle de ces mesures renforce l'augmentation rapide de leur nombre. Au fil des années, les gouvernements successifs ont empilé mesure sur mesure, pour aboutir à une situation particulièrement nébuleuse. L'annexe consacrée au projet de loi de finances pour 2010 recensait un total de 468 dépenses fiscales ayant un impact budgétaire en 2010, alors qu'on en comptait 418 en 2003. Pour 2010 le coût total des dépenses fiscales a été estimé à 74 788 M€<sup>17</sup>. Cependant, le montant de ces dépenses, déjà pharaonique, ne prend (plus) en considération, depuis 2005, certains dispositifs qui furent retirés de la liste représentant à l'époque un montant d'environ 75 M€, dont 59 M€ pour l'impôt

sur les sociétés.

La répartition du coût des niches fiscales est très inégale : 16 des 468 dérogations totalisent à elles seules la moitié du coût total des dépenses fiscales<sup>18</sup>, soit 37,4 milliards d'euros. Les plus importantes sont la TVA à 5,5 % pour les travaux dans la résidence principale<sup>19</sup> (5,15 milliards), le crédit d'impôt recherche<sup>20</sup> (4 milliards), prime pour l'emploi<sup>21</sup> (3,2 milliards), et les exonérations ou impositions réduites des produits attachés aux bons ou contrats de capitalisation et d'assurance vie et la TVA à 5,5 % dans la restauration (3 milliards chacune).

Alors que le projet de loi de finances pour 2006 faisait apparaître environ 400 dépenses fiscales, celui pour 2011 en a fait ressortir 500 ! Si leur nombre a augmenté, l'augmentation de leur coût fut encore plus impressionnante. Ainsi, la prime pour l'emploi a subi une augmentation de 61 % (2 450 M€ en 2004 à 3 940 en 2009), le crédit d'impôt développement durable est passé de 350 à 2 760 M€ (soit une augmentation de 689 % !), l'exonération de l'épargne salariale de 370 à 1400, etc.... Seules deux mesures figurant encore dans la liste (taux réduit fioul domestique utilisé comme carburant, exonération des prestations familiales) ont baissé.

Comme de nombreuses dépenses fiscales sont légitimées par une volonté de fiscalité incitative, le chiffrage du coût de ces dernières est strictement dépendant de l'éventuel changement de comportement des contribuables qui résulterait de la suppression de ces niches fiscales. Le chiffrage de ce coût passe donc encore, là aussi, par une définition précise de la norme de référence utilisée pour mesurer le coût des dépenses fiscales. De plus, les moyens mis en œuvre pour reconstituer l'estimation du coût des dépenses fiscales

16 <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/le-projet-de-loi-de-finances-pour-2011>

17 Annexe au projet de loi de finance pour 2010 ;

<http://www.performance-publique.gouv.fr/farandole/2010/pap/pdf/VMT2-2010.pdf>

18 Voir tableau en annexe.

19 CGI, art. 257-7° et 279-0 bis.

20 CGI, art. 244 quater B.

21 CGI, art. 200 sexies.

par l'administration sont là encore un facteur d'imprécision, en raison notamment des systèmes d'information et des contrôles internes insuffisants.

Le Conseil des impôts avait consacré en 2003 un rapport à la fiscalité dérogatoire. Cette étude soulignait le poids budgétaire représenté par les dépenses fiscales, leur complexité ainsi que leur efficacité incertaine et proposait un réexamen d'ensemble des dérogations fiscales. Ce réexamen souhaité par le conseil des impôts et une grande partie des politiques a donc, au moins partiellement, pris forme dans les faits par l'intermédiaire des différentes lois de finances depuis 2006, avantagé par le climat économique et social difficile de ces dernières années.

## II - Niches fiscales : vers l'éradication progressive

La réduction des niches fiscales est apparue comme une préoccupation du législateur. Alors que le premier mouvement de plafonnement des niches fiscales fut commencé en 2006 (A), la dernière tentative en 2011 confirme la rigueur affichée (B).

### A. La genèse du plafonnement des niches fiscales :

L'histoire du plafonnement des niches fiscales a connu des débuts difficiles. Le projet de loi de finances pour 2006 avait organisé un plafonnement de certaines niches fiscales relatives à l'impôt sur le revenu dont le dispositif a été invalidé par le Conseil constitutionnel<sup>22</sup>. Ce ne fut pas faute pour le législateur d'avoir tenté de brouiller les pistes. Malgré l'intention de ce dernier de vouloir

plafonner les niches fiscales, il ne lui est pas apparu contradictoire de créer ou modifier quatre niches fiscales<sup>23</sup>.

L'article 78 de la loi de finances pour 2006 prévoyait en effet que le total des avantages fiscaux soumis au plafonnement ne pouvait générer une réduction du montant de l'impôt dû supérieure à 8 000 euros ou 13 000 euros pour les foyers dont l'un des membres au moins est titulaire de la carte d'invalidité. Ce montant était majoré de 1 000 euros par enfant à charge ou par personne âgée de plus de 65 ans membre du foyer. Ce plafonnement devait s'appliquer à compter de l'imposition des revenus de 2006. Il était en quelque sorte la contrepartie du bouclier fiscal. Le système envisagé était complexe, trop sans doute, et a donc été invalidé<sup>24</sup>.

Malgré cet échec, le législateur tint et revint à la charge par la loi de finances pour 2009<sup>25</sup>. Son article 91 institua un plafonnement global de l'avantage en impôt procuré par certaines réductions et crédits d'impôts en matière d'impôt sur le revenu<sup>26</sup>. Les mesures prises en compte pour le plafonnement étaient les avantages fiscaux relatifs à des investissements patrimoniaux réalisés par le contribuable (investissements outre-mer, dispositifs Robien, Borlo, etc.) et ceux ayant pour contrepartie une prestation dont il bénéficie (aide fiscale pour l'emploi d'un salarié à domicile).

La volonté d'un tel plafonnement s'expliquait par le fait qu'en multipliant les dispositifs fiscaux, un certain nombre de Français fortunés pouvaient jusqu'à présent échapper à l'impôt. Avec le dispositif de plafonnement global des niches fiscales, adopté dans le cadre de la loi de finances pour 2009, c'est

22 Déc. 29 déc. 2005, n° 2005-530 DC

23 Dispositif en cas de location par un contribuable de sa résidence pour mobilité professionnelle (CGI, art. 31, I, 1<sup>o</sup>, i), crédit d'impôt pour reprise d'une activité salariée (CGI, art. 200 duodécies), crédit d'impôt en raison des intérêts des prêts étudiants (CGI, art. 200 terdécies), relèvement du taux du crédit d'impôt pour frais de garde des jeunes enfants (CGI, art. 200, quater B).

24 « Considérant que la complexité de ces règles se traduit notamment par la longueur de l'article 78, par le caractère imbriqué, incompréhensible pour le contribuable, et parfois ambigu pour le professionnel, de ses dispositions, ainsi que par les très nombreux renvois qu'il comporte à d'autres dispositions elles-mêmes imbriquées ; que les incertitudes qui en résulteraient seraient source d'insécurité juridique, notamment de malentendus, de réclamations et de contentieux » [...] « Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la complexité de l'article 78 de la loi de finances pour 2006 est à la fois excessive et non justifiée par un motif d'intérêt général suffisant ; qu'il y a lieu en conséquence, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs de la saisine, de déclarer cet article contraire à la Constitution ».

25 L. fin. 2009, n°2008-1425, 27 déc. 2008.

26 CGI, art. 200-0 A, dispositif de plafonnement des niches fiscales.



devenu impossible. La loi n'ayant pas été déferée au Conseil constitutionnel, le dispositif (encore très technique et comportant de nombreux renvois) put rentrer en vigueur sans connaître le même sort que son prédécesseur en 2006.

Ce plafonnement global s'appliquait donc aux contribuables personnes physiques, imposables à l'impôt sur le revenu et qui bénéficient d'avantages fiscaux compris dans le champ d'application du dispositif. Dans son état initial, le plafond global était égal à un montant forfaitaire de 25 000 €, auquel s'ajoute une fraction de 10 % du revenu imposable du foyer fiscal, quelle que soit la composition de ce dernier.

Fort de ce succès, le législateur continua son inexorable « coup de rabot » sur les niches fiscales. En effet, au bout d'un an d'application, le plafonnement des niches fiscales fit déjà l'objet d'un tour de vis par la loi de finances pour 2010<sup>27</sup>. Désormais, le montant total des réductions ou crédits d'impôt sera limité à 20.000 euros, plus 8 % du revenu imposable du foyer fiscal.

Malgré ces aménagements successifs, il ne fallut pas attendre très longtemps afin de voir le législateur « retourner à la niche ». En effet, la loi de finances pour 2011a mis en place un plafonnement des niches fiscales beaucoup plus rigoureux que les deux derniers aménagements.

## **B. Aménagement du plafonnement des niches fiscales par la loi de finances pour 2011 :**

La loi de finances pour 2011 vient raboter encore davantage les dépenses fiscales de deux manières : une nouvelle réduction du plafond global, et une réduction de 10 % pour certains avantages fiscaux. La loi de finances pour 2011 s'inscrit dans la ligne droite de sa prédécesseure de 2009. De la même manière, elle vient durcir davantage encore le plafond global. Ce dernier passe de 20 000 à 18 000 euros avec un taux de la part variable de 8 % à 6 %. Il convient cependant de préciser que ce plafond ne tient pas compte des investissements

dans le cadre de la Loi Scellier ou Scellier Meublé<sup>28</sup> ni des investissements locatifs en Outre-Mer pour lesquels une promesse d'achat ou une déclaration d'ouverture de chantier a été faite avant le 1er janvier 2010.

Pour ne pas pénaliser les opérations engagées par les contribuables en 2010, seuls les investissements réalisés à compter du 1er janvier 2011 sont donc soumis à ce nouveau plafond. Les investissements réalisés en 2010 restent soumis au plafonnement en vigueur pour 2010 (20 000 € + 8 %).

Cependant, ce plafonnement n'aura vocation à s'appliquer qu'après la réduction de 10 % de certains avantages fiscaux.

La loi de finance pour 2011 applique une réduction globale de 10 % pour les réductions crédits d'impôts qui entrent dans le champ d'application du plafonnement global.

La loi de finances 2011 aura vocation à s'appliquer aux impositions des revenus 2011 (déclaration 2012) pour des dépenses payées à compter du 1er janvier 2011 (IX, art. 105). Cependant, des dispositions d'entrée en vigueur différée sont prévues afin d'éviter tout effet rétroactif susceptible de pénaliser les décisions d'investissement immobilier prises avant le 1er janvier 2011.

En conséquence, comme nous l'avons exposé ci-dessus, les assujettis ayant vocation à bénéficier par exemple de réductions d'impôt au titre de leurs investissements fait jusqu'au 31 décembre 2010, pourront jouir des reports et étalements de réduction d'impôt sur les déclarations prochaines. Par exemple, si un particulier investit dans un logement neuf en dispositif Scellier avant le 1er janvier 2011, il continuera à bénéficier de l'avantage existant lors de son investissement.

Cette réduction de 10 % a vocation à s'appliquer à la fois aux taux des crédits et réductions d'impôts concernés par cette dernière ainsi qu'au plafond d'imputation de ces avantages lorsqu'il est

27 L. fin. 2010, n° 2009-1673, 30 déc. 2009.

28 Loi Bouvard.

légalement prévu. Lorsqu'un plafond commun est applicable à certains de ces avantages, ce plafond commun est aussi réduit de 10 %.

Néanmoins, deux plafonds ne sont pas concernés par cette réduction. En effet, le plafond global prévu à l'article 200-OA du CGI ainsi que les plafonds de dépenses des différentes réductions d'impôts et crédits d'impôt visés ne sont pas concernés.

Le bouclier fiscal prévu à l'article 1649-O A du Code général des Impôts prévoit un droit à restitution pour chaque contribuable concernant la fraction des impositions directes (impôt sur le revenu...) excédant un certain pourcentage de ses revenus (50 %).

Pour l'application de ce droit à restitution, l'impôt sur le revenu qui aura vocation à être retenu sera celui déterminé après imputation des réductions et crédits d'impôt concernés compte tenu des taux et des plafonds applicables avant la réduction globale de 10 %. En effet, le texte exclut de ce droit le complément d'impôt consécutif à l'application de la réduction de 10 %.

Dans certains cas, le contribuable aura pu réaliser des investissements dont la réalisation intervient en 2011, alors que sa décision d'investir a eu lieu avant le 1er janvier 2011. Afin de ne pas injustement pénaliser de tels investissements, des modalités particulières d'entrée en vigueur du nouveau plafond sont prévues pour certains investissements immobiliers (en métropole ou outre-mer).

La loi du 28 décembre 2010 de programmation des Finances publiques pour les années 2011 à 2014<sup>29</sup> a été publiée au journal officiel. Cette loi de programmation est le support de la stratégie de redressement des finances publiques. Les lois de Finances et la loi de Financement de la sécurité sociale pour 2011 constituent les premières étapes de mise en oeuvre de cette stratégie. Ce texte met en oeuvre, pour la deuxième fois, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a instauré cette nouvelle catégorie de loi. Il définit les orientations pluriannuelles des finances publiques pour quatre ans.

Cette loi à trois objectifs : fixer le volume de croissance de la dépense publique, détailler la programmation du budget triennal, et déterminer les règles de progression des crédits de l'État. Selon cette loi, les mesures créées devront permettre, d'ici quatre ans, de diminuer le déficit public de 7,7 % du PIB à 6.6 % en 2011 et 2 % en 2014, notamment par l'effort de suppression des niches fiscales. En outre, jusqu'en 2013, les dépenses de l'État devront être stabilisées en valeur hors charge de la dette et pensions. L'objectif est que la dépense de l'État reste légèrement inférieure à l'inflation.

Enfin, ce projet de loi de programmation définit trois nouvelles règles de gouvernance.

Ces nouvelles règles sont les suivantes :

- utilisation de l'ensemble des surplus de recettes constatés à la réduction des déficits publics,
- engagement du gouvernement sur un montant de recettes minimum à atteindre chaque année grâce aux mesures de suppression de niches fiscales et sociales,
- interdiction aux entités dépendantes de l'État de recourir à l'endettement pour contourner les disciplines budgétaires.

