REVUE DE FISCALITE DE L'ENTREPRISE

Fiscalit□ interne

Limitation de la déductibilité des charges financières et amendement Carrez

Par A. Cayer et Fl. Deboissy

Trust me if you can! Le trust n'inspire plus confiance

Par L. Megdoud et J. Riahi

Fiscalit□ europ□enne

TVA sur les activités financières : en attendant la nouvelle règlementation, la jurisprudence au secours des textes communautaires

Par D. Goldenbaum et O. Courjon

Fiscalit□ internationale

La difficile question des sociétés de personnes en droit fiscal international

Par E. Frizon et J. Barre

DAUPHINE UNIVERSITÉ PARIS

n□2

Juin 2012

“Mettez toutes les chances de votre côté avec les Editions Francis Lefebvre”

Mémento • Ouvrages • Solutions en ligne • Logiciels • Revues

dans tous les domaines du droit de l’entreprise

Rendez-vous sur

www.efl.fr/etudiants

pour profiter des bons plans étudiants !

partenaire de votre réussite !

EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE

La solution juridique

Alexia au pays des cheminots

Alexia Scott est une fiscaliste talentueuse qui préfère le train à la route. Passant de la direction fiscale du groupe Renault à celle de la SNCF, Alexia découvrit un univers étrange gouverné par un paradoxe fiscal déroutant. Sur l'exercice 2010, la SNCF dégageait un résultat net d'environ 700 millions d'euros, ce qui lui permettait de verser à son actionnaire principal, à savoir l'État, des dividendes records de 230 millions d'euros. Mais ces dividendes étaient en trompe-l'œil, car les pouvoirs publics subventionnent la SNCF à hauteur de presque 10 milliards par an ! Il était dès lors pour le moins bizarre de réaliser des bénéfices, qui plus est imposables, lorsque l'on est une entreprise en déficit chronique... L'arrivée d'une brillante fiscaliste en 2011 marqua le retour d'une certaine logique fiscale. En février 2012, la SNCF annonça des bénéfices en chute libre, en raison d'une habile et opportune dépréciation d'actifs pour 840 millions d'euros, dont 700 millions au titre de ses rames TGV (les trains vieillissent aussi !). Cet effondrement du dividende était cependant loin de signifier une mauvaise gestion de la SNCF. Au contraire, sur la même période, la marge opérationnelle a progressé de plus de 40% !

Alexia n'est pas qu'une bonne fée pour son entreprise. Elle a également ouvert en grand sa porte aux étudiants du Master Fiscalité de l'entreprise de l'Université Paris Dauphine et accepté de devenir la marraine du Client Service Tax Game. Ce serious game organisé par Stéphane Baller, associé chez Ernst & Young, société d'avocats, permet aux étudiants de se confronter à la réalité (et parfois au caractère irréel !) de la gestion fiscale des grands groupes français. L'accueil d'Alexia a été particulièrement bienveillant. Elle n'a jamais dit comme monsieur Lapin : « Je suis en retard ! En retard ! En retard ! ». Au contraire, elle s'est prêtée au jeu avec un enthousiasme inégalé et a consacré beaucoup de temps aux étudiants. Toute la promotion 2012 tient d'ailleurs à lui rendre hommage et dédit à cette marraine exceptionnelle ce numéro 2 de la Revue de fiscalité de l'entreprise.

Thibaut MASSART

Directeur de la rédaction

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

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, Senior Tax Director Power Conversion,
VP Tax GE Industrial,
Arnaud Chastel, Avocat, Associé Cabinet Landwell et Associés
Franck Demailly, Ducellier Avocats, Associé, Droit fiscal
Frédéric Douet, Maître de conférences à l'Université Paris-Dauphine
Jean-Pierre Gastaud, Professeur agrégé, Université Paris-Dauphine
Morgan Guillou, Manager Group Tax Affairs Dassault Systèmes
Gauthier Halba, Conforama, Responsable Fiscal
Bérangère Lefebvre, EU VAT manager Technicolor
Magali Levy, avocate, Eversheds LLP
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, Associé Cabinet Landwell & Associés
Julien Riahi, Avocat Cabinet Baker & McKenzie

SOMMAIRE

FISCALITE INTERNE

Les Pactes Dutreil : histoire d'un régime de faveur marqué par des assouplissements successifs
Par Sophie CAULLIEZ et Julien THIBAULT-LIGER P. 5

Limitation de la déductibilité des charges financières et amendement Carrez
Par Anthony CAYER et Florence DEBOISSY P. 12

La réforme de l'imputation des déficits : reflet d'un climat d'incertitude législative
Par Viviane BOISSARD et Juliette BOURGEOIS P. 20

La TVA sur frais de cession de titres : vers une déduction libre de tout obstacle ?
Par Mélanie CINBAS et Bérangère LEFEBVRE P. 27

Le retour d'une contribution exceptionnelle d'IS, une habitude en temps de crise
Par Stéphanie PENCHENAT et Juliette BOURGEOIS P. 36

Trust me if you can! Le trust n'inspire plus confiance
Par Leïla MEGDOUD et Julien RIAHI P. 42

FISCALITÉ EUROPÉENNE

Fonds d'investissement étrangers et retenue à la source française : la fin prochaine d'une discrimination fiscale ?
Par Stéphane RAISON et Thibaut MASSART P. 50

TVA sur les activités financières : en attendant la nouvelle règlementation, la jurisprudence au secours des textes communautaires
Par Daniel GOLDENBAUM et Odile COURJON P. 57

FISCALITÉ INTERNATIONALE

La déductibilité des pertes subies par une succursale ou filiale étrangère d'une société française
Par E. CHARTIER P. 67

La difficile question des sociétés de personnes en droit fiscal international
Par Edouard FRIZON et Jérôme BARRE P. 74

FISCALITÉ COMPARÉE

Compétitivité fiscale et brevet d'invention, la France en mal d'inspiration
Par Marine MOREL et Jean-Michel FERRAGATTI P. 82

LES PACTES DUTREIL : HISTOIRE D'UN RÉGIME DE FAVEUR MARQUÉ PAR DES ASSOUPLISSEMENTS SUCCESSIFS

Sophie CAULLIEZ, *Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris Dauphine*

Julien THIBAULT-LIGER, *Directeur à l'Ingénierie Patrimoniale, UBS France SA*

Alors que les pactes Dutreil ont à nouveau été modifiés par la première loi de finances rectificative pour 2011, il est intéressant de constater en quoi cette modification s'inscrit dans un régime fiscal de faveur qui n'a cessé de s'assouplir année après année et d'en retracer les évolutions marquantes depuis sa création.

Aujourd'hui, les pactes Dutreil tels que prévus aux articles 787 B et 787 C du Code Général des Impôts constituent le socle d'une transmission à titre gratuit réussie.
Ils autorisent en effet les transmissions d'entreprises exploitées sous la forme individuelle ou sociale qui exercent une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale à bénéficier d'un abattement de 75% pour le calcul des droits de mutation à titre gratuit (transmission par décès ou entre vifs) en contrepartie d'un engagement de conservation des titres. Le même régime est applicable en matière d'ISF, avec quelques différences toutefois[1].

Ce régime a été créé en réponse à un objectif simple : pérenniser les entreprises françaises, et en particulier les TPE et les PME, dont la transmission revêt plusieurs difficultés. C'est tout d'abord le changement de la personne clé de l'entreprise : son dirigeant, son départ peut bousculer le fonctionnement et l'activité de l'entreprise. Le poids et la complexité de la fiscalité subie notamment en terme de droits de mutation peuvent dissuader les repreneurs ou appauvrir drastiquement la société. Ces conséquences sont des motifs de faillite. En effet, avant la création de mécanismes favorisant la transmission d'entreprise, les héritiers ou les donataires n'avaient souvent pas d'autres choix que de vider les disponibilités de la société afin de verser les dividendes nécessaires au paiement des droits de mutation à titre gratuit pouvant atteindre jusqu'à 40% de la valeur de la société, soit un montant faramineux au regard des moyens financiers de cette dernière. La société se retrouvait donc dépossédée de son dirigeant et de ses ressources financières.