En conclusion, la chasse aux dépenses fiscales semble bel et bien ouverte. La tendance enclenchée en 2006 s'est clairement confirmée par la loi de finances 2011. Cependant, pour aboutir à un assainissement pertinent et minutieux des dépenses fiscales, il est nécessaire d'adopter une définition précise de ces dernières, ce que n'a pas manqué de rappeler la Cour des comptes dans son récent rapport. Ainsi, en s'attaquant aux nombreuses niches parsemant le paysage fiscal français, le législateur devra nécessairement dans les prochaines années apporter une définition plus convaincante des dépenses fiscales, sous peine de mener une réforme hasardeuse et en manquant d'efficacité.

<sup>29</sup> Loi n°2010-1645 de programmation des Finances publiques pour les années 2011 à 2014

## Le pas de deux de la politique actuelle de la France en matière conventionnelle

Pauline MULLER, Master II Fiscalité de l'entreprise

Morgan GUILLOU, Transfer Pricing and Europe Tax Manager, Dassault Systèmes

**Un vent de modernité et de renouveau souffle désormais sur la politique conventionnelle engagée par la France, mais des points de régression et de durcissement dans l'application de ce réseau conventionnel subsistent toujours.**

Dans une économie mondialisée où les échanges commerciaux et les relations financières entre les États se sont accrus, la mise en place d'un réseau constitutionnel fiscal étendu et reconnu par ses partenaires commerciaux est un enjeu clé. Il est aussi l'un des derniers attributs de la souveraineté des États au plan européen, confirmé par la jurisprudence de la CJUE en ce que celle-ci a jugé à plusieurs reprises que le droit communautaire ne permettait pas de remédier aux conséquences favorables découlant des termes d'une convention fiscale bilatérale laquelle résulte de l'exercice parallèle par deux États membres de leurs compétences fiscales<sup>1</sup>.

Les conventions fiscales sont des instruments bilatéraux dont l'objectif est d'éliminer les situations de double imposition. Elles prévoient en conséquence la répartition du droit d'imposer et les modalités pratiques permettant d'éviter la double imposition. Ainsi, elles conduisent les États à encadrer et limiter volontairement leurs prérogatives dans l'objectif généralement de faciliter le commerce international.

Le réseau conventionnel fiscal de la France apparaît à l'heure actuelle comme l'un des plus étendus du monde. Selon les termes repris par un rapport parlementaire récent, la France « a le premier réseau au monde » et « a dépassé les Anglais »<sup>2</sup>. Seuls quelques États d'Amérique centrale et du Sud, no-

tamment le Paraguay et le Pérou, certains États d'Afrique centrale et orientale et, de façon plus résiduelle, d'Asie (Afghanistan, Népal, Birmanie, Cambodge) ne sont liés avec la France par aucune convention fiscale internationale. Le nombre de conventions fiscales internationales conclues par la France s'élèverait à près de 147.

Poussés en cela par les acteurs privés qui tendent à s'organiser, les pouvoirs publics affichent à présent des objectifs clairs, économiques plus que budgétaires, le but étant de favoriser la compétitivité des entreprises françaises<sup>3</sup>. Dans une optique de renouveau et de modernisation conventionnels<sup>3</sup>, la France souhaite maintenir ce réseau important et renégocier les textes en vigueur avec ses principaux partenaires commerciaux.

La France affiche indéniablement une ambition de progrès et de modernité, tant par le contenu des conventions qu'elle signe que par le choix de ses interlocuteurs. Toutefois, celle-ci se heurte à certaines situations méconnues et surprenantes, ayant touché au premier chef des pays européens : nous aborderons notamment le choix de la renégociation d'une convention via sa dénonciation ou encore le durcissement et la remise en cause de bénéfiques conventionnels au nom de la lutte contre la fraude fiscale.

1 Cf. CJCE arrêt du 14 novembre 2006, aff. C-513/04 époux Kerckhaert-Morres, Rec. p. I-10967 et, pour une confirmation de cette jurisprudence, arrêt du 6 décembre 2007, Columbus Container Services aff. C-298/05, Rec. p. I-10451.

2 Cf. Rapport au Président de la République sur l'Attrait de la France pour les investisseurs étrangers du Député Paul Giacobbi, 15 avril 2010 – Tome II p. 143

3 Rapport précité Tome II p. 142

4 Rapport précité Tome II p. 143 ; telle est la tendance des trois à quatre dernières années

Ainsi, on peut s'interroger : quelle importance donner à ces situations divergentes? Dans quelle mesure la politique conventionnelle actuelle française s'inscrit-elle entre progression et régression ?

En effet, nous verrons qu'animée par un certain dynamisme et par une volonté de modernisation dans la lignée des propositions de l'OCDE (I), la politique conventionnelle française est également victime de situation de blocage et durcit son application dans un objectif de lutte contre la fraude fiscale (II).

## I) Une politique conventionnelle résolument moderne guidée par l'OCDE

La France a évolué sur la scène internationale en termes de réseau conventionnel (A), comme en témoignent les modifications clés de ces dernières années (B).

### A - Le positionnement de la France en termes de réseau conventionnel : le modèle de convention fiscale « à la française »

Cela fait plus de cinquante ans que l'OCDE rédige des modèles de conventions fiscales non contraignants qui guident les pays dans la négociation et l'interprétation de leurs conventions fiscales bilatérales<sup>4</sup>. Aujourd'hui, plus de 3 000 conventions fiscales dans le monde s'en inspirent. La France a adopté un « modèle conventionnel » à présent uniformisé, tendant à se rapprocher de celui de l'OCDE. Cette dernière souhaite évoluer vers un maillage conventionnel compétitif au regard des autres pays. Pour cela, elle suit les lignes directrices du modèle OCDE tout en gardant ses particularités.

Tout d'abord, l'une des tendances communes que l'on retrouve dans les conventions signées par la France est l'abaissement des taux de retenue à la source de 0% sur les revenus passifs (intérêts et redevances). Cet objectif est suivi, tout comme les retenues à la source ramenées à 5% ou 15% sur les dividendes.

La France a également prévu des dispositifs cohérents avec la forme juridique utilisée par les investisseurs. Les fonds de pension et les fonds d'investissement bénéficient expressément, dans plusieurs cas notables, des dispositions conventionnelles (Japon, Pays-Bas, Royaume-Uni pour le traitement fiscal des dividendes). Les sociétés de personnes sont qualifiées d'entités fiscalement transparentes et traitées dans de nombreux cas comme des résidents fiscaux, bénéficiaires des conventions. Toutefois, une spécificité française est à noter puisqu'une « clause type » pour les sociétés de personnes est insérée dans la plupart des cas, dont la rédaction est assez souple au cas où la législation française évoluerait vers une transparence fiscale de ces structures.

De plus, l'une des priorités de l'OCDE fut de faciliter le recours à une procédure amiable permettant de prévoir un arbitrage<sup>5</sup>. La France a adopté cette nouvelle politique de l'OCDE en prévoyant dans ces conventions un arbitrage obligatoire en cas de double imposition, avec obligation de résultat. Il a été notamment prévu à l'article 26 des nouvelles conventions conclues avec les États-Unis et le Royaume-Uni.

Enfin, on note une volonté généralisée de sécuriser la taxation à la source des revenus immobiliers et de prévoir un principe général d'imposition dans l'État de situation des immeubles des plus-values immobilières, y compris lorsque celles-ci sont réalisées par l'intermédiaire d'une entreprise. La France s'inscrit également dans cette lignée d'États qui s'engagent à lutter efficacement contre l'évasion fiscale, aussi bien d'un point de vue interne que d'un point de vue international. Elle œuvre dans le sens de l'insertion systématique de clauses de bénéficiaire effectif ou clauses anti-abus ainsi que pour la multiplication des accords d'échanges de renseignements.

Ces standards conventionnels préconisés par l'OCDE ont été mis en application par la France lors de la signature récente de conventions nouvelles ou simplement modernisées.

5 Cf. [http://www.oecd.org/document/55/0,3746,fr\\_2649\\_33747\\_41354487\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/55/0,3746,fr_2649_33747_41354487_1_1_1_1,00.html) dernier modèle de convention en ligne : 1er septembre 2010

6 Ajout d'un §5 à l'article 25 (élimination des doubles impositions) dans la convention modèle OCDE mise à jour en 2008 afin de prévoir un arbitrage avec obligation de résultat

## B - Les modifications clés de ces dernières années guidées par le modèle de convention de l'OCDE

Dans un objectif d'assistance administrative et de lutte contre la fraude fiscale, la France conclut de plus en plus de nouvelles conventions et met à jour son réseau conventionnel régulièrement. Nous avons choisi de nous intéresser à deux conventions en particulier qui nous semblaient représentatives de ce mouvement : la mise à jour de la convention entre la France et les États-Unis et la nouvelle convention liant la France au Royaume-Uni. Elles reprennent les dernières dispositions développées dans la convention modèle de l'OCDE et tentent d'appliquer au plus près les préconisations de l'organisation. Les principaux changements communs aux deux conventions seront abordés.

Le 19 juin 2008, une nouvelle convention a été signée entre la France et le Royaume-Uni ayant vocation à se substituer à la précédente en vigueur depuis le 22 mai 1968. Le 13 janvier 2009, la France et les États-Unis ont signé un nouvel avenant à la convention fiscale qui les liait depuis 1994<sup>6</sup>. Ces modernisations ont été initiées par la France dans un souci de compétitivité fiscale face à ses voisins européens. Elles étaient nécessaires afin de se rapprocher avec le modèle de convention de l'OCDE, mais aussi pour tenir compte des évolutions des législations fiscales internes des deux États signataires.

Les praticiens auront relevé l'insertion d'une clause d'arbitrage à l'article 26 de l'avenant. La convention France-États-Unis est l'une des premières conventions signées par la France à faire état de cette obligation. Conforme à la convention modèle OCDE, cette clause devenue obligatoire apporte une garantie supplémentaire pour les contribuables concernés lorsque les États ne parviennent pas à un accord trois ans après l'ouverture d'une procédure amiable. Cette procédure est relativement longue puisqu'un délai maximum de 6 ans peut s'écouler entre l'évènement à l'origine du désaccord et sa résolution par voie d'arbitrage. D'application plus large que la convention européenne d'arbitrage, elle a été adaptée pour permettre l'articulation entre la procédure

d'arbitrage conventionnelle et la procédure prévue par la convention européenne d'arbitrage. La France se distingue ici dans le réseau conventionnel des États-Unis, puisque seuls le Canada, l'Allemagne et la Belgique ont mis en œuvre une telle clause dans leurs relations conventionnelles transatlantiques<sup>7</sup>.

Une autre disposition plus complexe de l'avenant mérite selon nous d'être abordée et concerne la clause de limitation des avantages de la Convention, dite « *clause LoB* » (« *Limitation of Benefits* »). C'est une clause particulière, similaire aux clauses insérées dans les conventions fiscales conclues par les États-Unis avec d'autres pays européens, mais qui ne figure ni dans la convention modèle OCDE, ni dans le « modèle français » de conventions. Les entités résidentes doivent remplir certains critères pour bénéficier des avantages de la convention.

Enfin, les deux conventions comportent des dispositions nouvelles relatives aux sociétés de personnes transparentes, dites « *partnerships* » et aux sociétés de personnes translucides. La notion française traite les sociétés de personnes comme des entités résidentes et translucides. Ce régime, sans équivalent à l'étranger, fait obstacle à la pleine reconnaissance par la France de la transparence fiscale des sociétés de personnes étrangères, notamment des *partnerships*. Aux termes de l'article 4 des conventions, les sociétés de personnes translucides sont ainsi qualifiées de résidentes fiscales conventionnelles afin de garantir leur accès aux bénéfices conventionnels.

Ainsi, le réseau conventionnel français tend à s'uniformiser et à s'actualiser pour plus d'efficacité, dans une volonté affichée de sécuriser et d'attirer les investissements étrangers.

## II) Des situations atypiques de blocage et les éléments de durcissement de la politique conventionnelle française

On peut constater des points de régression dans

7 Convention entrée en vigueur le 30 décembre 1995 (Avenant antérieur daté du 8 décembre 2004 et entré en vigueur le 21 décembre 2006). Entrée en vigueur de ce dernier avenant : 23 décembre 2009 – Instruction 14 A-6-10 du 2 septembre 2010

8 Source : <http://www.irs.gov/businesses/international/article/0,,id=231946,00.html>

la politique conventionnelle menée par la France comme l'illustre la dénonciation de la convention France Danemark (A), mais également des points de durcissement liés à une volonté de lutter contre la fraude fiscale internationale (B).

## **A- La dénonciation de la convention France Danemark : les implications liées à une situation de vide juridique**

Le 10 juin 2008, le gouvernement danois a notifié à la France sa décision de mettre fin à la convention les liant depuis le 8 février 1957. Bien que redoutée, cette situation est inédite. Déjà dans les années 1980, le Danemark avait souhaité la renégociation de la convention à propos notamment du régime appliqué par la convention aux salariés danois devenant résidents français lors de leur retraite. Le gouvernement danois était dans son droit de résilier la convention le liant à la France puisque « conformément aux stipulations de l'article 28 de chaque convention fiscale internationale, chacun des deux États peut notifier à l'autre partie, dans le premier semestre de chaque année, son intention de mettre fin à la Convention. La convention cesse alors de produire ses effets à partir du 1er janvier de l'année suivant la date de notification »<sup>8</sup>. En l'espèce, cette dénonciation a pris effet le 1er janvier 2009.

D'aucuns ont pu s'interroger sur ce qui a pu amener le Danemark à aboutir à une telle solution. Celle-ci est intervenue à la suite d'une période de négociation et a inauguré une méthode dite « brutale » de renégociation portant sur des enjeux majeurs de doubles exonérations, à distinguer du cas du Luxembourg où une négociation « douce » a permis la signature d'un avenant<sup>9</sup>.

La question des pensions privées de retraités danois domiciliés en France pour leur retraite a été un point de désaccord lors de la renégociation. La dénonciation a rendu exigible la retenue à la source danoise sur les pensions des non-résidents, qui étaient anté-

rieurement exonérées d'impôt danois dans le cadre de la convention.

Un second point sensible fut la question des revenus d'actifs immobiliers. Antérieurement à la dénonciation, les revenus d'immeubles français perçus par un résident danois obéissaient à un régime distinct, selon que le bénéficiaire était une personne physique ou une entreprise. Les personnes physiques étaient imposées en France mais pas les entreprises, ce qui s'avérait être un régime fiscal attractif pour ces dernières (si du moins les immeubles n'étaient pas rattachables à un établissement stable français). En vertu des articles 164 B et 244 bis A du Code Général des Impôts, les revenus immobiliers des personnes physiques et morales sont imposables en France selon les règles ordinaires applicables aux contribuables non résidents.

D'une manière générale, cette dénonciation emporte pour conséquence que les résidents de l'un des deux États recevant des revenus ayant leur source dans l'autre État seront imposés conformément au droit interne de l'État de source de ce revenu.

Pour le moment, la signature d'une nouvelle Convention n'est pas prévue à court terme. Afin de régler cette situation en suspens, le gouvernement a publié une instruction le 2 août 2010<sup>10</sup>. Cette instruction précise les conséquences de la dénonciation et apporte des solutions visant à atténuer les éventuels frottements fiscaux susceptibles d'en résulter. Son objectif visant à tempérer sur certains points les conséquences de ce vide juridique semble atteint. Ainsi, depuis le 1er janvier 2009, l'impôt prélevé au Danemark sur certains revenus de source danoise ouvre droit à un crédit d'impôt égal au montant de l'impôt effectivement acquitté au Danemark, imputable sur l'impôt dû en France au titre desdits revenus, majorés du montant de l'impôt prélevé au Danemark, dans la limite de l'impôt français dû au titre de ces revenus. Quant aux résidents fiscaux français percevant des revenus de source danoise, l'octroi d'un crédit d'impôt

8 Note diplomatique précitée du 10 juin 2008 – Instruction 14 B-2-10 du 29 juillet 2010 §3 citant l'art.28 convention France Danemark de 1957

9 Avenant du 24 novembre 2006

10 Instruction 14 B-2-10 du 29 juillet 2010

dérogatoire égal à l'impôt supporté au Danemark et imputable sur l'impôt dû en France est accordé.

Des enseignements généraux sont à tirer de l'exemple franco-danois : malgré les risques d'insécurité juridique indéniables qu'elle comporte, on peut penser que la résiliation, plutôt que la renégociation d'une convention, est une éventualité plus certaine et ne restera pas une exception, notamment dans des situations où certains pays refuseraient d'appliquer ou de renégocier les clauses d'assistance administrative.

## **B - Les éléments de durcissement d'application des conventions: la lutte contre la fraude fiscale internationale**

Depuis le sommet du G20 à Londres en 2009, l'OCDE, suivie par les États du G20, affiche une volonté grandissante de renforcer la coopération fiscale et de lutter plus efficacement contre la fraude et l'évasion fiscale internationale. La France s'est distinguée dans ce domaine en essayant de se conformer au maximum aux standards du modèle OCDE et en renforçant sa législation interne applicable aux « paradis fiscaux ».

D'un point de vue conventionnel, la France a axé sa démarche sur l'amélioration des accords d'échanges de renseignements. Cela constitue un pan essentiel de sa politique actuelle : *le Rapport annuel du gouvernement portant sur le réseau conventionnel de la France en matière d'échange de renseignements*<sup>11</sup> cite ainsi douze accords d'échanges signés en 2009 et six avenants. Parmi les États cosignataires d'une convention fiscale internationale avec la France, seuls trois n'ont pas signé de tels accords à l'heure actuelle. Ces accords d'échange de renseignements s'étendent bien au-delà des conventions fiscales puisque ces accords se concluent également avec les États et territoires considérés comme non coo-

pératifs (ETNC).

On notera à ce titre que, le 3 juin 2009, a été signé un avenant à la convention franco-luxembourgeoise concernant la levée du secret bancaire<sup>12</sup>. Cette nouvelle disposition est suffisamment exigeante pour être relevée. Elle requiert d'une part, une absence complète de restrictions à l'échange de renseignements motivées par le secret bancaire ou par l'intérêt fiscal national et, d'autre part, la possibilité d'accéder à des renseignements fiables dans la plus grande confidentialité quant à la nature des impôts et des personnes visés. Cette avancée des autorités françaises et luxembourgeoises s'inscrit dans un mouvement en pleine expansion de coopération en matière d'échange d'informations fiscales et place la France à l'avant-garde d'un tel mouvement.

Par ailleurs, la démarche adoptée est beaucoup plus large que le simple développement de l'échange de renseignements : d'autres angles d'attaque ont été pris et certaines notions essentielles, telles que celles de résidence fiscale et de bénéficiaire effectif, ont été redéfinies.

Nul ne peut exclure qu'interprétées à l'aune de la jurisprudence interne française<sup>13</sup>, ces modifications conventionnelles auront pour conséquence de rouvrir le débat sur la notion de substance et de fraude à la loi dans le cadre de transactions transfrontalières. Si le juge français était amené à statuer sur ces dispositions nouvelles, le spectre de l'incompatibilité avec le droit communautaire<sup>14</sup>, tel qu'il a déjà été largement débattu puis clos au sujet de l'ancien article 209.B du Code général des Impôts, pourrait ressurgir avec des pays européens tels que le Luxembourg ou la Suisse et ainsi fragiliser les récents avancements avec ces derniers.

Le mouvement de fond est celui de la modernisation et de la construction d'un réseau conventionnel fort et progressiste, largement supporté et travaillé en re-

11 Annexe à la Loi de Finances pour 2011

12 Cf. Décret n° 2011-109 du 27 janvier 2011 <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?jsessionid=?cidTexte=JORFTEXT000023491225&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id>

13 Cf. CE 18 février 2004 Pléiade req n°247729 - CE 18 mai 2005 Sagal req n° 267087 - CE 27 septembre 2006 Janfin req n°260050

14 Cf. CJCE Cadbury Schweppes Aff. 196/04 du 12 septembre 2006 - Rec. p. I-07995

# FISCALITÉ INTERNATIONALE

lation avec les acteurs économiques. Désormais, les enjeux dans un contexte de crise semblent être les problématiques propres à certains pays émergents (Chine, Inde, Brésil, Afrique du Sud). Nous pensons notamment aux retenues à la source sur les revenus spécifiques ou de droit interne qui ne sont pas visés par les conventions et la notion toujours plus large d'établissement stable. Plus généralement, la question de l'utilisation effective du crédit d'impôt prévu à l'article 23 B du modèle de convention OCDE (juillet 2010) en cas de pertes<sup>15</sup> se dessine comme un sujet majeur dans le contexte actuel.

---

15 Cf. CEDH Buffalo SARL c/Italie du 3 juillet 2003 Aff. 38746/97 : « certains praticiens soulèvent ainsi une incompatibilité avec les dispositions de la Convention Européenne des Droits de l'Homme sur cette question particulière »



## La difficile évaluation des biens incorporels en matière de prix de transfert : quelles solutions aujourd'hui ?

Bahor AZADEH, *Master II Fiscalité de l'entreprise*

Emmanuel DINH, *Docteur en droit*

**Si la détermination du prix de pleine concurrence pour les transferts de biens corporels n'est pas forcément aisée, la détermination de ce prix pour les biens incorporels relève presque de l'art divinatoire.**

Les biens incorporels concernés par ces échanges se composent, d'une part, des biens incorporels commerciaux comme les marques, et d'autre part, des biens incorporels technologiques ou manufacturiers comme les brevets.

Pourquoi l'évaluation d'un bien incorporel est-elle délicate ?

Il est important dans un premier temps d'identifier les différents contextes dans lesquels la question de l'évaluation des biens incorporels se pose. L'évaluation a lieu soit lors de la cession de l'incorporel, auquel cas c'est la valeur absolue de l'incorporel qui est recherchée, soit dans le cadre d'une concession de licence d'exploitation du bien. Le cas typique est celui d'une société propriétaire de l'actif incorporel qui transfère son exploitation à une filiale. La contrepartie sera le paiement de redevances à la société propriétaire. Ces redevances correspondent à un pourcentage du gain dégagé par l'incorporel, appelé surprofit ou « *goodwill* ».

Le calcul de cette survaleur est loin d'être aisé. Un certain flou entoure cette notion, ce qui permet à certaines sociétés de verser des redevances excessives et injustifiées dans le but de transférer le bénéfice imposable vers un Etat à fiscalité plus faible, où est incorporée la société à l'actif de laquelle les biens sont inscrits. Cette incertitude s'explique par le fait que chaque actif incorporel a des caractéristiques propres selon son domaine (un brevet unique en son genre ou un brevet qui améliore des procédés déjà existants), selon le pays concerné (une marque française n'aura pas la même renommée en

France qu'à l'étranger), et selon le temps écoulé (la durée de protection d'un brevet ou le cycle de vie d'une marque). Ces facteurs affectent la valeur de l'incorporel.

Les chapitres VI et VIII des principes OCDE en matière de prix de transfert traitent du sujet tout en restant lacunaires sur certains points. L'organisation a donc lancé au début du mois de janvier 2011 un groupe de travail sur l'évaluation des incorporels en matière de prix de transfert. Une consultation préalable de grande envergure a été réalisée auprès des praticiens confrontés à cette problématique depuis de nombreuses années, dont le résultat a été rendu public à l'automne 2010. Elle a pour but de guider les travaux de l'OCDE en la matière.

La détermination des facteurs de la valorisation des incorporels rend délicate la justification des redevances (I) et se heurte aux problèmes de la pratique sans que l'OCDE ne soit en mesure de venir clarifier le sujet (II).

### I) La délicate justification des redevances au regard du prix de pleine concurrence ...

Le juste prix des redevances est défini en France aussi bien par l'administration que par le juge (A). L'influence de l'OCDE permet de dissocier deux méthodes principales : la méthode des comparables et la méthode du bénéfice partagé (B).

## A) Le droit positif : la juste détermination des redevances

L'évasion fiscale en matière de prix de transfert des actifs incorporels consiste, pour une société française concessionnaire d'une licence d'exploitation d'un brevet ou d'une marque, à verser des redevances dans un pays à fiscalité privilégiée. Le risque pesant sur cette pratique réside dans la réintégration dans les résultats imposables de la société de la fraction considérée comme excessive.

Seules les redevances excessives dans leur *quantum* ou injustifiées dans leur principe sont sanctionnées. Les entreprises peuvent justifier le paiement de redevances pour l'exploitation d'un brevet par l'importance des frais de recherche et d'expérimentation supportés, ou encore par le coût et la valeur de l'assistance lors de son exploitation (l'assistance technique pouvant consister en un déploiement de personnel chez la société exploitante).

Pour justifier le caractère non excessif et non injustifié des redevances, la jurisprudence pose comme critère l'existence d'une contrepartie. L'arrêt Caterpillar est un exemple de situation où le caractère excessif des redevances n'était pas caractérisé puisque la filiale française apportait la preuve que les services de la société américaine étaient justifiés et que le taux de la redevance supportait la comparaison avec d'autres groupes (CE 25 octobre 1989, Sté Caterpillar France).

La charge de la preuve du caractère excessif des redevances est supportée par l'administration. Le caractère excessif des redevances est présumé dans le cas où la société destinataire des redevances est située dans un ETNC. Dans le cas contraire, la preuve n'est pas aisée.

## B) Les méthodes OCDE : la méthode des comparables et la méthode du bénéfice partagé

Il est important de noter que les méthodes préconisées par l'OCDE sont des méthodes *financières*. C'est en général le comptable et l'analyste financier qui évaluent l'incorporel. Le fiscaliste s'interroge de manière plus incidente en matière de prix de transfert dans le cadre de transactions particulières.

Le prix de pleine concurrence doit correspondre au prix du marché, soit le prix qui aurait été fixé dans les conditions normales du marché entre entreprises indépendantes. L'analyse de comparabilité se fera au niveau des transactions en cause, d'une part entre les deux sociétés au sein du groupe et d'autre part entre la société du groupe concerné et une société tierce dont l'activité concerne le même marché.

La première méthode préconisée par l'OCDE est celle de la méthode du prix comparable sur le marché libre (« CUP : *Comparable Uncontrolled Price* »). Un même propriétaire transfère des biens incorporels comparables ou en a cédé la licence dans des conditions comparables à celles qui auraient été mises en œuvre avec des entreprises indépendantes.

La difficulté de l'analyse de comparabilité réside dans les différents facteurs à prendre en compte. Pour les brevets, l'analyse devra prendre en considération sa nature (un brevet de produit ou de procédé). Seront aussi intégrés dans la valorisation de l'actif le degré et la durée de la protection de l'incorporel qui varient selon les pays où il a été enregistré, faute d'harmonisation en la matière. Il faut aussi prendre en compte le fait qu'un brevet totalement innovant rendra les autres obsolètes et aura une valeur supérieure à un brevet qui se contente d'améliorer une invention déjà existante. Sont par ailleurs à prendre en compte les restrictions à l'exportation des biens en vertu du brevet ou de la marque, le caractère exclusif ou non du droit exercé, les travaux qui sont nécessaires au développement du bien sur le marché, ou encore le réseau de distribution du licencié.

La seconde méthode, la plus fiable économiquement, est la méthode de partage des bénéfices (« *Profit Split* »). L'OCDE préconise son utilisation lorsque les autres méthodes sont impossibles à appliquer, notamment lorsqu'il est difficile d'identifier des comparables sur un marché, ce qui est souvent le cas avec les actifs incorporels. Elle consiste à déterminer dans un premier temps le bénéfice total résultant des échanges entre entreprises associées. Ce profit consolidé se compose en deux éléments. D'une part, un profit attribuable à l'exploitation par la société concessionnaire de l'actif incorporel, so-

ciété qui a des fonctions dites de « routine » et qui touche une rémunération ; d'autre part, le fameux « surprofit » généré par l'incorporel (un produit qui a un prix plus élevé grâce à la marque ou un produit dont la technologie augmente son prix) mais aussi grâce à l'organisation de la société cessionnaire (ressources humaines, finance, maîtrise de son marché, etc.). La méthode consiste donc à calculer les redevances sur la base des bénéficiaires qui reviennent à chacune des deux entités. Dès lors, le surprofit est soit pour l'une, soit pour l'autre. Il peut aussi être réparti entre le routinier (celui qui n'exploite pas) et celui qui exploite (valeur anticipée ou réelle du profit). Cette méthode a l'avantage du pragmatisme puisqu'elle reflète la réalité des transactions intragroupes. Elle est cependant difficilement applicable comme nous le verrons plus loin.

Toutefois, aucune de ces méthodes n'est parfaite. C'est ce que révèle la pratique et qui nourrit aujourd'hui la réflexion du groupe de travail mis en place par l'OCDE.