Certaines statistiques relatives au contexte des transmissions d'entreprises en France aideront à comprendre l'utilité de ce mécanisme. Des statistiques fournies par le Ministère de l'Économie[2] révèlent que le marché de la transmission-reprise est estimé à 700 000 entreprises (soit 27%) dans la décennie à venir. Parmi elles, 11% des cessions surviennent suite à la maladie ou au décès du dirigeant, néanmoins, les transmissions familiales sont en recul en France, elles représentent moins de 10% des transmissions d'entreprise. Enfin, on observe que 10% des entreprises transmises sont en échec après six années d'activité. C'est donc avant tout pour répondre à un objectif de pérennité et de stabilité des entreprises françaises que le dispositif de faveur des pactes Dutreil a été introduit. En réduisant la charge fiscale et en aménageant son acquittement, les dirigeants d'entreprises sont incités à prévoir le moment et les modalités de leur succession. Par le biais de l'engagement de conservation que nous détaillerons ensuite, les entreprises concernées bénéficient d'une stabilité de l'actionnariat qui réduit le risque de faillite.

1 Le présent article s'intéresse plus particulièrement au Dutreil transmission. Pour le Dutreil ISF cf Assouplissement des modalités d'application de l'exonération partielle d'ISF prévue en faveur des pactes Dutreil, Droit fiscal n°30, 28 juillet 2011, comm. 468.

2 Rapport sur les Risques et Opportunités de la transmission des entreprises industrielles réalisé pour le Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Emploi par la société KPMG, janvier 2008.

Aujourd'hui, les pactes Dutreil tels que prévus aux articles 787 B et 787 C du Code Général des Impôts constituent le socle d'une transmission à titre gratuit réussie.
Ils autorisent en effet les transmissions d'entreprises exploitées sous la forme individuelle ou sociale qui exercent une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale à bénéficier d'un abattement de 75% pour le calcul des droits de mutation à titre gratuit (transmission par décès ou entre vifs) en contrepartie d'un engagement de conservation des titres. Le même régime est applicable en matière d'ISF, avec quelques différences toutefois[1].

Ce régime a été créé en réponse à un objectif simple : pérenniser les entreprises françaises, et en particulier les TPE et les PME, dont la transmission revêt plusieurs difficultés. C'est tout d'abord le changement de la personne clé de l'entreprise : son dirigeant, son départ peut bousculer le fonctionnement et l'activité de l'entreprise. Le poids et la complexité de la fiscalité subie notamment en terme de droits de mutation peuvent dissuader les repreneurs ou appauvrir drastiquement la société. Ces conséquences sont des motifs de faillite. En effet, avant la création de mécanismes favorisant la transmission d'entreprise, les héritiers ou les donataires n'avaient souvent pas d'autres choix que de vider les disponibilités de la société afin de verser les dividendes nécessaires au paiement des droits de mutation à titre gratuit pouvant atteindre jusqu'à 40% de la valeur de la société, soit un montant faramineux au regard des moyens financiers de cette dernière. La société se retrouvait donc dépossédée de son dirigeant et de ses ressources financières.

Certaines statistiques relatives au contexte des transmissions d'entreprises en France aideront à comprendre l'utilité de ce mécanisme. Des statistiques fournies par le Ministère de l'Économie[2] révèlent que le marché de la transmission-reprise est estimé à 700 000 entreprises (soit 27%) dans la décennie à venir. Parmi elles, 11% des cessions surviennent suite à la maladie ou au décès du dirigeant, néanmoins, les transmissions familiales sont en recul en France, elles représentent moins de 10% des transmissions d'entreprise. Enfin, on observe que 10% des entreprises transmises sont en échec après six années d'activité. C'est donc avant tout pour répondre à un objectif de pérennité et de stabilité des entreprises françaises que le dispositif de faveur des pactes Dutreil a été introduit. En réduisant la charge fiscale et en aménageant son acquittement, les dirigeants d'entreprises sont incités à prévoir le moment et les modalités de leur succession. Par le biais de l'engagement de conservation que nous détaillerons ensuite, les entreprises concernées bénéficient d'une stabilité de l'actionnariat qui réduit le risque de faillite.
Concernant l'acquittement des droits de mutation à titre gratuit, la loi prévoit le cumul du régime Dutreil et du mécanisme de paiement différé fractionné. Il s'agit d'un mécanisme permettant aux bénéficiaires de transmissions d'entreprises non cotées recevant au moins 5% du capital social de s'acquitter des droits de mutation à titre gratuit avec un différé de 5 ans suivant la transmission (versement annuel des seuls intérêts du crédit) et, à l'expiration de ce délai, de fractionner le paiement des droits dus sur 10 ans à raison de 1/20 tous les ans assorti du même intérêt exigible semestriellement avec un taux d'intérêt très faible[3]. De ce fait, un donataire ou légataire qui se voit transmettre une entreprise pourra cumuler l'abattement de 75% prévu par le régime Dutreil et le mécanisme du paiement différé fractionné, ce qui lui permettra de s'acquitter des droits calculés sur 25% de la valeur de l'entreprise et ce sur une période de 15 ans et non plus au moment de la transmission. Le cumul de ces deux mécanismes est donc un excellent moyen pour favoriser la transmission d'entreprise.

Alors qu'à ses débuts, le pacte Dutreil était méconnu des dirigeants de PME, ses nombreuses modifications au cours de la décennie passée, l'ont progressivement fait connaître. Et cela malgré l'insécurité juridique et la complexité que causent ces fréquents changements pour des associés qui ne maitrisent pas la fiscalité. Les dernières lois fiscales vont dans le bon sens et tendent à accorder plus de flexibilité au pacte Dutreil. La dernière en date, la première loi de finances rectificative pour 2011 intervient à nouveau sur les conditions d'engagement de conservation et l'administration fiscale a finalement publié son instruction 7 G-3-12 sur les mutations à titre gratuit et les pactes Dutreil le 22 mars 2012. Cette

3 Calculé sur la base de l'intérêt légal au jour de la demande de crédit réduit sous certaines conditions de 2/3 soit 0,10% (taux pour les demandes effectuées en 2011).

instruction était attendue depuis plus de 10 ans car les seules précisions quant à l'application du régime étaient apportées par des réponses ministérielles pour le moins nombreuses. La dernière instruction administrative, sensée éclaircir la situation pour les dirigeants d'entreprise et leurs héritiers ou cessionnaires datait du 18 juillet 2001, autant dire obsolète depuis bien longtemps étant donné le nombre de modifications qui ont été apportées aux pactes Dutreil depuis cette date.

Ces nombreuses modifications depuis 2000 sont à la fois relatives au champ d'application du régime qui s'élargit (I) ainsi qu'aux conditions requises en bénéficier qui sont de moins en moins contraignantes (II).

1/ LE MÉCANISME DU PACTE DUTREIL : UN CHAMP D'APPLICATION QUI S'ÉLARGIT

Le régime du pacte Dutreil a été institué par l'article 11 de la loi de finances pour 2000 puis modifié par l'article 5 de la loi de finances pour 2001 et codifié aux articles 789 A et 789 B du CGI. Ce régime permettait à l'époque une exonération partielle portant sur 50% des droits de mutation en cas de transmission d'entreprise par décès uniquement. Dès 2003, de nouvelles modifications ont eu lieu, et depuis 2005, six lois de finances, dont certaines rectificatives, ont modifié successivement le régime fiscal des pactes Dutreil.