## **II) ...se heurte aux réalités de la pratique et aux lacunes des dispositifs.**

Les méthodes OCDE ne sont pas satisfaisantes car elles entraînent de nombreuses difficultés (A), difficultés que l'organisation se propose de résoudre (B).

### **A) Les problèmes issus des méthodes de détermination**

Les méthodes présentées plus haut posent certaines difficultés.

La méthode CUP, bien qu'elle soit la plus simple, pose un problème de bon sens : certains facteurs d'évaluation sont propres à chaque entreprise et ne sont pas comparables, comme par exemple la renommée du propriétaire de la marque, ses efforts de promotion afin de la maintenir sur le marché ou les limites géographiques d'exercice du brevet ou de la marque.

Autre difficulté : la question de la disponibilité des informations permettant une analyse comparable. Prenons l'exemple d'un brevet : s'il est unique dans son domaine, à quoi peut-on le comparer ? S'ajoute à cette complication la question du secret industriel.

Plus complexe concernant la méthode de « *Profit Split* » : prenons l'exemple d'une marque ; le plus souvent elle ne se suffit pas à elle-même. Il y a un « *background* », un savoir-faire technique très particulier. Une marque automobile peut être synonyme de fiabilité technique. Dans un autre cas, ce « *background* » correspondra à l'organisation du groupe : la promotion d'une marque, le financement du département de recherche et développement, etc...

Cette différenciation a attiré l'attention de l'administration fiscale. Lorsqu'une entité locale a une activité de routinier qui n'apporte pas de valeur à l'incorporel, le surprofit dégagé par l'entité liée est entièrement reversé à la société mère sous forme de redevance tandis que l'entité locale conservera uniquement la rémunération qui lui est attribuée. Or, depuis quelques temps, l'administration remet en cause la méthode de « *Profit Split* » en invoquant le fait que le marketing local constitue un facteur de détermination de la valeur de l'incorporel. Il est vrai qu'une marque d'une entreprise française ne peut prospérer sur le marché espagnol, par exemple, si la filiale locale n'a pas promu la marque grâce à un effort marketing et publicitaire accru. De ce fait, l'administration soutient que le surprofit réalisé par l'entité liée dû à l'incorporel doit en partie être conservé par l'entité locale et non reversé en totalité à la société mère. Cet argument est plus facile à invoquer par l'administration qu'une remise en cause frontale de la valeur de l'incorporel. Toutefois, il est très difficile en pratique pour l'administration fiscale de remettre en cause la valeur même du surprofit dégagé par l'incorporel. Comment justifier avec une documentation habilement délivrée que le surprofit n'est pas de 10 mais de 5 ?

Une dernière subtilité illustrera la complexité de la situation : même si l'évidence d'un prix de transfert est avérée, l'administration fiscale n'a pas les armes en main pour justifier un redressement. Il s'agit classiquement du cas de la création d'une usine à l'étranger par un industriel de technologies de pointe, qui envoie pendant plusieurs années du personnel de la société d'origine pour former le personnel local. Au bout d'un certain nombre d'années, il ne reste plus aucune trace de la société française

à l'étranger mais tout le savoir-faire qui fait la renommée de la marque et qui s'appuie sur certains éléments incorporels propres a été transféré à la société étrangère. D'un point de vue fiscal, il y a eu un transfert de savoir-faire de la France vers l'étranger sans aucune contrepartie.

Pour l'administration, ce n'est pas un cas facile à démontrer car le transfert se fait de manière diffuse sur plusieurs années et ce, bien que le savoir-faire en question soit aisément identifiable.

## **B) L'illusion de la détermination d'une méthode préventive**

Les principes directeurs OCDE en prix de transfert sont largement repris par les membres de l'OCDE : on peut donc espérer que les travaux du groupe de travail mis en place récemment sur la valorisation des actifs incorporels seront profitables.

Il faut toutefois rappeler que la portée des règles OCDE ne concerne que ses membres, soit une trentaine d'Etats au total, au sein desquels certains les ignorent (en prix de transfert, c'est le cas du Brésil). Par ailleurs, si définition il y a, cela n'aura pas une valeur contraignante.

L'autre critique est le temps que mettra l'organisation pour s'accorder sur une méthode. Au moment où le groupe de travail rendra son rapport, il est

possible que de nouvelles problématiques apparaissent. Qui pouvait se douter il y a quelques années du poids de l'e-business, par exemple Facebook, marque qui représente 5,5 milliards de dollars en 2010 ?

D'une manière plus structurelle, l'OCDE a vocation à mettre en place des règles qui sont générales. Or, la problématique des prix de transfert (*a fortiori pour un incorporel*) est propre à chaque groupe.

Enfin, un outil de négociation *a priori* existe dans les législations internes. En France, il prend le nom d'accords préalables de prix de transfert (APP). Présenté comme un instrument de sécurité juridique pour les entreprises, l'accord permet en effet un accord sur la valorisation des prix de transfert dans un souci de développement du dialogue et de transparence entre l'administration et l'entreprise.

Des désavantages limitent aujourd'hui l'utilisation des APP par les entreprises, notamment le risque pour ces dernières de se voir opposer une réponse défavorable tout en ayant donné une documentation ayant un périmètre relativement large. Toutes ces raisons expliquent le succès très limité de la procédure.

## Prix de transfert et « management fees » : identification, justification et nécessité des services

Par Emeline DINPARAST, Master II Fiscalité de l'entreprise

Emmanuel DINH, Docteur en droit

**Les prestations de services intra-groupe en général, et les « management fees » en particulier, soulèvent des questions particulières en matière de prix de transfert.**

Les « *management fees* » (prestations de divers services de gestion facturées par une société mère à ses filiales) soulèvent d'importantes questions en matière de prix de transfert. De fait, ils permettent une délocalisation de matière imposable que les autorités fiscales des Etats dans lesquels sont implantées les filiales opérationnelles ne manqueront pas de contrôler avec la plus grande attention. Plus précisément, les « *managements fees* » soulèvent une triple difficulté d'identification, de justification et de nécessité du service fourni.

Il convient d'analyser tout d'abord l'identification d'un service (I). Par la suite, il sera opportun d'étudier les conséquences d'un contrôle fiscal au titre duquel la rémunération d'un service intra-groupe serait remise en cause (II).

### **I - Identification d'un service intra-groupe**

Les services intra-groupe relèvent d'une problématique particulière au regard des prix de transfert (A). L'identification et la nécessité d'un service sont indispensables afin de justifier un service rendu entre sociétés liées (B).

#### **A - Prix de transfert et services intra-groupe : une problématique particulière**

Les prix de transfert s'appliquent tout à la fois aux ventes de biens et de marchandises, et aux prestations de services intra-groupe. Globalement, il peut s'agir de la répartition de frais communs entre plusieurs sociétés du groupe, de la mise à disposi-

tion de personnes ou de biens, de concessions de licences d'exploitation de brevets ou de marques, de relations financières ou de services divers rendus par une entreprise liée à une autre entreprise du groupe.

La tendance est à ce que la société mère concentre les services communs au groupe (centre de service) et refacture les prestations de services à ses filiales. Cette méthode amène les sociétés liées à analyser la prestation rendue et le prix payé afin de répondre au standard « *arm's length* ».

La pratique des « *managements fees* » implique que les sociétés soient en mesure de justifier la réalité d'un service par le prestataire, la nécessité de celui-ci pour le bénéficiaire et, s'agissant de la rémunération, un prix de marché directement comparable avec celui qui aurait prévalu entre deux entreprises indépendantes.

#### **B - L'identification et la nécessité des prestations intra-groupe**

La nature et l'étendue des prestations de services pouvant être rendues par la société mère auprès de ses filiales sont variables, en fonction de la stratégie et de la physionomie du groupe. Les services peuvent se limiter à la qualité d'actionnaire de la société mère ou inversement être plus importants dans le cadre d'un groupe fortement centralisé ou intégré. Dans ce dernier cas, les services intra-groupe peuvent rassembler tout à la fois des fonctions de support, de formation, de commercialisation, de centralisation de trésorerie ou de gestion et de développement des éléments incorporels.

L'identification d'un service et donc de sa nécessité suppose de savoir si la société bénéficiaire, dans des circonstances similaires, aurait fait appel à une société indépendante ou si, au contraire, celle-ci aurait mobilisé uniquement ses ressources propres. En d'autres termes, il s'agit de caractériser un besoin pour la filiale, auquel le groupe aurait pu répondre en fournissant un service.

Il est également important de vérifier, si la nécessité du service est établie, que l'intervention ne fait pas « double emploi » avec ce que la société elle-même aurait pu mettre en œuvre. Pour l'administration fiscale, un doublon est susceptible de faire obstacle à la justification du service rendu et justifier la réintégration des sommes déduites.

Les liens de dépendance entre sociétés ne dispensent pas ces dernières de conclure des contrats de prestations. Au contraire, la formalisation d'un contrat est indispensable aux fins de justifier le service. Par ailleurs, cela permet de mettre en évidence les méthodes, la description des services et les obligations réciproques des sociétés prestataire et bénéficiaire. La sécurité juridique a toutefois un prix : son coût administratif. En revanche, l'avantage considérable est la traçabilité pour l'audit interne permettant ainsi au groupe d'avancer des éléments probants en cas de contrôle fiscal. Néanmoins, l'absence de contrat ne doit pas laisser penser qu'aucun service intra-groupe n'ait été rendu.

Dès lors que le service intra-groupe est identifiable et nécessaire, il convient de déterminer un prix devant répondre au principe de pleine concurrence, sous peine d'encourir un redressement de la fraction du prix qui serait considérée comme excessive.

## **II - La détermination du prix du service rendu, un élément propice au contrôle fiscal**

Le prix de la prestation de service rendue doit se déterminer dans le respect du principe de pleine concurrence (A). Dans le cas contraire, l'administration fiscale se réserve le droit de rectifier les résultats déclarés lorsque des bénéfices ont été transférés de cette manière à l'étranger (B).

### **A - L'analyse de la rémunération du service rendu au regard du prix de marché**

La question de la valorisation des prestations de services est particulière dans la mesure où il s'agit d'une prestation unique et précise. La comparaison ou le rapprochement avec les transactions sur le marché libre peuvent être complexes dans la mesure où les fonctions supports sont, dans certaines situations, *intuitu personae*.

Le principe de pleine concurrence a pour objectif de permettre une imposition fiscale dans les mêmes conditions que si une prestation de service avait été fournie par une entreprise indépendante. Il est ainsi préconisé par l'OCDE un système de facturation « direct » auprès des filiales afin de comparer les prix, notamment si ces mêmes prestations sont fournies à des entreprises non liées par la société prestataire. Bien entendu, ces facturations peuvent être directement liées aux contrats ou accords mentionnés ci-dessus, toujours dans un souci de bonne justification.

Dans la situation où cette méthode n'est pas appliquée, il est possible pour le groupe d'avoir recours à une répartition des coûts impliquant des évaluations et donc des identifications plus approximatives. Cette méthode, valable au plan des principes, est propice à un contrôle plus rigoureux de la part de l'administration fiscale, car plus susceptible à des variations.

L'évaluation de la valeur dégagée par le service rendu est difficile à déterminer à la fois pour le prestataire et le bénéficiaire. L'OCDE recommande de prendre en comparaison la valeur du service pour le bénéficiaire et celle qu'une entreprise indépendante aurait payée pour la même prestation fournie dans des circonstances comparables.

Parallèlement, il convient pour le prestataire d'évaluer ses coûts dans les mêmes situations de dépendance et d'indépendance. Il ne s'agit pas pour un groupe de déterminer le prix que des entreprises indépendantes pourraient payer pour ce service, mais de cerner une « fourchette », selon l'OCDE, susceptible d'être acceptée.

Dans la pratique sont utilisées les méthodes du prix comparable sur le marché libre ou du coût majoré (« *cost plus* »). La méthode du prix comparable sur le marché libre consiste à comparer le prix de transfert appliqué entre les entreprises liées, au prix du service pratiqué entre un bénéficiaire et un prestataire indépendant. La méthode du coût majoré consiste à déterminer une marge bénéficiaire de pleine concurrence, sur la base des coûts supportés par le prestataire (cette méthode étant pertinente pour les services à faible valeur ajoutée, à l'instar des services auxiliaires et accessoires rendus par les quartiers généraux).

L'enjeu d'une mauvaise détermination du prix d'un service rendu serait donc le risque d'une double imposition.

## **B - L'enjeu d'un contrôle fiscal, le risque d'une double imposition**

Intervenant dans le cadre d'une vérification de comptabilité, l'administration va rechercher si le principe de pleine concurrence a été correctement respecté. Elle va pouvoir ainsi redresser les résultats si elle estime que des bénéfices ont été transférés à l'étranger, sur le fondement de l'article 57 du CGI. L'article L.13 B du Livre des procédures fiscales lui octroie un droit de demander toutes informations économiques, juridiques ou comptables sur les modalités de fixation des prix de la rémunération des services rendus.

Si la rémunération est jugée excessive, la filiale bénéficiaire du service ne pourra pas déduire de ses charges l'intégralité du prix payé pour la prestation reçue. Simultanément, la société prestataire de revenus sera considérée comme ayant bénéficié de revenus réputés distribués, déclenchant l'application de la retenue à la source sur les distributions, éventuellement réduite ou annulée, selon les conventions fiscales. Surtout, l'élimination de la double imposition économique qui résulte du redressement est subordonnée au succès de procédures amiables ou d'arbitrage internationales, dont on connaît la longueur et l'absence de garantie. Afin de sécuriser sa politique de prix de transfert, le groupe peut recourir à la procédure d'accord préalable sur les prix (APP). Cependant, l'effet escompté de tels accords

en matière de sécurité juridique ne se retrouve pas totalement en pratique. Depuis l'instauration de ce mécanisme, les praticiens sont réservés quant à l'utilité des APP.

En conséquence, malgré les efforts entrepris par les administrations et les groupes, les politiques de prix de transfert en matière de « *management fees* » présentent encore un fort risque fiscal.

## Être ou ne pas être ... résident fiscal

Julie ROUCHON, Master II Fiscalité de l'entreprise

Jérôme BARRE, avocat, Cabinet Franklin

**La détermination de la résidence fiscale est primordiale pour répartir le droit d'imposition entre les États. Cette notion évolue sans cesse pour prendre en compte les nouveaux modes de vie (famille recomposée, concubinage...) ainsi que l'accroissement des migrations de population.**

L'une des préoccupations majeures d'un État consiste à disposer des ressources nécessaires pour assurer son fonctionnement et ses investissements. C'est la raison pour laquelle nos têtes pensantes sont à la recherche constante d'idées pour trouver de nouvelles ressources. L'internationalisation des relations économiques et commerciales rapproche les États les uns des autres en vue d'encadrer fiscalement les flux financiers transfrontaliers. Dans ces petits abandons de souveraineté entre amis, la notion de résidence fiscale est un pivot de la taxation.