A) Le régime du pacte Dutreil aujourd'hui : rappel du mécanisme

Les pactes Dutreil sont des engagements de conservation des titres qui permettent dans le cadre d'une succession ou d'une donation, d'être exonéré à hauteur de 75% des droits de mutation à titre gratuit. Cette exonération partielle s'applique aux transmissions de parts ou d'actions de société quelque soit leur régime fiscal dans la mesure où l'activité est industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale. L'exonération peut également s'appliquer aux parts et actions de sociétés interposées dans la limite d'un double degré d'interposition.

L'application de ce dispositif de faveur est principalement subordonnée au respect des conditions suivantes :

(1) Les parts ou actions doivent faire l'objet d'un **engagement collectif de conservation d'une durée minimale de deux ans**. La durée de cet engagement court à compter de l'enregistrement de l'acte constatant le pacte. L'engagement est pris par le défunt ou le donateur pour lui et ses ayants cause à titre gratuit avec un ou plusieurs autres associés de la société.

L'engagement de conservation collectif doit porter sur une participation minimum de 20% des droits financiers et des droits de vote dans le cas de titres de sociétés cotées.

La participation minimum est portée à 34% s'il s'agit de titres de sociétés non cotées. Ces seuils doivent être respectés durant toute la durée de l'engagement collectif de conservation.

L'engagement collectif de conservation est réputé acquis lorsque le défunt ou le donateur (qu'il soit seul ou avec son conjoint) possèdent un pourcentage supérieur ou égal aux seuils requis, depuis deux ans au moins avant la signature de l'engagement de conservation et qu'il (ou son conjoint) exerce depuis plus de deux ans son activité principale ou si la société est soumise à l'IS, il doit y exercer une des fonctions de direction énumérées à l'article 885 O Bis du CGI[4].

De plus, si la transmission survient pour cause de décès avant qu'il y ait eu engagement collectif de conservation, celui-ci peut être fait dans les six mois suivant la date du décès par un ou plusieurs héritiers avec un ou plusieurs associés (Dutreil Post mortem).

2) Les héritiers ou légataires de la transmission doivent, à la fin de l'engagement collectif de conservation de deux ans, **s'engager individuellement à conserver les titres transmis pendant une période de quatre ans.**

(3) L'un des héritiers ou donataire soumis à l'engagement individuel de conservation ou l'un des associés soumis à l'engagement collectif de conservation des titres, doit exercer son activité

4 Article 885 O Bis : « gérant ... d'une SARL, ou d'une SCA, soit associé en nom d'une société de personnes, soit président, directeur général, président du conseil de surveillance ou membre du directoire d'une société par actions. »

principale s'il s'agit d'une société de personnes, ou une fonction de direction[4] s'il s'agit d'une entreprise soumise à l'IS. Cet exercice est requis pendant une période minimale correspondant à la durée de l'engagement collectif à laquelle s'ajoutent les trois années qui suivent la transmission.

En cas de non-respect de ces conditions, l'exonération partielle peut être remise en cause, ce qui entraine une obligation de s'acquitter du complément des droits de mutation à titre gratuit majorés des intérêts de retard.

Afin de comprendre l'évolution des pactes Dutreil et de mesurer les améliorations accomplies au cours de la décennie passée, il convient de retracer certaines modifications qui, cumulées, ont considérablement élargi le champ d'application du régime d'exonération partielle et ont conduit au régime exposé ci-dessus.

B. Retour sur certains élargissements du champ d'application

Un des premiers et non moins importants assouplissements du pacte Dutreil fut l'extension du champ d'application du régime aux transmissions entre vifs à compter du 1er janvier 2004. Cette modification du régime a entrainé une nouvelle rédaction du dispositif de faveur comprenant des dispositions communes aux successions et aux donations et a été insérée au CGI sous le numéro d'un nouvel article : le 787 B. Cette première réforme du pacte Dutreil montre la volonté du législateur de favoriser la transmission d'entreprise non seulement en cas de succession mais également en cas de donation, dans un objectif de pérenniser les entreprises françaises. Cet assouplissement a de ce fait ouvert le régime à un nombre bien plus important de transmissions et a permis à des dirigeants en fin de carrière d'organiser leur départ et leur remplacement.

Dans cette même perspective de survie des entreprises en France, la loi PME promulguée le 2 août 2005 dite « loi Dutreil II » (la loi Dutreil I correspondant à la loi du 1er aout 2003 pour l'initiative économique) a également assoupli le régime des pactes Dutreil. Cette loi visait à assurer la pérennité des entreprises, anciennes ou nouvellement créées, à soutenir leur croissance et à faciliter leur transmission par le biais de mesures d'incitations fiscales. Il ne fut donc pas surprenant que le pacte Dutreil soit à nouveau mis à contribution. La loi PME a porté le taux d'exonération de 50% à 75%, et a en outre étendu le champ d'application aux donations avec réserve d'usufruit à condition que les statuts de la société en question limitent les droits de l'usufruitier aux seules décisions concernant l'affectation des bénéfices. L'avantage de cette réforme est donc évident puisque les droits de mutation à titre gratuit dus sont désormais divisés par quatre et non plus par deux, ce qui correspond à une transmission taxée à un taux marginal de 5,6%[5] et souvent bien inférieur dans la réalité[6]. En contrepartie de cet impôt allégé, les bénéficiaires de la donation ou les héritiers au moment du décès reçoivent la pleine ou la nue-propriété des titres à charge de les conserver pendant une certaine période.

Dans l'hypothèse d'un démembrement de propriété, l'engagement de conservation devra alors être souscrit conjointement par le nu-propriétaire et l'usufruitier des titres de la société transmise. En cas de réunion de l'usufruit et de la nue-propriété, il n'y aura pas de nouvel engagement de conservation à prendre, celui-ci restera constitué par la date de souscription de l'engagement initial.

Le législateur a ensuite admis un nouvel aspect important de la survie des entreprises : les restructurations. Alors qu'aux débuts du régime Dutreil, l'exonération partielle était systématiquement remise en cause pour non-respect des obligations de conservation des titres lors d'une fusion, scission ou autre restructuration, la loi de finances rectificative pour 2006 a étendu aux pactes Dutreil certaines tolérances.

Depuis cet aménagement, en cas de fusion, scission ou augmentation de capital réalisées postérieurement à la transmission, l'abattement

5 En application de la formule : 45% (TMI) x 25% (Base taxable) x 50% (Réductions de droits). = 5,625%

6 Pactes « Dutreil » et droits de succession, Eric Ginter, Option Finance n°906, 13 novembre 2006, p.42.

7 Restructurations, nouveaux enjeux, Franck Aggeri et Frédérique Pallez, Revue de l'Ires n°47, p. 236.

de 75% des droits de mutation à titre gratuit n'est pas remis en cause sous réserve du respect de certaines conditions. En cas de restructuration au cours de l'engagement collectif de conservation, les signataires devront poursuivre l'engagement collectif jusqu'à son terme et les titres reçus en contrepartie de l'opération de restructuration devront être conservés jusqu'au terme de l'engagement collectif puis individuel. En cas de restructuration au cours de l'engagement individuel, seul le respect de la totalité de celui-ci sera exigé.

Cet assouplissement du régime Dutreil a encore une fois été un moyen d'assurer la pérennité des sociétés car les restructurations sont un moyen de réorganiser le paysage des entreprises françaises. En cas de difficulté d'une entreprise ou bien par simple décision stratégique, une restructuration peut permettre d'en assurer la survie. Aujourd'hui, « la restructuration est devenue un outil permanent d'adaptation industrielle des entreprises[7] », cela illustre bien la volonté du législateur de s'adapter, lui aussi, au contexte économique actuel.