En général, les personnes physiques résidentes et les non-résidentes sont imposées sur une assiette différente. Selon l'article 4A du Code général des Impôts (CGI) : « *Les personnes qui ont en France leur domicile fiscal sont passibles de l'impôt sur le revenu en raison de l'ensemble de leurs revenus. Celles dont le domicile fiscal est situé hors de France sont passibles de cet impôt en raison de leurs seuls revenus de source française* ». Le contribuable résident devra donc déclarer ses revenus mondiaux en France, sous réserve de l'application des traités bilatéraux qui s'imposent aux droits nationaux et peuvent prévoir une répartition différente de celle prévue en droit interne. Un contribuable non résident de France devra, quant à lui, cantonner sa taxation aux seuls revenus de source française, définis à l'article 164B du CGI.

Notons que le terme de résidence fiscale concerne le droit conventionnel, tandis qu'en droit interne, on utilise la notion de domicile fiscal pour définir le lieu d'imposition du contribuable. Le domicile civil, qui ne doit pas être confondu avec le domicile fiscal, est

l'adresse à laquelle le contribuable habite et accomplit les actes de la vie civile.

Cette notion de résidence fiscale se complexifie de plus en plus du fait de la multiplication des échanges et des migrations de population. En effet, depuis un certain nombre d'années, le nombre de salariés en situation de mobilité internationale ne cesse d'augmenter. De plus, l'évolution des formes de vie sociale apporte de nouvelles questions concernant la résidence fiscale des contribuables.

Après avoir rappelé les critères légaux de résidence fiscale, tant au niveau du droit interne que du droit conventionnel (I), nous montrerons que la jurisprudence récente a su les adapter pour parvenir être en phase avec les mœurs actuelles et les nombreuses migrations (II).

### I. Les critères légaux de résidence fiscale

Les critères de résidence fiscale doivent être analysés d'un point de vue interne (A) avant d'étudier, en cas de conflit, les conventions internationales qui permettront de statuer (B).

#### A. Les critères de domiciliation fiscale en droit interne

C'est l'article 4B-1 du CGI qui définit les critères du domicile fiscal au sens du droit interne français. D'après cet article :

« *Sont considérées comme ayant leur domicile fiscal en France au sens de l'article 4A :*



# FISCALITÉ INTERNATIONALE

a. *Les personnes qui ont en France leur foyer ou le lieu de leur séjour principal ;*

b. *Celles qui exercent en France une activité professionnelle, salariée ou non, à moins qu'elles ne justifient que cette activité y est exercée à titre accessoire ;*

c. *Celles qui ont en France le centre de leurs intérêts économiques ».*

Ces trois critères sont alternatifs. Dès lors qu'un des critères est rempli, l'intéressé sera considéré comme résident fiscal de France.

Le premier critère est un critère personnel qui regroupe la notion de foyer et de lieu de résidence principale. L'arrêt Larcher du Conseil d'État du 3 novembre 1995 énonce que « *le lieu de séjour principal du contribuable ne peut déterminer son domicile fiscal que dans l'hypothèse où celui-ci ne dispose pas d'un foyer* ». Il s'agit donc de regarder en premier lieu la notion de foyer puis, si celui-ci n'existe pas, de travailler sur la notion de lieu de résidence principale.

Le foyer est le lieu où le contribuable ou sa famille (conjoint et enfants) habite normalement. Il a un caractère permanent. Cette résidence demeure le foyer du contribuable dès lors que sa famille continue d'y habiter. Un avocat exerçant son activité professionnelle et séjournant régulièrement en Syrie a ainsi été considéré comme domicilié fiscalement en France, car son épouse et ses enfants résidaient habituellement en France<sup>1</sup>. Le séjour principal implique, quant à lui, une notion de durée. Il s'agit de comparer le temps passé en France à celui passé à l'étranger. Le contribuable est présumé résident fiscal de France dès lors qu'il y demeure plus de six mois au cours de l'année considérée ou plus que dans tous les autres pays où il a séjourné<sup>18</sup>. Néanmoins, il y a une limite à ce principe : le séjour doit résulter de la volonté du

contribuable et non de circonstances extérieures. Ainsi un contribuable étant décédé en France après y avoir séjourné<sup>2</sup> plus de six mois n'a pas été considéré comme résident de France puisque ce séjour résultait non de choix personnels montrant l'intention de l'intéressé de s'établir en France, mais des nécessités de traitement d'une maladie qui ne pouvait être soignée dans son pays<sup>3</sup>.

Le critère suivant est un critère professionnel. Les contribuables exerçant en France une activité professionnelle n'ayant pas un caractère accessoire sont réputés avoir leur domicile fiscal dans ce pays quel que soit le lieu de leur séjour principal<sup>4</sup>. Si le contribuable exerce simultanément plusieurs professions ou la même dans plusieurs pays, il est considéré comme domicilié en France s'il y exerce son activité principale, c'est-à-dire celle à laquelle il consacre le plus de temps effectif même s'il n'en dégage pas l'essentiel de ses revenus<sup>5</sup>. C'est seulement s'il est impossible de définir à quelle activité il consacre le plus de temps que le montant des revenus pour chacune des activités est analysé et comparé.

Le troisième et dernier critère de la domiciliation fiscale est un critère économique. Le centre des intérêts économiques est le lieu des principaux investissements, le siège des affaires, le lieu où les biens du contribuable sont administrés ou encore le lieu d'où est tirée la majeure partie des revenus... Ainsi un contribuable qui dispose d'une résidence permanente en France et qui a perçu, au titre de l'année d'imposition, sa pension de retraite et des revenus fonciers dans ce pays sans avoir perçu de revenus en Côte d'Ivoire où il exerce des fonctions de gérant d'une société a le centre de ses intérêts économiques en France<sup>6</sup>. Ce critère est parfois difficile à identifier et fait souvent l'objet de nombreux débats.

1 CE 8ème et 3ème ss-sect 23 juin 2000, n°196143, M Al Kallas

2 CE 9ème et 8ème ss-sect 19 novembre 1969, n°75925, Desmaisons

3 Cass com 16 décembre 1997, n°2564, Ballande

4 CE 3ème et 8ème ss-sect 18 octobre 2002, n°224459, Cambay

5 CAA Paris 25 septembre 1990, n°89PA01330, Geallad/CAA Paris 5ème ch 6 juillet 2000, n°96PA00027, Lecat

6 CE 10ème et 9ème s.-s 5 juillet 2010, n°303676, Monriot

## B. Les critères en droit conventionnel et leur suprématie sur le droit interne

Dans une situation mettant en jeu plusieurs pays, la méthode consiste à observer d'abord si le contribuable répond aux critères de résidence fiscale au sens du droit interne dans l'un ou l'autre de ces pays. S'il est résident d'un seul pays, il n'y a pas de conflit. Si les deux pays considèrent que le contribuable est résident de son État, il y a un risque de double imposition et il faut donc se pencher sur les critères de résidence fiscale prévus dans la convention fiscale internationale signée entre ces deux pays, si elle existe. C'est l'article 4 de la convention modèle OCDE qui donne les critères permettant de régler les cas de doubles résidences fiscales. Il est toutefois à noter que toutes les conventions ne suivent pas le même modèle. C'est le cas par exemple de la convention franco-belge.

Selon cet article, le premier critère est celui de foyer d'habitation permanent. Celui-ci correspond au lieu où le contribuable vit avec sa famille. Au contraire du droit interne, il est possible d'avoir plusieurs foyers d'habitations, par exemple s'il vit dans un pays avec sa femme et ses enfants, mais qu'il séjourne régulièrement dans un autre pays où il vit en concubinage.

Le second critère est celui du centre des intérêts vitaux qui est le lieu où le contribuable a ses liens personnels et économiques. Ce critère se rapproche de celui des intérêts économiques en droit interne auquel s'ajoute la notion de famille. Il s'agit alors de déterminer de quel État le contribuable tire la majeure partie de ses revenus, fait le plus d'investissements et gère son patrimoine, mais également de voir avec quel État il a les liens affectifs les plus forts.

Le critère suivant est celui du séjour habituel. N'est alors prise en compte que la durée du séjour dans les différents pays, le juge n'étant pas tenu de faire le décompte des jours passés dans les différents États et pouvant donc considérer que le contribuable se rend dans plusieurs pays de façon habituelle.

Le dernier critère est celui de la nationalité. Le contribuable sera résident de l'État dont il a la nationalité. Néanmoins, il est possible qu'il ait les deux nationalités ou celle d'un pays tiers au litige.

Ces critères sont successifs. Ainsi si aucun foyer d'habitation permanent ne peut être défini ou au contraire que le contribuable en a un dans chaque pays, il faut passer au second critère. Si celui-ci peut être défini dans les deux États ou au contraire dans aucun État, il faut se poser la question du séjour habituel et ainsi de suite. Dès lors qu'un critère est rempli et permet de définir la résidence fiscale, il ne sert à rien de regarder les critères suivants.

Si aucun des critères ne permet de définir la résidence fiscale du contribuable, les États doivent se mettre d'accord pour caractériser la résidence et ainsi répartir le pouvoir d'imposition entre les États.

Lorsqu'il y a une situation de double résidence que la convention permet de résoudre, la notion de résident prévaut sur celle de domicile fiscal. Une personne considérée comme non-résident de France au sens d'une convention fiscale bilatérale ne pourra alors pas être considérée comme fiscalement domiciliée en France même si elle remplit l'un des critères de domiciliation fiscale. L'examen du droit interne intervient donc en premier lieu, les conventions n'étant que subsidiaires. Elles priment pourtant sur le droit interne lorsqu'elles s'appliquent.

Ces critères se sont complexifiés au fil du temps et de la jurisprudence qui essaye de prendre toujours plus en compte les problématiques sociales d'aujourd'hui.

## II. Les critères de résidence fiscale à travers la jurisprudence récente

L'évolution des mentalités liées aux modes de vie (A) ainsi que l'accroissement des migrations internationales (B) entraînent des modifications dans l'interprétation des critères de résidence fiscale.

### A. L'influence des modes de vie

#### 1. Les époux

Depuis la loi n°82-1126 du 29 décembre 1982, la notion de chef de famille a été supprimée. Les époux sont désormais soumis à une imposition commune en France dès lors que l'un des époux remplit l'un des critères de domiciliation fiscale. Ainsi lorsqu'une personne exerce son activité professionnelle en de-

hors de la France, mais que son conjoint vit avec ses enfants en France dans une maison appartenant au couple, cette personne est considérée comme ayant son foyer en France et y est donc fiscalement domiciliée<sup>7</sup>. Si l'un des époux ne remplit aucun des critères de domiciliation fiscale, l'obligation fiscale du couple porte alors sur l'ensemble des revenus de l'époux domicilié en France et sur les revenus de source française de l'autre époux non-résident de France. Il s'agit alors d'un couple dit mixte.

En suivant ce raisonnement, en cas de mariage sous le régime de la communauté, le caractère commun des biens impliquerait que, dès lors que l'un des époux est fiscalement domicilié en France, la moitié des revenus du ménage soit imposée en France même si l'époux résident de France est celui qui perçoit le moins de revenus.

## 2. Les concubins

Deux décisions récentes du Conseil d'État, Tounsi<sup>8</sup> et Gerschel<sup>9</sup>, ont mis en avant l'évolution de cette forme de vie commune qui se généralise de plus en plus.

Dans la décision Tounsi, un contribuable exerce une activité professionnelle en Guinée, mais effectue des séjours réguliers en France où il réside chez sa concubine et avec leur fils qu'il a reconnu et sur lequel il exerce son autorité parentale. Il est alors considéré comme ayant son foyer en France au sens de l'article 4B-1 a du CGI et y est fiscalement domicilié.

Dans la décision Gerschel, un contribuable exerçant une activité professionnelle au Zimbabwe où il vit en concubinage et qui ne se rend en France qu'épisodiquement dans la propriété familiale où réside, sans les enfants majeurs, son ex-épouse, a son foyer au Zimbabwe. En l'espèce, les enfants majeurs ne vivant plus avec l'ex-épouse, le Conseil d'État a jugé que l'existence d'une nouvelle relation était de nature à modifier le lieu du foyer. En effet, le foyer du contri-

buable divorcé ou séparé et vivant en concubinage sera désormais son foyer marital et non son foyer familial. Le Conseil d'État fait donc prévaloir le lien de fait plutôt que le lien de droit c'est-à-dire qu'il privilégie la relation actuelle.

La réponse aurait été sûrement différente si les enfants avaient été plus jeunes et vivaient avec leur mère. Dans ce cas, il serait logique de penser que le Conseil d'État aurait privilégié le lien familial restant avec les enfants sur lesquels le contribuable aurait toujours exercé son autorité parentale plutôt que sur la nouvelle relation avec sa concubine au Zimbabwe.

Le Conseil d'État prend désormais en compte la résidence du concubin(e) au même titre que la résidence de l'époux (se) bien que les concubins forment, à la différence des époux, des foyers fiscaux distincts. Ces décisions reviennent en partie sur l'arrêt Larcher qui opérait une quasi-assimilation entre le foyer et la résidence familiale.

Ce sujet est amené à poser de plus en plus de questions complexes du fait de l'augmentation du nombre de foyers recomposés. En effet qu'en est-il lorsque le contribuable a des enfants d'un premier mariage, d'un deuxième mariage et vit en concubinage avec une troisième personne ?

## 3. Les célibataires

La question s'est posée de savoir si un célibataire avait un foyer. Avec le développement de ce mode de vie et l'évolution apportée par la jurisprudence Gerschel tendant à distinguer la notion de foyer et de résidence familiale, il est normal qu'un foyer soit reconnu à un célibataire. Désormais la question est de savoir comment celui-ci se détermine.

La cour administrative d'appel de Lyon<sup>10</sup> a indiqué en 2006 que le contribuable célibataire devait être rattaché au lieu de résidence de sa famille proche c'est-à-dire ses parents, frères ou sœurs. Cette déci-

7 CE 8ème et 9ème ss-sect 30 mars 1992, n°72824, Berger

8 CE 8ème et 3ème ss-sect 27 janvier 2010, n°319897, Tounsi

9 CE 3ème et 8ème ss-sect 12 mars 2010, n°311121, Gerschel

10 CAA Lyon 2ème chambre 26 octobre 2006, n°01LY02689, Blanc

sion a été reprise par le tribunal administratif de Pau en 2008<sup>11</sup>. Ces décisions ne sont pas très convaincantes, car elles reviennent à mettre le célibataire majeur sous une sorte de tutelle fiscale de sa famille proche.

L'arrêt Blanc du 17 mars 2010<sup>12</sup> a défini de nouveaux critères. En l'espèce, Mr Blanc était un joueur de football engagé dans un club italien où il devait séjourner du fait de ses entraînements réguliers. Cette décision a statué sur le fait qu'un célibataire avait son foyer au lieu où il habitait normalement, où il organisait ses loisirs, ses relations personnelles. S'ajoutent à cela des contraintes liées à l'activité professionnelle. Le lieu de travail est souvent l'indice le plus simple pour définir le lieu du foyer d'un célibataire. Si celui-ci n'a pas de travail, s'il est rentier par exemple, et s'il ne vit pas en concubinage ou s'il n'a pas d'enfant, la tâche peut s'avérer plus complexe et c'est alors le critère de lieu de séjour principal qui prédomine.

La notion de foyer pour un célibataire est donc à la frontière entre le concept de foyer, séjour principal et exercice de l'activité professionnelle.

## B. Un patrimoine productif de revenus

La multiplication des échanges et des situations de mobilité entraîne souvent une répartition du patrimoine et des ressources du contribuable entre différents États. Le juge de l'impôt doit comparer cette répartition pour définir le centre des intérêts économiques.

La Cour administrative d'appel de Versailles a ainsi jugé en 2006<sup>13</sup> que le contribuable avait le centre de ses intérêts économiques donc son domicile fiscal en France, car il détenait en France un patrimoine via plusieurs habitations pour lesquelles il était assujéti à l'impôt de solidarité sur la fortune. De plus, il disposait de montants significatifs sur

des comptes courants en France. Le Conseil d'État dans sa décision Caporal du 27 janvier 2010<sup>14</sup> a sanctionné la cour de Versailles, car elle n'a pas vérifié que le patrimoine détenu en France était producteur de revenus ou que son activité en Grèce lui rapportait plus que ce patrimoine. Le Conseil d'État a conclu que pour apprécier si le centre des intérêts économiques est en France, le juge devait comparer les revenus perçus en France et à l'étranger avant de prendre en compte le patrimoine du contribuable. C'est donc la localisation des revenus plus que celle du patrimoine qui permet de déterminer où se situe le centre des intérêts économiques d'un contribuable et donc sa résidence fiscale.

Notons que la cour administrative d'appel de Paris<sup>15</sup> a considéré que les immeubles et voitures dont le contribuable se réservait la jouissance n'étaient pas susceptibles d'être productifs de revenus et ne pouvaient donc être pris en compte pour déterminer le centre des intérêts économiques. Cette décision a été confirmée cinq ans après par la cour administrative de Paris<sup>16</sup>.

Cette évolution de la jurisprudence nous paraît logique puisque la recherche de la domiciliation fiscale doit conduire l'administration à imposer à l'impôt sur le revenu le contribuable résident de France. Il semble donc normal que les biens non productifs de revenus ne soient pas pris en compte pour la détermination de la résidence fiscale. Néanmoins si aucun revenu n'est perçu par le contribuable, il est certain qu'il faudra retourner à la notion de patrimoine même si celui-ci n'est pas productif de revenus.

Le sujet de la résidence fiscale est donc un sujet très complexe qu'il s'agit d'analyser au cas par cas. En cas d'erreur dans sa détermination, les conséquences peuvent être importantes puisque le contribuable ne sera pas imposé sur ce qu'il avait prévu. Il est

11 TA Pau 1ère chambre 13 mars 2008, n°05-2161, Coste

12 CE 17 mars 2010, n°299770, Blanc

13 CAA Versailles 20 mars 2006, n°03VE03805

14 CE 8ème et 3ème ss-sect 27 janvier 2010, n°294789, Caporal

15 CAA Paris 2ème chambre 11 décembre 1990, n°89PA00450, Porcu

16 CAA Paris 2ème chambre 27 septembre 1995, n°93PA00237, M. Reymondier

# FISCALITÉ INTERNATIONALE

donc judicieux, en cas de doutes, par exemple lors d'un départ à l'étranger pour raisons professionnelles, de demander des conseils. D'autant que la doctrine indique que lorsqu'un contribuable est résident fiscal de France pour l'impôt sur le revenu, il sera considéré comme résident fiscal de France également pour l'impôt de solidarité sur la fortune et ce quoi qu'en disent les conventions fiscales internationales. Raison de plus pour bien s'informer !

## Entraves fiscales au transfert de siège social dans l'UE : touché mais pas coulé ?

Par **Eric Chartier**, avocat, SarrauThomasCouderc

**Une réponse ministérielle (Rép. Buffet, Sén. 26 août 2010, p. 2215 n° 10752) rendue l'été dernier au sujet du traitement fiscal, en matière d'impôt direct, du transfert du siège d'une société étrangère (au cas particulier luxembourgeoise) en France donne l'occasion de faire un point sur ce thème.**

Les conséquences fiscales du transfert, par une société, de son siège dans un autre Etat constituent de longue date un sujet épineux.

Les Etats prévoyant en effet, généralement, que les sociétés sont soumises au droit de l'Etat dans lequel elles ont leur siège social, le transfert dudit siège entraîne mécaniquement, en principe, la disparition juridique de la société concernée dans son Etat d'origine, et sa création dans l'Etat étranger.

Tel est l'analyse faite par la France, bien que les dispositions législatives en ce sens soient assez peu nombreuses<sup>1</sup>.

C'est ainsi que, d'un point de vue fiscal, l'administration a précisé que le transfert du siège social d'une société entraîne, par principe, la dissolution de cette dernière suivie de la création d'une nouvelle personne morale<sup>2</sup>.

Les conséquences fiscales peuvent être lourdes :

- Du fait de la dissolution, la société peut être assujettie à l'impôt en France à raison, notamment, de ses plus-values latentes ;
- Du fait de la création d'une personne morale nouvelle, la société peut se voir contrainte d'acquitter des droits de mutation, en particulier lorsqu'elle dispose de biens immobiliers en France.

La question s'est cependant posée, dernièrement, de la compatibilité de telles dispositions avec le droit communautaire. A cet égard, les réponses apportées diffèrent selon que l'on se place sur le terrain de l'impôt sur les sociétés ou bien sur celui des droits de mutation.

Comme on le verra, en effet, si la législation semble aujourd'hui tout à fait claire dans le premier cas, elle demeure largement imparfaite dans le second cas, ce qui n'est sans doute pas un gage de sécurité juridique.

### 1°) Une neutralité acquise en matière d'impôts directs

En ce qui concerne les impôts directs, l'article 221,2° du CGI dispose qu'« *en cas de [...] transfert du siège [...] à l'étranger, l'impôt sur les sociétés est établi dans les conditions prévues aux 1 et 3 de l'article 201* », c'est-à-dire comme en cas de cessation d'activité.

Il en résulte que, en principe, comme indiqué ci-avant, la société qui transfère son siège à l'étranger devient immédiatement redevable en France de l'impôt afférent, principalement, aux plus-values latentes.

Un tel traitement, qui peut être de nature à dissuader une entreprise de transférer son siège social à

1 Il existe notamment une référence directe au cas de transfert du siège d'une SA hors de France (article L 225-97 du code de commerce). En revanche, aucune disposition n'existe sur le cas du transfert en France du siège d'une société étrangère, qui a simplement fait l'objet de deux réponses ministérielles (voir Rép. Min. 19 février 1972, JOAN 19 mai 1972 p. 1701, et Rép. Min. 26 janvier 1987, JOAN 6 avril 1987 p. 2000).

2 Voir D. adm. 7 H-3424 n° 3 et suivants.

l'étranger, est apparu contraire aux libertés communautaires, et en particulier la liberté d'établissement, telle qu'affirmée par la Cour de Justice des Communautés Européennes<sup>3</sup> dans une jurisprudence abondante et audacieuse<sup>4</sup>.

Ceci apparaissait également incompatible avec l'entrée en vigueur du règlement 2157/2001 du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne.

La loi de finances pour 2005 a donc modifié cet article qui prévoit désormais que « *toutefois, le transfert de siège dans un autre Etat membre de la Communauté européenne, qu'il s'accompagne ou non de la perte de la personnalité juridique en France, n'emporte pas les conséquences de la cessation d'entreprise* ».

On observera que la loi précise que la neutralité de cette opération a lieu, que le transfert entraîne ou non la perte de la personnalité juridique en France. Le souhait du législateur était sans doute d'embrasser les différentes hypothèses pouvant se présenter à l'occasion d'un transfert de siège, à défaut d'harmonisation législative applicable à pareille situation<sup>5</sup>.

L'administration fiscale française a toutefois fait savoir, de façon officieuse (par le biais d'un projet d'instruction jamais publié) qu'elle entendait subordonner une telle neutralité fiscale au maintien d'un établissement stable en France auquel demeureraient rattachés les actifs porteurs de plus-values latentes. En d'autres termes, seul le siège statutaire doit être délocalisé, et non les actifs qui étaient situés en France.

Ceci pose de réelles difficultés dans les cas où un établissement stable ne peut être techniquement constitué en France. Tel est le cas, par exemple, si la société transférant son siège social ne détient que des participations, ou des biens immobiliers, non suffisants pour caractériser un tel établissement stable.

En ce sens, la position de l'administration, qui vient ajouter à la loi, est certainement critiquable. Toutefois, à notre connaissance, celle-ci n'a pas encore été mise en pratique.

Quoi qu'il en soit, la législation française est mise en conformité avec la législation communautaire sur ce point.

On observera néanmoins que la législation fiscale est muette sur les éventuelles conséquences fiscales, en France, du transfert de siège social d'une société étrangère dans notre pays.

Cette lacune a récemment été réparée par l'administration elle-même, dans la réponse ministérielle citée en tête de la présente étude, concernant le transfert en France d'une société luxembourgeoise ayant la forme d'une SOPARFI.

L'administration, rappelant les dispositions de l'article 221,2 du CGI, indique que par symétrie il peut être admis que le transfert en France du siège social d'une telle soit « *fiscalement neutre et n'entraîne aucune conséquence fiscale immédiate* ». Cette neutralité est uniquement subordonnée à la mise en conformité des statuts de la société luxembourgeoise avec la législation française.

Il en résulte en définitive une clarification complète des incidences, en matière d'impôts directs, des opérations de transfert de siège social au sein de l'UE.

Ceci s'insère pleinement dans les travaux menés par les autorités communautaires, et visant à assurer le libre transfert du siège social entre Etats membres de l'UE. En particulier, on rappellera qu'il existe actuellement un projet de 14<sup>e</sup> directive relatif au transfert transfrontalier de siège statutaire des sociétés de capitaux dans l'UE, dont l'objectif est d'assurer la faisabilité d'une telle opération au sein de l'UE sans que ceci ne soit vu par les Etats comme impliquant une dissolution de la société dans l'Etat de résidence initial suivie de sa constitution dans l'Etat d'accueil.

3 Devenue la CJUE depuis l'entrée en vigueur, en décembre 2009, du traité de Lisbonne

4 Voir par ex. CJCE 11 mars 2004 aff. C-9/02, « Lasteyrie du Saillant » et, plus récemment, CJCE 16 décembre 2008, aff. C 210/06 « Cartesio »

5 En effet, si, par principe, le transfert de siège social à l'étranger entraîne la perte de la personnalité morale en France, des dispositions spécifiques sont prévues pour la société européenne (articles L 229-2 et s. du code de commerce).

Si les choses apparaissent claires au regard de la fiscalité directe, ceci est moins évident au regard des droits de mutation, notamment en présence de biens immobiliers situés en France, comme on va le voir maintenant.

## 2°) Une neutralité imparfaite en matière de droits de mutation

La réglementation applicable en matière de droits de mutation est plus obscure que celle applicable en matière d'impôts directs.

Ainsi, il faut combiner les articles 809 et suivants du CGI, qui fixent les modalités d'assujettissement à l'impôt des apports faits à une société, et l'article 808 A du CGI qui fixe les règles de territorialité des-dits apports.

Ce dernier article, à la rédaction particulièrement alambiquée, a pour objectif d'éviter les situations de double imposition tenant à la prise en compte, au sein de l'UE, d'un double critère, à savoir le siège statutaire et le siège effectif.

Ainsi, en substance, cet article prévoit que ne sont pas assujetties au droit d'apport ou à la taxe de publicité foncière les sociétés qui disposent en France, ou qui y établissent :

Leur siège statutaire, lorsque leur siège de direction effective est situé dans un autre Etat membre de l'UE ;

A l'inverse, leur siège de direction effective, lorsque leur siège statutaire est situé dans un autre Etat membre de l'UE.

Il convient toutefois de ne pas se méprendre sur la portée réelle de ces dispositions.

En effet, selon l'administration fiscale, cette exonération ne concerne que le droit visé à l'article 810 du CGI (à savoir le droit fixe égal, selon les cas, à 375 € ou 500 €), mais non le droit de mutation de 5% applicable aux immeubles situés en France ni, le cas échéant, la TVA applicable sur ces immeubles<sup>6</sup>.

Ainsi, par exemple, une société luxembourgeoise détenant des biens immobiliers en France et désirant transférer son siège social en France devrait, en principe, acquitter des droits de mutation à raison des immeubles réputés « apportés » lors de la constitution de la nouvelle personne morale en France (alors même que, au regard des impôts directs, cette opération serait neutre).

Il est permis de s'interroger sur le bien-fondé de l'analyse ainsi menée par l'administration fiscale, qui ne semble pas réellement confirmée par le texte même de l'article 808 A qui parle de « droit d'apport » et de « taxe de publicité foncière ».

En fait, cette analyse semble tirée des dispositions de la directive du Conseil des Communautés Européennes 69/335 du 17 juillet 1969 concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux, dont l'article 808 A serait la transposition.