Depuis ces assouplissements du pacte Dutreil, d'autres lois de finances sont venues élargir le champ d'application du régime, à chaque fois en procédant pas à pas, de telle sorte que chaque réforme complète la précédente et le régime, sans jamais fondamentalement modifier le dispositif de faveur. La plupart de ces assouplissements sont liés aux conditions d'engagements de conservation qui laissent de plus en plus de flexibilité aux associés et à leurs donataires ou légataires.

II) UN MÉCANISME QUI TOLÈRE DE PLUS EN PLUS DE SOUPLESSE QUANT À SES CONDITIONS

L'une des principales difficultés et freins à l'application des pactes Dutreil réside dans des conditions relativement strictes, mais qui tendent à s'assouplir au fil des ans, notamment dans les durées et modalités d'engagement de conservation des titres. C'est essentiellement depuis 2007 et en particulier depuis la loi de finances pour 2008 que le législateur a montré sa volonté d'alléger certaines contraintes. Ce dernier est intervenu à la fois au niveau de l'engagement collectif de conservation des titres et de l'engagement individuel mais également au niveau de l'engagement réputé acquis qui n'existait pas au moment de la création du dispositif de faveur.

A. Un engagement collectif qui s'assouplit et s'individualise

Plusieurs lois sont venues assouplir les modalités de l'engagement collectif de conservation et ont toléré certains aménagements sans remettre en cause l'abattement de 75%.

Parmi ces réformes, l'article 15 de la loi de finances pour 2008 a assoupli la date de conclusion de l'engagement collectif. Cette réforme prévoit que l'engagement collectif peut être conclu après le décès, alors qu'initialement, seuls les associés d'une entreprise pouvaient conclure un pacte Dutreil pour en faire bénéficier leurs héritiers ou légataires. Pour toutes les successions ouvertes depuis le 26 septembre 2007, ces derniers peuvent ainsi conclure entre eux et/ou avec d'autres associés un engagement collectif de conservation des titres dans un délai de six mois suivants la date de la transmission par décès. Les conditions de durée de l'engagement de conservation et de détention des titres demeurent inchangées dans cette situation, cependant, elles commencent à courir à compter de la conclusion de l'acte d'engagement de conservation, soit après la transmission contrairement au schéma de droit commun.

Cette nouvelle mesure constitue un « excellent filet pour les associés imprévoyants[8] ». En effet, comme le démontrent les statistiques relatives aux transmissions d'entreprises en France, les dirigeants d'entreprise sont en majorité peu informés par la fiscalité et les différents régimes qui existent en matière de transmission. Ils sont également nombreux à trouver la fiscalité complexe sans pour autant faire appel à un spécialiste. Or, c'est au moment où survient le décès du dirigeant, que

8 Engagement de conservation de titres : un nouvel assouplissement du régime Dutreil, Pascal Julien Saint-Amand, La Revue Fiscale Notariale n°1, Janvier 2008, comm. 13.

9 Instruction 7 G-3-12 du 9 mars 2012

ses associés et ses héritiers ou légataires font appel au spécialiste afin d'organiser la succession et la transmission. Avant la loi de finances pour 2008, même en cas d'information par le notaire ou l'avocat consulté au moment du décès, de l'existence du mécanisme du régime Dutreil, celui-ci ne pouvait s'appliquer et la transmission pouvait être taxée jusqu'à 40% sur 100% de la valeur de la société.
L'assouplissement de la date de conclusion de l'engagement collectif de conservation a donc encore une fois favorisé la transmission d'entreprise, dans la mesure où des héritiers ou légataires qui n'avaient pas prévu le décès de l'associé peuvent désormais reprendre l'entreprise sans devoir s'acquitter de droits de mutation trop élevés.

Par ailleurs, la loi de finances pour 2008, qui est sans doute la réforme la plus significative du régime Dutreil a prévu d'autres assouplissements. Deux d'entre eux méritent l'attention :

* La loi a tout d'abord réduit la durée d'engagement individuel suivant l'engagement collectif à quatre ans, contre six initialement. La durée globale de l'engagement est donc limitée à un minimum de six ans au lieu des huit ans exigés depuis la création du dispositif de faveur en 2000 jusqu'à fin 2007. Cela s'explique par le fait que le législateur considérait qu'une durée d'engagement trop longue pouvait dissuader les héritiers ou donataires de reprendre une entreprise dont ils n'étaient pas forcément intéressés.
* La réforme a également assoupli la durée relative à la fonction de direction exercée par un héritier ou donataire membre au pacte, condition obligatoire afin de bénéficier du régime Dutreil. Désormais, l'exercice de la fonction de direction s'applique à compter de la période couverte par l'engagement collectif puis au cours des trois années qui suivent la transmission de l'entreprise. Avant la réforme, la fonction de direction devait être exercée pendant 5 ans au moins suivant le jour de la transmission. Cette réforme a pour objectif de faciliter la continuité de l'activité.

L'article 12 de la loi du 29 juillet 2011 de finances rectificative est la dernière réforme en date du régime Dutreil. Celui-ci a fidèlement été assoupli par le législateur qui a autorisé l'admission de nouveaux associés à un pacte déjà conclu et a exclu certains motifs de remise en cause de l'engagement collectif de conservation des titres. Par ailleurs, l'administration a publié le 9 mars dernier une instruction administrative répondant enfin à certaines interrogations répétées[9].

L'article 12 de la loi permet à des associés d'adhérer à un pacte déjà conclu à condition que l'engagement collectif soit reconduit pour une durée minimale de deux ans. Cela marque une avancée dans la souplesse du régime puisqu'auparavant, la seule possibilité était de conclure un nouveau pacte avec l'associé supplémentaire mais cela supposait des formalités obligatoires.
La reconduction de l'engagement collectif a toutefois une incidence sur l'engagement d'exercice d'une fonction de direction par l'un des associés signataires. En effet celle-ci doit être exercée pendant toute la durée de l'engagement collectif et les trois années suivantes, ce qui implique, en cas de reconduction de l'engagement collectif, un allongement de la durée de l'exercice.
L'efficience de cette modification du régime Dutreil est limitée car l'entrée d'un nouveau signataire fait perdre aux autres signataires le bénéfice de l'antériorité de l'engagement. Cet « assouplissement » a en réalité pour objectif d'éviter de réécrire l'acte d'engagement collectif de conservation et celui du droit fixe de 125 euros[10].
La réforme prévoit également qu'en cas de cession des titres par l'un des signataires pendant la durée de l'engagement collectif, l'exonération partielle n'est pas remise en cause à l'égard des autres signataires dès lors qu'ils conservent leurs titres (tout en respectant le seuil de 20% ou 34%) jusqu'au terme de l'engagement prévu. Le cessionnaire ou un nouvel associé peut donc s'associer à l'engagement collectif à raison des titres cédés afin que le seuil soit respecté et que l'engagement collectif soit reconduit d'une durée de deux ans.

10 Le pacte Dutreil encore modifié : « à chaque nouvelle loi, sa contribution personnelle », Alexandra Arnaud-Emery, La Semaine Juridique et Affaires n°45, 10 novembre 2011, 1801

Antérieurement à ces réformes, le législateur avait nettement assoupli le régime d'exonération partielle en admettant la possibilité d'en bénéficier en l'absence d'acte constatant l'engagement de conservation des titres lorsque certaines conditions étaient satisfaites. L'engagement réputé acquis comporte plusieurs avantages.

B. L'engagement réputé acquis, simplification de la mise en pratique du régime

L'article 57 de la loi de finances rectificatives pour 2006 a assoupli le régime Dutreil en supprimant, sous certaines conditions, l'obligation de signer un engagement collectif de conservation. Ainsi, l'engagement collectif de conservation peut depuis le 1er janvier 2007 être « réputé acquis ».

Initialement, l'engagement réputé acquis permettait à une personne physique de se prévaloir de l'existence d'un engagement collectif et ainsi bénéficier de l'abattement de 75% des droits de mutation dès lors qu'elle détenait, avec son conjoint, une participation dépassant les seuils de 20% ou 34% requis et qu'elle ou son conjoint exerçait dans la société son activité principale ou une fonction de direction (dans le cas d'une société soumise à l'IS).

Ce n'est qu'à partir de la réforme du régime Dutreil de l'article 15 de la loi de finances pour 2008, que l'engagement peut être réputé acquis également dans l'hypothèse de détention par une personne seule ou par des personnes liées par un PaCS lorsque les mêmes conditions de seuils de détention et d'exercice d'une activité ou d'une fonction de direction sont respectées. Ainsi, l'engagement collectif peut donc être remplacé par un engagement réputé acquis « individuel ».

Il permet également en cas de donation de faire courir l'engagement individuel immédiatement après la transmission de la société. Cela réduit donc la durée de l'engagement postérieure au décès de six à quatre ans et réduit la durée de l'obligation d'exercice d'une fonction de direction par un donataire ou légataire aux trois années suivant la transmission.

Le législateur a ainsi souhaité simplifier ce régime de faveur en le rendant moins contraignant aux yeux des donataires ou légataires.

Chaque année depuis 2005, on peut constater que les lois de finances réservent de bonnes surprises du côté des pactes Dutreil. Désormais connus des associés de PME et récemment commentés par l'administration fiscale, les pactes Dutreil constituent un outil très avantageux.

En allégeant ses conditions d'application, le législateur parvient à inciter les transmissions d'entreprises et donc à pérenniser les PME françaises, ce qui était l'objectif de sa création.

Il convient de constater toutefois que ces assouplissements successifs tranchent avec les récentes réformes sur la fiscalité du patrimoine qui elles, sont de plus en plus rigides et confiscatoires. La pérennité des PME françaises passe par une pérennité du système fiscal de faveur qui encadre ces transmissions. Gageons que la conjoncture économique actuelle et l'accroissement de la dette souveraine ne mettront pas à mal ce mécanisme incitatif. La prochaine loi de finances nous le dira.

LIMITATION DE LA DÉDUCTIBILITÉ DES CHARGES FINANCIÈRES ET AMENDEMENT CARREZ

Anthony CAYER, *Master II Fiscalité de l'entreprise Université Paris Dauphine*

Florence DEBOISSY, *Professeur de droit privé Université Montesquieu Bordeaux IV*

La déductibilité des charges financières liées à l'acquisition de titres de participation a été à nouveau limitée avec l'adoption de la quatrième loi de finances rectificative, publiée au journal officiel le 29 décembre 2011[1]. Issue d'un amendement déposé par le député Gilles Carrez, cette nouvelle mesure anti-abus fait d'ores et déjà l'objet d'interrogations. L'Administration fiscale a publié le projet d'instruction le 16 mars 2012 qui apporte quelques précisions sur l'application du dernier dispositif en date[2].

En cette période de disette budgétaire, le législateur limite le jeu de certains mécanismes d'optimisation fiscale, avec le risque de mettre en péril l'attractivité du système fiscal français auprès des investisseurs étrangers. Le dispositif Carrez fait suite à deux précédents dispositifs limitant la déductibilité des charges financières. Le premier, connu sous le nom de dispositif anti sous-capitalisation, et figurant à l'article 212 du Code Général des Impôts, interdit la déduction des intérêts acquittés à raison d'un prêt entre deux sociétés liées lorsque la société emprunteuse est sous capitalisée et que le taux d'intérêt est supérieur à celui du marché. Le second, dit amendement Charasse, prévu à l'article 223 B al. 7 du CGI, s'applique aux opérations d'acquisition réalisées au sein d'un groupe fiscalement intégré. Il prohibe la déduction par une société cessionnaire intégrée des intérêts de l'emprunt contracté en vue d'acquérir une société cible détenue directement ou indirectement par la société tête de groupe.

Le dernier dispositif en date, codifié à l'article 209 IX du CGI, renforce cet arsenal en partant du constat, établi par Gilles Carrez[3], que certaines entreprises utilisent le droit fiscal français pour réaliser des opérations d'acquisition à l'étranger. L'idée est de lutter contre les schémas permettant à des sociétés étrangères de tirer avantage de manière abusive du système français. Jusqu'à l'adoption de ce dispositif, la constitution d'une holding de financement en France ayant pour mission d'acquérir la société cible située à l'étranger permettait en effet d'importants effets d'aubaine. La société cessionnaire établie en France ne supportait pas d'impôt sur les sociétés du fait du montant de ses charges financières. Or, elle n'est imposable ni à raison des dividendes en provenance de la société cible étrangère (sous réserve d'une quote-part de frais et charges de 5 % des dividendes), ni à raison de l'éventuelle plus-value de cession des titres (sous réserve d'une quote-part de frais et charges de 10 % de la plus-value). Est donc visé le schéma d'optimisation reposant sur une dissociation entre la propriété juridique des titres (détenue par une société française) et le pouvoir de décision ou le contrôle effectifs (exercés par une société implantée hors de France) dans le seul but de profiter du régime fiscal français très favorable applicable aux holdings. Ce schéma s'est attiré les foudres de l'Administration fiscale qui, d'une part, ne pouvait pas empêcher la déduction des

1 L. fin. rect. n° 2011-1978, 28 déc. 2011.
2 Projet de BOI 4 H, Déductibilité des charges financières, titres de participation, 16 mars 2012.
3 Année 2011. – No118 [2] A.N. (C.R) Séance du 2 décembre 2011, Compte-rendu intégral des débats de la Commission des Finances de l'Assemblée Nationale, Session ordinaire, 76ème séance.

charges financières et, d'autre part, ne pouvait pas appréhender les résultats de la société mère étrangère[4].

Il est désormais prévu que lorsqu'une société française acquiert des titres d'une société sans pouvoir établir qu'elle exerce le pouvoir de décision ou le contrôle effectif attachés aux titres, la déductibilité des charges financières est limitée de façon forfaitaire. Ce nouveau dispositif est inspiré de l'amendement Charasse applicable dans les groupes fiscalement intégrés, à cette différence près que la mesure a vocation à s'appliquer dans tous les groupes. Il s'applique aussi bien aux acquisitions réalisées au cours des exercices ouverts à compter du 1er janvier 2012 qu'à celles réalisées au cours d'exercices antérieurs, dans la limite de la période de réintégration des charges financières non déductibles. Si l'intention qui a conduit le législateur à adopter cet amendement est vertueuse, il n'en demeure pas moins que le texte est imprécis et imparfait. Ce faisant, il fait peser de nouvelles contraintes, mais surtout de nouveaux risques sur les sociétés, ce qui leur imposera d'être particulièrement vigilantes. Il ressort en effet de l'analyse du dispositif que son domaine d'application est particulièrement large, ce qui atteste de sa rigueur (I), et qu'il souffre de nombreuses imprécisions (II)

I. LA RIGUEUR DU DISPOSITIF DE NON DEDUCTIBILITE DES CHARGES FINANCIERES

Depuis quelques années, le constat est clair : un groupe sur deux ne paye pas l'impôt sur les sociétés[5]. Gilles Carrez s'en est d'ailleurs fait l'écho en déclarant lors des débats[6] qu'il s'inquiétait de l'effritement, pour ne pas dire de l'érosion de l'IS. La mesure est en effet fondée sur la volonté du législateur du lutter contre les abus répétés de certains investisseurs étrangers (A). Toutefois, même si le législateur a veillé à circonscrire le champ d'application du dispositif en prévoyant des exceptions, son champ d'application demeure très étendu (B).