En effet, si l'article 10 de cette directive prévoit, par principe, l'absence de taxation à l'occasion d'une opération d'apport de bien ou de transfert de siège social au sein de l'UE, ce principe est tempéré par les dispositions de l'article 12, rédigées comme suit :

*« Par dérogation aux dispositions des articles 10 et 11, les États membres peuvent percevoir [...] des droits de mutation, y compris les taxes de publicité foncière, sur l'apport à une société, association ou personne morale poursuivant des buts lucratifs, de biens immeubles ou de fonds de commerce situés sur leur territoire ».*

Cette interprétation de l'article 808 A du CGI, à la lumière de la directive précitée, a été confirmée par la jurisprudence<sup>7</sup>.

Il est à noter que ces dispositions, anciennes, conservent leur actualité. En effet, les instances communautaires ont procédé en 2008 à une mise à jour de la directive de 1969 (devenue la directive 2008/7/CE), mais il s'agit d'un travail de réécriture de forme, sans modification de fond.

6 D. adm. 7 H-3424, n° 9

7 Cass. Com. 21 mai 1996, « Sté Lexus Properties 2 BV », RJF 8-9/96 n° 1113



Cette nouvelle directive rappelle ainsi, de nouveau, le principe de l'absence de taxation (article 5) mais la possibilité laissée, par exception, aux Etats membres de percevoir des droits de mutation (article 6).

On peut s'interroger sur l'applicabilité de telles dispositions au cas du transfert de siège social dans l'UE, qui apparaît peu compatible avec les libertés prônées par le marché intérieur et affirmées à de nombreuses reprises par la CJUE. L'exigibilité de droits de mutation en France constitue sans nul doute, en effet, une entrave à la liberté d'établissement.

Il faut rappeler à cet égard que l'application de droits de mutation au cas de transfert de siège se justifie uniquement du fait que, selon la conception française, une telle opération constitue une dissolution suivie d'une constitution, impliquant donc, mécaniquement, l'apport des biens antérieurement détenus par la société dissoute au profit de la société constituée.

Par conséquent, aussi longtemps qu'une telle conception ne sera pas remise en question, la possibilité pour la France de prélever un droit de mutation sur les immeubles semblera difficilement contestable, dès lors qu'elle est expressément permise par la directive de 2008 précitée.

Comme on l'a vu, toutefois, cette conception, dans la mesure où elle conduit à entraver la liberté de circulation des entreprises au sein de l'UE, a en principe vocation à disparaître. Tel est en effet l'objectif du projet de 14<sup>e</sup> directive cité ci-avant.

Mais, ce projet n'étant pas encore adopté, il en résulte aujourd'hui une situation d'incertitude juridique.

Celle-ci semble atténuée par un courant jurisprudentiel récent.

Dans une décision en date du 16 décembre 2008, la CJUE a ainsi pu affirmer, dans le cadre d'une affaire concernant précisément un cas de transfert de siège social au sein de l'UE, que si un Etat est

libre de fixer les critères de nationalité d'une société (siège statutaire ou siège de direction effectif), en revanche, une législation qui prévoit que le transfert de siège dans un autre Etat membre constitue une dissolution de la société est contraire à la liberté d'établissement<sup>8</sup>.

Même si cette affaire ne concernait pas la France, on sait que les principes dégagés par la CJUE s'imposent à tous les Etats membres.

Il semble donc que la conception française postulant que le transfert constitue une dissolution suivie d'une constitution, qui repose au demeurant davantage sur une « prise de position » que sur une législation solide, comme indiqué ci-avant, puisse être vue comme contraire à la liberté d'établissement.

Plus récemment encore, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans une décision en date du 27 octobre 2009, semble avoir validé, implicitement mais nécessairement, le fait que le transfert en France d'une société étrangère n'entraîne qu'un changement de nationalité, mais n'implique pas la dissolution de cette société et la constitution d'une nouvelle société en France<sup>9</sup>.

La position des magistrats semble fondée sur l'absence de dispositions législatives impératives, et s'inspire probablement également de la jurisprudence communautaire.

Relevons que cette affaire ne concernait pas un litige fiscal, mais un litige sur l'opposabilité d'une ordonnance exécutoire. Cependant, l'analyse faite par la Cour de cassation serait sans doute transposable, et ceci d'autant plus qu'un litige en matière de droits de mutation qui serait soumis à la Cour de cassation serait également tranché par la Chambre commerciale.

Dans ces conditions, l'analyse française visant à considérer qu'un transfert de siège s'analyse comme une dissolution suivie d'une constitution de société semble sérieusement ébranlée, surtout lorsqu'il s'agit du transfert, en France, du siège d'une société

8 CJUE aff. C 210/06 « Cartesio » précitée, point n° 112

9 Cass. Com. 27 octobre 2009, n° 08-16115, « Sté Europe Motor Automobile », commenté par Mr le Pr. Michel Menjuq dans le Bulletin Joly Sociétés du mois d'avril 2010, p.176 et s.

# FISCALITÉ EUROPÉENNE

étrangère puisque dans ce cas, comme on l'a vu, la conception française ne repose sur aucun fondement juridique précis et solide.

Cela étant, à défaut d'une intégration directe de ces principes dans la législation française, et en particulier fiscale, tout risque de contentieux avec les services fiscaux ne saurait être aujourd'hui écarté. Les entreprises ne pourraient en être quittes qu'au prix d'un contentieux qui peut s'avérer à la fois long et coûteux.

Il serait donc souhaitable que cette question puisse recevoir au plus vite une clarification de la part du législateur, ou à tout le moins des autorités fiscales elles-mêmes.

## COMPÉTITIVITÉ FISCALE DU FOOTBALL EUROPÉEN : LA FRANCE SUR LE BANC DE TOUCHE

**Justine SCHOUTTETEN** Master II Fiscalité de l'entreprise  
Université Paris-Dauphine

**Lise BELIN** Master II Droit, Économie et Gestion du Sport  
Université de Limoges

**Dans le monde du football, la France a quelques lacunes pour garder ses joueurs talentueux et en attirer de nouveaux et ce, en raison notamment d'un régime fiscal français inadapté aux clubs de football. Alors que la réaction du gouvernement suite à cette prise de conscience semblait prometteuse, les réformes fiscales récentes amènent à s'interroger de nouveau sur cette problématique.**

Il aura fallu plusieurs années avant que les États considèrent le sport comme une véritable activité économique aux enjeux tout aussi importants que ceux d'une entreprise commerciale. Bien plus qu'une vitrine culturelle, le mouvement sportif est désormais perçu comme partie intégrante du monde des affaires. Preuve encore aujourd'hui puisque le dernier remaniement gouvernemental en France a donné naissance à un ministère exclusivement dédié au Sport. Face à cette prise de conscience générale, le droit fiscal s'est rapidement intéressé aux sommes d'argent considérables que drainait le secteur du football professionnel. Qu'il s'agisse du salaire versé par le club, des différentes primes de match ou encore des rémunérations liées au droit à l'image, l'administration fiscale a trouvé le moyen de taxer l'ensemble des revenus du footballeur professionnel. Mais la taxation de toutes ces sommes entre les différents leaders européens du football a très rapidement suscité des inégalités entre ces États. Les mécanismes d'évasion fiscale se sont alors considérablement développés. Dès lors, la compétitivité fiscale des états dans ce domaine est devenue un véritable enjeu pour chaque club et footballeur professionnel lors d'un transfert. À ce titre la France fait office de « mauvais élève » et n'arrive pas à attirer et garder ses footballeurs de qualité. En cause

notamment, un régime fiscal inadapté entraînant une taxation élevée dans un domaine où certes les revenus sont importants, mais de courte durée. Pourtant la France n'est pas totalement insensible au statut de ses footballeurs et le sportif bénéficie aujourd'hui de dispositions spécifiques. En conséquence, alors que le système fiscal des footballeurs en France semble être en perte de vitesse face aux autres leaders européens (I), et que les différentes mesures envisagées par le gouvernement ne semblent toujours pas avoir résolu le problème, la solution pourrait être alors européenne (II).

### **I – Un handicap fiscal français face aux concurrents européens du football**

Alors que tout le monde s'accorde pour dire que l'activité sportive est une activité lucrative à part entière, l'administration fiscale taxe les sportifs et plus particulièrement les footballeurs professionnels sous le régime commun de l'impôt sur le revenu. Il existe certes certains avantages et dispositions dérogatoires mais les hauts revenus de nos footballeurs restent au final soumis à la tranche la plus élevée de l'impôt sur le revenu. Le régime fiscal en France applicable aux footballeurs paraît alors inadapté (A) surtout lorsqu'on le compare avec celui de

# FISCALITÉ COMPARÉE

nos voisins européens qui ont su garder leur attractivité footballistique (B).

## A – Un système fiscal français inadapté au football professionnel

Chaque année, remplir la déclaration d'impôt sur le revenu pour un footballeur professionnel s'avère être un véritable casse-tête. En cause ? La diversité et l'internationalisation de leurs revenus. En effet, comme tout salarié, le salaire du footballeur professionnel versé par son club ainsi que les avantages en nature dont il a pu bénéficier durant l'année et les diverses primes occasionnelles seront imposés au titre des traitements et salaires conformément aux dispositions de l'article 83 du CGI. Ces derniers ont la possibilité de déduire forfaitairement leur frais professionnels pour 10% du montant de leurs revenus<sup>1</sup>. Le montant net des revenus salariés fait ensuite l'objet d'un abattement de 20%. Le footballeur sera en revanche imposé au titre des bénéfices industriels et commerciaux pour l'ensemble de ses revenus provenant de contrats publicitaires, de contrats de parrainage ou encore en contrepartie de la participation à des manifestations commerciales. À noter cependant que les indemnités perçues à raison de l'utilisation de son nom comme support publicitaire, sans contrepartie d'une prestation de salarié et en l'absence de tout lien de subordination, relèvent de la catégorie des bénéfices non commerciaux lorsqu'elles sont directement liées à l'activité sportive.

L'autre difficulté majeure pour nos footballeurs est l'internationalisation de leurs revenus. Le footballeur, en raison de l'article 4 A du CGI<sup>2</sup>, est imposé en France sur l'ensemble de ses revenus alors même qu'il a payé de l'impôt dans l'État de source de ses revenus étrangers provenant de certaines compétitions internationales. Il doit alors en permanence jouer avec les conventions fiscales internationales de chaque pays dont certaines ne prévoient pas de dispositions particulières pour les sportifs tandis que d'autres prévoient un régime spécifique. Malgré

l'octroi d'un crédit d'impôt en France correspondant au montant de l'impôt payé dans l'État de la source, ce qui permet d'éviter la double imposition pour nos footballeurs, le maniement de toutes ces conventions fiscales internationales et les obligations déclaratives s'y rattachant rend la déclaration de revenus du footballeur en France très difficile.

Mais face à ces difficultés, nos sportifs bénéficient toutefois de la possibilité d'opter pour le régime de l'étalement des revenus prévus à l'article 84 A du CGI (article 100 bis du CGI pour les revenus non salariés) qui prévoit une imposition des revenus selon une base moyenne. Sur la demande du footballeur, ce régime permet de pallier le caractère irrégulier et aléatoire de ses revenus. Ses revenus imposables seront alors égaux à la moyenne de ses revenus de l'année d'imposition et des deux ou quatre années précédentes. Mais l'avantage d'un tel régime est à nuancer. En effet, il n'est pas possible pour notre footballeur de demander le bénéfice de ce régime pour ses revenus ne provenant pas directement de la pratique de son activité sportive (tels notamment les rémunérations de ses contrats publicitaires ou de parrainages). Par ailleurs, si l'année de réalisation de revenus exceptionnels le footballeur connaît une atténuation de son impôt, les années où ses revenus sont plus faibles il peut être redevable d'un impôt plus important d'autant plus que pour une période donnée le total des sommes imposées selon l'option peut être nettement supérieur à celui des sommes imposées selon le régime de droit commun.

On constate alors que nos sportifs ont la vie dure et plus encore nos footballeurs qui à raison de leur salaire très élevé se voient imposer dans la tranche maximale d'impôt sur le revenu. Ils ont alors été les premiers à mettre en place quelques schémas d'optimisation dans le but de limiter leur charge d'imposition. La technique la plus fréquemment utilisée est alors la création d'une société de droit à l'image afin de soumettre l'ensemble des rémunérations de l'image du footballeur au taux d'impôt sur les sociétés et non au titre de l'impôt sur le revenu. Cela

1 Article 83-3 du CGI

2 L'article 4A du CGI prévoit en effet que les personnes qui ont en France leur domicile fiscal (selon les critères de l'article 4B du CGI) sont passibles de l'impôt sur le revenu en raison de l'ensemble de leurs revenus

# FISCALITÉ COMPARÉE

permet également de différer la perception de ses revenus par le footballeur. Certains sont même allés plus loin en implantant cette société de droit à l'étranger dans un pays où la fiscalité des sociétés est encore plus avantageuse qu'en France en ne s'attribuant qu'un salaire minimum équivalent au smic qui seul sera imposé en France. Mais l'administration fiscale française est venue contrer ce type de sociétés à l'étranger en taxant l'ensemble des revenus distribués à cette société dans les mains du sportif bénéficiaire, et ce, selon les dispositions de l'article 155 A du CGI qui prévoit que les sommes perçues par une personne domiciliée ou établie hors de France en rémunération de services rendus par une ou plusieurs personnes domiciliées ou établies en France sont imposables au nom de ces dernières<sup>3</sup>.

## B – Une meilleure attractivité fiscale chez nos voisins européens

Alors même que nos voisins européens souffrent de mêmes difficultés, ces derniers attirent plus facilement les footballeurs professionnels de grande qualité reléguant la France en dernière position pour l'attractivité des joueurs professionnels de football. Et pourtant la chose n'est pas non plus des plus aisées pour eux. Récemment encore, les clubs de football anglais tels que Manchester United ou Arsenal (dont les revenus de leurs joueurs sont les plus élevés du monde) ont critiqué ouvertement la réforme fiscale pour 2010 du gouvernement anglais visant à augmenter la base d'imposition de 40 à 50% pour les revenus annuels supérieurs à 166 000 Euros<sup>4</sup>. La réforme va même plus loin puisqu'elle empêche dorénavant les footballeurs de profiter de la réduction fiscale liée au bénéfice du logement fourni par leur club. Toutefois, même si les clubs anglais s'inquiètent de ses nouvelles dispositions, ces derniers resteront toujours plus attractifs que la France et pas seulement en raison du fait que les charges sociales sont beaucoup moins importantes (en moyenne 14% pour un club anglais

contre 50% en France), mais parce qu'ils disposent encore de certains avantages non négligeables : les clubs de football anglais ont en effet la possibilité de payer net d'impôt 25% du salaire global annuel de leur joueur au titre de leur droit à l'image.