A. Le fondement du texte

L'économie générale du nouvel article 209 IX est de poser une présomption de non déductibilité des charges financières pour toute acquisition de titres de société, française ou étrangère. Pour la détermination des résultats des exercices ouverts à compter du 1er janvier 2012, toute société qui détient des titres de participation sans être en mesure d'établir que les décisions relatives à ces titres sont effectivement prises par elle-même ou par une société établie en France la contrôlant ou par une société établie en France directement contrôlée par cette dernière, devra réintégrer une quote-part forfaitaire de ses charges financières au titre des exercices clos et ce, jusqu'au terme de la huitième année suivant celle de l'acquisition. Le dispositif s'applique aussi lorsque le contrôle de la société cible est effectivement exercé par une société étrangère ou par une société française directement contrôlée par une société étrangère. Le montant des charges réintégrées est déterminé, pour chaque exercice, en fonction du rapport entre le prix d'acquisition des titres et le montant de la dette globale de la société.

Le nouveau dispositif repose sur une certaine conception du principe de territorialité. Celui-ci ne se limiterait plus simplement à la question de savoir si l'Administration est en droit ou non d'appréhender les bénéfices réalisés par une entreprise au titre de l'impôt sur les sociétés. S'y ajouterait l'idée selon laquelle ne peuvent bénéficier des différents dispositifs d'optimisation liés à l'impôt sur les sociétés que les entreprises contrôlées et exploitées en France et dont l'Administration peut appréhender les bénéfices au titre de l'impôt sur les sociétés. *A contrario*, et à défaut de pouvoir appréhender les résultats des entités contrôlées de l'étranger, il ne doit pas être possible pour ces entités de bénéficier de mécanismes d'optimisation. Et comme le disait

4 CGI, art. 209 I : principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés
5 Le Billon, Véronique, CAC 40 : un groupe sur deux ne paie quasiment pas d'IS, Les Échos - 08/03/2012
6 Année 2011. – No118 [2] A.N. (C.R) Séance du 2 décembre 2011, Compte-rendu intégral des débats de la Commission des Finances de l'Assemblée Nationale, Session ordinaire, 76ème séance

Sartre, « un droit n'est jamais que l'autre aspect d'un devoir », qui serait ici, celui d'acquitter l'impôt sur les sociétés.

Cependant, la mesure devrait poser des problèmes de compatibilité avec le droit communautaire. Par exemple, dans l'hypothèse où une société allemande voudrait acquérir une cible par l'intermédiaire d'un *Special Purpose Vehicle (SPV)* français, l'opération serait freinée par les dispositions de l'article 209 IX énonçant que les charges financières du SPV contrôlé par une entité étrangère seront réintégrées pour une certaine part aux résultats de la société française. Au contraire, si la société contrôlante est établie en France, la société cessionnaire est autorisée à déduire les intérêts liés à l'acquisition d'une cible française ou étrangère. Il en résulte une différence de traitement entre la société cessionnaire détenue et contrôlée par une société mère française et la société cessionnaire détenue et contrôlée par une société mère étrangère, ressortissante de l'Union européenne. Cette mesure apparaît dissuasive et peut conduire la société mère étrangère à renoncer à réaliser l'opération. Ce dispositif pourrait donc porter atteinte aux libertés d'établissement et de circulation des capitaux dont jouissent les personnes morales ressortissantes de l'Union Européenne.

Dès lors resterait à savoir si cette différence de traitement serait justifiable et proportionnée au regard du but poursuivi. En mettant en avant l'objectif de lutte contre la perte de recettes fiscales, le législateur français s'exposerait à la censure des juges de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) puisque ce motif n'est pas admis par eux comme un motif impérieux d'intérêt général de nature à justifier une mesure discriminatoire[7]. S'il invoquait le motif de lutte contre l'évasion fiscale, celui-ci pourrait aussi être refusé puisque les juges de la CJUE considèrent que ce n'est pas un motif suffisant pour justifier une discrimination ou une entrave à une liberté garantie par le traité, et notamment la liberté d'établissement[8]. Des restrictions apportées par une mesure nationale ayant pour objet spécifique «d'exclure d'un avantage fiscal les montages purement artificiels dont le but serait de contourner la loi fiscale de l'État concerné»[9] paraissent en revanche concevables pour peu qu'elles soient justifiées et proportionnées au regard du but poursuivi. Or il n'a jamais été fait une application positive par la CJUE de cette justification puisqu'elle a toujours censuré le dispositif visé.

Pour se prémunir contre une éventuelle censure communautaire fondée sur le domaine trop général du texte, le législateur a prévu quelques exceptions, permettant de ne pas entrer dans le champ d'application du texte ou de s'en extraire.

B Le champ d'application du texte

L'article 209 IX s'applique en principe aux sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés, de plein droit ou sur option. Les sociétés cessionnaires visées par le dispositif sont généralement de droit français mais il peut s'agir de sociétés étrangères disposant d'une entreprise exploitée en France (en pratique, un établissement stable) dans la mesure où la transaction serait réalisée par l'intermédiaire de cette entreprise. Il est indifférent en revanche que la société cible soit française ou étrangère. Par ailleurs, la transaction doit porter sur l'acquisition de titres de participation, autrement dit de titres bénéficiant du régime d'exonération de 90 % des plus-values à long terme[10].

Lorsque le dispositif est applicable, la réintégration porte sur les charges financières supportées par la cessionnaire dans le cadre de l'acquisition des titres de la cible. Il reviendra à l'Administration de préciser ce qu'il faut comprendre par « charges financières », étant observé que le projet d'instruction précise

7 CJCE, Grande Ch., 12 septembre 2006, aff.C-196/04, Cadbury Schweppes plc & Cadbury Schweppes Overseas Ltd c/ Commissioners of Inland Revenue, n°49

8 CJCE, Grande Ch., 28 janvier 1986, aff. C-270/83 Commission c/ France, n°25 & CJCE, Grande Ch., 16 juillet 1998, aff. C-264/96 Imperial Chemical Industries plc (ICI) c/ Kenneth Hall Colmer.

9 CJCE 5e ch, 11 mars 2004, aff.C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant c/ Ministère de l'Economie, des Finances et de l'industrie, n°50

10 Tels que définis par les articles 39-1-5° et 219-I-a-ter du CGI

qu'elles s'entendent de l'ensemble des intérêts ou assimilés[11] venant rémunérer des sommes laissées ou mises à disposition de la société. De même, la notion d'acquisition doit être interprétée pour savoir si un apport de titres est concerné. Le projet d'instruction publié le 16 mars 2012 apporte quelques précisions. Il est indiqué que l'Administration se réserve le droit de recourir à la procédure de l'abus de droit dans le cadre de schémas visant à contourner le présent dispositif. Est visé le cas dans lequel une société s'endetterait en vue d'acquérir la cible et apporterait les fonds nécessaires à une société qu'elle contrôle, située en France qui réaliserait l'acquisition. A priori, dans le cas de la réalisation d'un apport à titre pur et simple, le dispositif Carrez ne serait donc pas applicable[12].

Le législateur a toutefois prévu des exceptions afin de restreindre le champ d'application de cette mesure. Ces exceptions rendent le dispositif moins général en apparence, mais, en pratique, elles devraient être d'application limitée. Signalons ici que le projet d'instruction indique par ailleurs que les titres de sociétés immobilières cotées et non cotées sont exclus du dispositif, ce qui ne ressort pas expressément de l'article 209 IX du CGI.

D'abord, le dispositif ne s'applique pas lorsque la valeur totale des titres de participation détenus par la société est inférieure à un million d'euros. L'instauration d'un tel seuil révèle le souci du législateur, à première vue, d'épargner les entreprises de taille modeste. Or il n'est apporté aucune précision sur la date à laquelle doit être appréciée la valeur des titres. L'Administration pourrait préciser que la valeur s'évalue à la date de l'acquisition des titres. Mais ce point fait débat. D'aucuns considèrent en effet que la valeur retenue doit être celle ayant cours à la clôture de l'exercice qui précède la cession des titres.

Ensuite, le dispositif ne s'applique pas lorsque la société cessionnaire est en mesure d'apporter la preuve que l'acquisition des titres n'a pas été réalisée par le biais d'un emprunt dont elle ou une autre société du groupe supporte la charge. Il faut donc prouver que l'emprunt contracté par la société ou une autre société du groupe au cours de l'exercice d'acquisition a reçu une autre affectation que l'acquisition des titres. Le législateur a toutefois pris en considération l'hypothèse dans laquelle l'entreprise cessionnaire acquiert les titres au moyen d'un emprunt avec intérêts différés. Prétendre que la société cessionnaire ne supporte aucune charge financière à un moment donné ne permettra pas d'échapper à la mesure anti-abus[13] Le projet d'instruction apporte un assouplissement en précisant que les emprunts contractés dont la société cessionnaire démontre qu'ils ne sont pas affectés à l'acquisition des titres peuvent être exclus de la formule de calcul qui sert à déterminer la quote-part des charges à réintégrer.

Enfin, la dernière exception concerne le cas dans lequel le ratio d'endettement du groupe auquel la société cessionnaire appartient est supérieur ou égal à son propre ratio d'endettement. En toute logique, cela contribue à montrer que l'endettement de la société n'est pas artificiel et motivé par un but exclusivement fiscal, mais est cohérent avec le profil économique du groupe. Cette disposition constitue la reprise d'une des exceptions à l'application du régime de lutte contre la sous-capitalisation, prévue par le III de l'article 212 du CGI. Il est d'ailleurs renvoyé à ces dispositions quant au calcul du ratio d'endettement. Pour la société cessionnaire, il s'agit du rapport existant entre le montant total des dettes sur le montant total des capitaux propres. Pour le ratio d'endettement du groupe, il convient de tenir compte des dettes, à l'exception de celles envers des entreprises appartenant aux groupes, et des capitaux propres, d'une part, minorés des coûts d'acquisition des titres des entreprises contrôlées et, d'autre part, retraités des opérations réciproques réalisées

11 En pratique, ces charges correspondent aux charges figurant au compte 66 dans la comptabilité de la société, à l'exception des charges nettes sur cessions de valeurs mobilières de placement, des pertes sur créances liées à des participations (créances irrécouvrables) et des pertes de change autres que celles afférentes à des opérations financières ainsi que des dotations financières aux amortissements et aux provisions.

12 LPF, art.. L. 64.

13 Voir l'intervention de Gilles Carrez sur ce point in Année 2011. – No118 [2] A.N. (C.R) Séance du 2 décembre 2011, Compte-rendu intégral des débats de la Commission des Finances de l'Assemblée Nationale, Session ordinaire, 76ème séance

entre entreprises appartenant au groupe, figurant au bilan du dernier exercice clos de l'ensemble des entreprises appartenant au groupe. Les précisions apportées par l'Administration au sujet du dispositif de lutte contre la sous-capitalisation[14] devraient donc être applicables au présent mécanisme.

La rigueur de ce nouveau dispositif est évidente. Ce sentiment est renforcé par les nombreuses incertitudes dont il est porteur.

II. L'IMPRÉCISION DU NOUVEAU DISPOSITIF DE NON DÉDUCTIBILITÉ DES CHARGES FINANCIÈRES

Les premiers commentaires ont tous relevé l'évidente imprécision du dispositif. En pratique, l'incertitude qui résulte de l'imprécision du texte le rend tout à fait redoutable. Les difficultés portent essentiellement sur le contenu de la preuve à la charge du cessionnaire pour renverser la présomption qui pèse sur lui (A) et sur la détermination des charges financières à réintégrer (B).

A. L'incertitude quant au contenu de la preuve à la charge du cessionnaire

Pour échapper au dispositif, il est nécessaire de prouver, d'une part, que les décisions relatives aux titres sont prises par une société résidente fiscale française et, d'autre part, que la société cible n'est pas sous le contrôle ou l'influence d'une entreprise située à l'étranger, au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce. Ces conditions doivent être remplies, soit par la société cessionnaire, soit par une société la contrôlant au sens du I de l'article L233-3 du Code de commerce (société mère), soit par une société contrôlée directement par cette dernière (société sœur), à condition qu'elles soient implantées en France. On relèvera que la loi n'envisage pas le cas de la filiale établie en France.

Ces deux éléments de preuve, qui peuvent être apportés par tout moyen, par la société mère de la société cessionnaire ou par la société cessionnaire elle-même, permettent d'écarter l'application de la mesure et de déduire l'intégralité des charges financières supportées dans le cadre de l'acquisition des titres. Pour les titres acquis au cours d'un exercice ouvert à compter du 1er janvier 2012, la preuve s'apprécie au titre de l'exercice d'acquisition des titres de participation ou des exercices couvrant une période de douze mois à compter de la date de leur acquisition. Pour les titres acquis avant le 1er janvier 2012, l'appréciation est opérée à compter du premier exercice ouvert après cette date. Lorsque la preuve a été apportée, il n'est plus nécessaire de l'apporter au titre des exercices suivants, quand bien même cette preuve ne serait plus respectée. En revanche, le projet d'instruction indique que ces deux éléments de preuve sont cumulatifs et non pas alternatifs. C'est une nouvelle démonstration de la sévérité du dispositif.

Concernant en premier lieu la preuve du pouvoir de décision, la difficulté résulte de l'interprétation devant être donnée à la notion de «décisions relatives à ces titres».

La question est d'abord de déterminer si l'entreprise cessionnaire est au centre de la décision relative à l'acquisition de la participation. Il est utile de s'interroger sur ce point puisque, en pratique, autant les filiales françaises de groupes internationaux sélectionnent les cibles potentielles et accompagnent le processus d'acquisition, autant les conditions essentielles de la prise de contrôle et la décision finale de réaliser l'acquisition de la cible appartiennent souvent, non pas à la filiale française cessionnaire, mais à la société mère étrangère.

Le pouvoir de décision peut aussi s'apprécier juridiquement ou économiquement une fois l'acquisition des titres réalisée. À défaut de précision, il n'est pas certain que le pouvoir de réaliser des actes d'administration sur les titres acquis suffise pour justifier de la détention du pouvoir de décision. En revanche, le fait de détenir le pouvoir de disposer des titres devrait être suffisant aux yeux de Bercy. Parmi les critères susceptibles d'établir la réalité du pouvoir de décision sur les titres, le projet d'instruction mentionne effectivement la décision d'acquisition ainsi que la liberté de disposer des

14 BOI 4 H-8-07 n°133 du 31 décembre 2007.

titres (nantissement, prêt, etc.). Il ne devrait donc pas être conseillé de procéder à un démembrement de propriété dans lequel il serait convenu que la cessionnaire ne serait qu'usufruitière et ne disposerait que de droits financiers. Une analyse strictement juridique telle qu'elle semble préconisée par le projet d'instruction conduirait en effet à considérer que la société cessionnaire n'a aucun rôle dans le pouvoir de décider du sort des titres acquis.

Concernant en second lieu la preuve que la société cible ne sera pas, après acquisition, contrôlée par une société étrangère non établie en France, le pouvoir de contrôle devrait conformément aux attentes de la pratique, s'apprécier selon les dispositions de l'article L233-3 du Code de commerce.