Seulement, depuis 2004 la donne a considérablement changée en faveur des Espagnols. En cause, la loi dite « beckham », adoptée sous le gouvernement Aznar en 2003<sup>5</sup> elle permet aux salariés (pas seulement les footballeurs) non résidents, qui vivent en Espagne depuis moins de 6 ans et qui gagnent plus de 600.000 € par an, de ne pas payer plus de 24% d'impôt sur le revenu pendant 6 ans. Un salarié ordinaire et espagnol dans la même tranche est quant à lui imposé à 43%. Et même si lors de la loi de finances pour 2010, et après de nombreuses réactions à l'encontre de cette disposition, il était éventuellement question de revenir sur cet avantage fiscal, le président du gouvernement Zapatero a refusé de modifier ce régime dérogatoire faisant ainsi, actuellement, de l'Espagne le pays le plus attractif fiscalement pour les footballeurs professionnels.

Pourtant la France a mis en place elle aussi certaines dispositions visant à favoriser ses footballeurs professionnels à commencer par la rémunération de l'image collective instaurée par la loi du 15 décembre 2004<sup>6</sup>. Ce dispositif permet aux clubs de verser une partie du salaire de leurs footballeurs (au maximum 30% de leur rémunération brute totale) au titre de la rémunération de l'image collective, cette rémunération étant exonérée de cotisations sociales. Nos footballeurs étrangers bénéficient également en France du régime fiscal des impatriés de l'article 155 B du CGI. Ce régime permet aux salariés étrangers appelés à occuper un emploi en France pendant une période limitée (6 ans) de ne pas payer d'impôt à raison des éléments de leur rémunération directement liés à cette situation et à hauteur de 30% de leur rémunération. La seule

3 TA de Lyon n° 0605699, 03/03/2009 aff M. José Edison Gomes de Moares : Le tribunal de LYON a rendu un jugement appliquant cette disposition à un footballeur de l'OM et à sa société relais britannique.

4 Disposition adoptée par la loi de finance de 2010 et applicable à compter du 6 avril 2010.

5 Loi fiscale du 30 décembre 2003 n° 62/2003 applicable à compter du 1er janvier 2004.

6 Loi n° 2004-1366 du 15 décembre 2004

# FISCALITÉ COMPARÉE

condition est de ne pas avoir résidé en France les cinq années précédentes.

Au final, ce qui rend la France moins attractive fiscalement par rapport à ses concurrents européens sont principalement les charges sociales et patronales considérables que doivent payer les clubs de football français (qui supportent en général la charge d'impôt de leurs joueurs puisque les salaires se négocient en net diminuant ainsi leur budget financier). Si le régime fiscal d'un pays n'est pas le critère le plus déterminant pour un footballeur lors de son transfert, il est à tout de même devenue une donnée qu'il ne peut éviter.

## **II – Une intervention fiscale française maladroite et inefficace pour une problématique de plus en plus européenne**

Après une constatation de la fuite de ses meilleurs footballeurs pour des clubs européens, le gouvernement français a souhaité s'emparer du problème. Il convient cependant de se demander si les décisions prises sont les plus opportunes et s'il n'en existe pas d'autres (A). En effet, la problématique étant européenne, ce n'est pas en prenant seule, de petites mesures, que la France deviendra attractive. Dès lors, une décision européenne serait peut-être plus judicieuse, constructive et atténuerait la compétitivité (B).

### **A – Une réaction française aux effets limités et contestés**

Face à ce départ massif des meilleurs footballeurs français vers des clubs étrangers plus attractifs, le gouvernement français a souhaité réagir et prendre les choses en main en adoptant certaines mesures.

Pour ce faire, le gouvernement français a confié à Monsieur Éric Besson, le 14 mai 2008<sup>7</sup>, une mission d'évaluation sur la compétitivité du football français. Ce projet révèle que les clubs français

souffrent d'un déficit de compétitivité important par rapport aux leaders européens du football. Cette position de « mauvais élève » se traduit par la faiblesse des actifs immobiliers des clubs français, la faiblesse de la participation d'entreprises actionnaires à leur capital, la faiblesse de leurs revenus, le coût global élevé des rémunérations des joueurs, ce qui par voie de conséquence impacte les résultats sportifs et l'attractivité des meilleurs joueurs.

Suite à ce projet, le gouvernement français, conscient désormais de ce déficit de compétitivité, semble vouloir s'atteler à la question afin d'y apporter des réponses adéquates.

Mais, paradoxalement et récemment, certains députés ont souhaité rogner les avantages fiscaux des sportifs professionnels. Pourtant nous le savons bien, ce n'est pas en supprimant des niches fiscales, que nous allons attirer des footballeurs sur le sol français. Dès lors, deux amendements ont été déposés dans le cadre du projet de loi de finances 2010, un concernant une modification de la législation sur le droit à l'image collective. Cette volonté de supprimer le dispositif d'exonération complète des cotisations sociales, patronales et salariales, applicable à cette partie des rémunérations versées aux sportifs professionnels par leurs clubs, est relayé par le rapport 2009 de la Cour des comptes dans lequel, elle recommande cette suppression. De plus, selon Madame Bachelot, ce dispositif doit être supprimé, car il n'a pas fait ses preuves et n'a pas empêché la fuite vers l'étranger des joueurs de Ligue 1 tel que Samir Nasri, Karim Benzema, Franck Ribéry, Florent Malouda, depuis son entrée en vigueur. Cet amendement a donc finalement été adopté par l'Assemblée nationale<sup>8</sup>. Puis, un autre amendement prévoit l'exclusion des sportifs professionnels de l'option pour le bénéfice moyen permettant un lissage des revenus, et de le réserver aux sportifs amateurs. Cet amendement n'a pas été adopté par l'Assemblée nationale. De plus, le régime fiscal de l'impatriation semble être aussi dans le collimateur du député Marc Le Fur qui n'est, selon lui, pas compatible avec une fiscalité distributive. Enfin, la loi de

7 Projet Besson 5 Novembre 2008 « Accroître la compétitivité des clubs de football professionnel français »

8 Amendement en séance du 29 octobre 2009

# FISCALITÉ COMPARÉE

finances 2011 a supprimé la neutralité fiscale pour les joueurs, lorsque les clubs employeurs rémunèrent directement leurs agents, ces sommes seront désormais considérées comme des avantages en argent et imposées au titre de l'impôt sur le revenu.

Dès lors, il s'avère que cette réactivité n'est pas cohérente, en effet, il s'agit plus d'un retour en arrière que d'une véritable évolution. On aurait pu croire que la France avait tiré les leçons du projet Besson et pris conscience de son déficit de dispositions efficaces sur le sujet, mais il n'en est rien ! De plus, il est clair que la suppression de ces niches fiscales n'est pas censée transformer la France en eldorado du football, bien au contraire ! D'autant plus que ce changement de direction a provoqué les foudres du monde du football professionnel qui s'est indigné de voir qu'en temps de crise le gouvernement cherche l'argent là où il peut ! Il est clair qu'en suivant cette voie, la France ne prend pas en compte la spécificité du sport professionnel, au sein duquel les carrières s'arrêtent très tôt, afin de lui dresser un régime fiscal sur mesure. D'autant plus que si la France devient plus attractive fiscalement en Europe, elle pourra à son tour attirer d'une part ses propres joueurs, mais aussi les meilleurs joueurs européens, ce qui aurait pour finalité de développer les capacités financières des clubs qui pourraient à leur tour investir et relancer l'économie en créant de nouveaux bénéficiaires taxables par l'État, donc, aussi avantageux pour celui-ci. La réaction du gouvernement français avec ses mesures de pacotille est à l'opposé des solutions, notamment européennes, dégagées par le projet Besson.

## B – Une solution européenne ?

C'est lors d'une réunion des 27 ministres du Sport de l'UE à Biarritz, le 29 novembre 2008, que l'idée d'une solution européenne est apparue. Durant cette réunion, le Président de l'UEFA, Monsieur Michel Platini, a plaidé en faveur d'une reconnaissance de la spécificité du sport et non d'une imposition par les états de leurs idéologies. Il a aussi affirmé que ce n'était pas à l'UEFA de prendre en charge

la question de la fiscalité européenne des footballeurs et que celle-ci nécessite une harmonisation. Cette question est encore plus présente depuis l'arrêt Bosman<sup>9</sup> ayant établi la libre circulation des joueurs, en conséquence de quoi, il n'existe plus de quota concernant le nombre de joueurs d'origines communautaires dans une même équipe. En effet, l'arrêt Bosman opposa le footballeur belge Jean-Marc Bosman à son club du FC Liège qui refusait son transfert vers un club français. Monsieur Bosman a porté l'affaire devant la CJUE afin de contester la conformité des règles régissant le transfert des footballeurs, au regard du droit communautaire. La CJUE donna raison à Monsieur Bosman, considérant que les règlements de l'UEFA, et notamment, ceux instaurant des quotas liés à la nationalité, sont contraires à l'article 48 du Traité de Rome sur la libre circulation des travailleurs entre les États membres. Parallèlement les joueurs sont toujours soumis aux règles fiscales nationales, ce qui entraîne automatiquement un exode des joueurs vers des « paradis fiscaux du football ». Les joueurs de football professionnels en Europe agissent comme les sociétés commerciales et les grandes fortunes, ils tentent de s'établir dans des lieux de paradis fiscaux. Et toute personne qui quitte son pays pour un autre pays européen pour des raisons fiscales est un contribuable en moins pour ce pays, voilà pourquoi les pays européens devraient trouver une solution européenne afin de rétablir un équilibre. Mais est-il opportun de parler d'harmonisation en la matière alors qu'il existe une réelle souveraineté étatique en fiscalité ? Alors que l'on sait combien il est difficile pour les états européens d'harmoniser certaines de leurs règles fiscales, la fiscalité des footballeurs ne fera pas office d'exception. Cependant, ne pourrait-on pas envisager une coordination des différents états membres ? La coordination est le fait de laisser les législations au niveau national, mais en s'efforçant de les rendre compatibles avec le Traité et entre elles, ce qui peut se concrétiser par des accords non juridiquement contraignants. Or, la compétitivité des clubs au niveau européen ne concerne pas les 27 états membres, mais seu-

9 CJUE 15 Décembre 1995 Union royale des sociétés de football association ASBL e.a./Jean-Marc Bosman, affaire C-415/93, dans *Recueil de la Jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance*. 1995, p. I - 4921.

# FISCALITÉ COMPARÉE

lement certains d'entre eux. Dès lors, ne serait-il pas opportun d'envisager une coopération renforcée<sup>10</sup> consistant en l'utilisation des institutions de l'UE par une partie des états membres qui prennent des décisions applicables à eux seuls ? Cependant, en fiscalité, le cadre institutionnel actuel limite les possibilités d'action, puisque la Commission européenne a un droit d'initiative exclusif, le Parlement européen est seulement consulté et le Conseil des ministres décide à l'unanimité. On peut facilement conclure la chose suivante, il existe des solutions européennes, mais leur application est semée d'embûches, comme chaque fois que l'on souhaite agir au travers de l'UE, car les souverainetés des différents pays restent toujours plus fortes, particulièrement lorsqu'il est question de fiscalité.

Afin d'envisager une réponse européenne, il serait souhaitable que les pays concernés se réunissent et travaillent de concert afin d'établir un régime fiscal commun pour les footballeurs professionnels. Déjà, lors de la réunion des 27 ministres à Biarritz Michel Platini concluait ainsi « *cette rencontre peut être simplement une réunion de plus ou bien, au contraire, Biarritz peut constituer une étape importante, historique, dans la défense des valeurs sportives européennes, qui sont les valeurs mêmes de l'Europe* ». Depuis, que s'est-il passé ? Le Président de la République a évoqué le sport en présentant ses priorités au Parlement européen dans le cadre de la Présidence française de l'Union européenne. Mais depuis rien...

---

10 Le concept de « coopération renforcée » a été introduit par le traité d'Amsterdam dans le traité sur l'Union européenne (TUE) pour ce qui concerne la coopération judiciaire en matière pénale et dans le traité instituant la Communauté européenne (TCE). (Article 21§22 du traité de Lisbonne, numéroté 20 du TUE dans la version consolidée, 28277 et 278 du traité de Lisbonne, numérotés 280A et suivants et 326 à 334 du TFUE dans la version consolidée).



# SOMMAIRE

## FISCALITE INTERNE

### L'acculturation de la finance islamique en droit fiscal français

Par J. SCAGLIA et T. MASSART

P. 3

### La suppression du plafonnement de la quote-part de frais et charges du régime mère-fille : une réforme technique à forts enjeux

Par M. L. CERIEIX et J. BOURGEOIS

P. 10

### La réforme annoncée des sociétés de personnes : la transparence n'est pas la simplicité

Par M. BARREAU et E. DINH

P. 14

### De la niche fiscale à la niche funéraire

Par P. HOULES, R. JOURNOUD, et T. MASSART

P. 18

## FISCALITE INTERNATIONALE

### Le pas de deux de la politique actuelle de la France en matière conventionnelle

Par P. MULLER et M. GUILLOU

P. 25

### La difficile évaluation des biens incorporels en matière de prix de transfert : quelles solutions aujourd'hui ?

Par B. AZADEH et E. DINH

P. 31

### Prix de transfert et « management fees » : identification, justification et nécessité des services

Par E. DINPARAST et E. DINH

P. 35

### Être ou ne pas être ... résident fiscal

Par J. ROUCHON et J. BARRE

P. 38

## FISCALITE EUROPEENNE

### Entraves fiscales au transfert de siège social dans l'UE : touché mais pas coulé ?

Par E. CHARTIER

P. 44

## FISCALITE COMPAREE

### Compétitivité fiscale du football européen : la France sur le banc de touche

Par J. SCHOUTTETEN et L. BELIN

P. 49



## Comment publier un article dans la revue ?

Vous pouvez envoyer vos articles, de 22000 signes maximum (notes de bas de pages comprises, espaces non compris) au Master de Fiscalité de l'entreprise. Le comité scientifique sélectionnera les meilleures contributions.

Contact : Flavie MATTOU  
Flavie.mattout@dauphine.fr

La Revue est disponible en ligne  
sur le site :  
**[www.fiscalite.dauphine.fr](http://www.fiscalite.dauphine.fr)**