Pour autant, la question du pouvoir de contrôle pose quelques difficultés. Si une société française achète les titres d'une cible française, pour le compte d'une autre société française endettée et détenue par une entreprise étrangère, sera-t-elle concernée par les dispositions issues de l'amendement Carrez ? Si aucun résultat n'est réalisé ou taxable en France, l'Administration pourrait être tentée de faire application du dispositif Carrez en considérant que la société étrangère est l'unique bénéficiaire des déductions réalisées lors de l'acquisition. Le projet d'instruction indique que l'Administration prévoirait d'admettre que, dans ce cas, la société mère française pourrait être considérée comme la société contrôlante au sens de l'article L233-3 du Code de commerce, de même que le serait une société grand-mère, ou bien encore une société sœur ou une société tante opérationnelle détenues par une même société mère que celle de la société cessionnaire.

Une autre difficulté apparaît en matière de business units, qui sont des entités sans personnalité morale et destinée à permettre une meilleure organisation stratégique de la société en fonction de ses différents secteurs d'activité. Pour la société cible française qui serait acquise dans le but d'être intégrée à une business unit internationale, devrait-il être considéré qu'elle est contrôlée de l'étranger par la business unit? Bien que la cible reçoive dans une telle hypothèse des ordres liés à la définition de sa stratégie, à la qualité de ses produits ou bien au choix de ses marchés, il ne devrait pas y avoir de problème particulier si l'Administration continue de considérer que l'influence s'entend davantage juridiquement qu'économiquement. Selon cette analyse, le fait que la business unit étrangère dicte sous certains aspects la conduite économique de l'entité française ne devrait pas entrainer une application de la mesure anti-abus.

Le projet d'instruction prévoit qu'il peut être démontré que l'entreprise cessionnaire constitue, pour la gestion de ces titres, un centre de décision disposant d'une autonomie propre. Ceci est-il de nature à remettre en cause la nécessité d'apporter les deux précédentes preuves ? Le projet d'instruction apporte un élément de réponse puisqu'il est précisé que les deux éléments de preuve exigés sont regroupés dans la notion de centre de décision autonome. La méthode du faisceau d'indices peut être retenue pour en caractériser l'existence et la preuve peut être rapportée par tout moyen. La démonstration de l'existence d'un centre de décision autonome pourrait laisser présumer que le pouvoir de décision et le pouvoir de contrôle doivent appartenir à la société cessionnaire mais le projet d'instruction n'est pas clair sur ce point. La notion est suffisamment vague pour entraîner, le moment venu, d'âpres discussions avec l'Administration fiscale sur l'appréciation de l'autonomie décisionnelle de la société ayant acquis les titres.

En application de ce qui précède, il faut considérer que l'impact du dispositif sur les opérations de LBO devrait être limité si chaque holding d'acquisition est capable de rapporter la preuve qu'elle est un centre de décision et qu'elle contrôle la cible. Ceci devrait contraindre à l'avenir les sociétés à transférer davantage de substance dans le SPV afin que l'Administration ne pointe pas l'existence de ce qui s'apparente à une « coquille vide ». Le travail des conseils sera d'inciter les entreprises à former les véhicules plus en amont des opérations d'acquisition, à y placer des personnes en charge de la négociation et à se ménager des preuves de l'existence d'une gouvernance dans le SPV. Il est clair que cela peut avoir un effet de ralentissement des opérations mais l'incorporation de davantage de substance dans le SPV ne devrait pas empêcher la viabilité de ces schémas d'acquisition.

Reste que le texte est également imprécis en ce qui concerne la définition des charges à réintégrer dans le cas où, faute que les preuves exigées soient rapportées, il serait fait application du dispositif.

B. L'incertitude quant à la détermination des charges à réintégrer

Lorsque la société cessionnaire n'est pas en mesure d'apporter les preuves exigées par l'article 209 IX CGI, les charges financières liées à l'acquisition de titres de participation sont rapportées au résultat de l'exercice. Des interrogations existent quant au montant de la réintégration, quant à l'appréciation de la période de réintégration et quant à l'articulation avec les autres mesures de limitation de la déductibilité des charges financières. En revanche, le projet d'instruction devrait rassurer les entreprises sur le point de savoir si les charges réintégrées peuvent être qualifiées de revenus distribués. La conséquence directe aurait été pour la société cessionnaire de subir une retenue à la source. Ce risque semble écarté puisqu'il est indiqué dans le projet d'instruction que « le caractère non déductible de la somme représentative de la quote-part de charges financières est sans incidence sur la qualification juridique de ladite somme du point de vue de l'entreprise qui l'a perçue, et en particulier, n'a pas pour conséquence de la qualifier de revenus distribués »[15)]

Le texte vise les « charges financières liées à l'acquisition de titres de participation », sans davantage de précision. C'est assez regrettable dans la mesure où les dispositifs préexistants sont plus clairs et visent les charges d'intérêts. Une interprétation rigoureuse du texte pourrait conduire à ce que soient réintégrées d'autres charges que les simples charges d'intérêts. Le projet d'instruction prévoit toutefois un rapprochement de l'amendement Carrez des dispositifs préexistant, en assimilant charges financières et charges d'intérêts et énonce que « les charges financières s'entendent de l'ensemble des intérêts ou assimilés venant rémunérer des sommes laissées ou mises à disposition de la société »[16]. Ceci devrait rassurer les acteurs concernés. Par ailleurs, il convient de préciser que les charges réintégrées ne sont pas les charges effectivement supportées par la cessionnaire mais une quote-part des charges financières engagées au titre de l'exercice. Cette règle peut être intéressante dans la mesure où la société cessionnaire n'aura pas à identifier, pour chaque acquisition de titres, l'emprunt qui lui est lié.

En application de ce qui précède, les charges financières non admises en déduction du résultat de l'entreprise sont réputées égales à une fraction de l'ensemble des charges financières de l'entreprise cessionnaire, correspondant au rapport du prix d'acquisition des titres sur le montant moyen de sa dette au cours de l'exercice d'acquisition. Autre manifestation de la particulière sévérité du texte, cette réintégration forfaitaire s'impose même si la société peut déterminer avec précision le montant des charges réellement engagées pour l'acquisition des titres. Dans le cas où le prix d'acquisition des titres est supérieur au montant moyen des dettes de l'entreprise, le rapport devrait être limité à 1, la réintégration étant alors égale à l'intégralité des charges financières de la société. Par ailleurs, le montant moyen de la dette de l'entreprise pris en compte pour l'application du présent dispositif devrait s'entendre de la même manière que pour l'application de l'amendement Charasse.

La réintégration s'applique au titre de l'exercice au cours duquel la démonstration du pouvoir décisionnaire et du contrôle ou de l'influence sur la société cible doit être apportée et des exercices clos jusqu'au terme de la huitième année suivant celle de l'acquisition. Ceci contraint l'entreprise cessionnaire à recalculer pour chaque exercice la quote-part correspondante, sachant que celle-ci est basée sur le montant moyen des dettes de l'entreprise et que ce montant évolue d'un exercice à l'autre. Cela constitue un nouveau point sur lequel les sociétés devront faire preuve d'attention.

Par ailleurs, les acquisitions concernées par la mesure sont celles réalisées au cours de l'exercice ouvert à compter du 1er janvier 2012, ainsi qu'au

15 Projet de BOI 4 H, Déductibilité des charges financières, titres de participation, 16 mars 2012 : section 2, point n°50
16 Projet de BOI 4 H, Déductibilité des charges financières, titres de participation, 16 mars 2012 : section 2, point n°40

cours des huit exercices qui précèdent, pour la période de réintégration restant à courir. De fait, l'entrée en vigueur de l'amendement Carrez est source d'incertitude et d'insécurité fiscale puisqu'en vérifiant les exercices précédents, il sera possible que l'Administration fiscale identifie des opérations pour lesquelles la société cessionnaire ne se sera ménagée aucun élément de preuve de nature à renverser la présomption qui pèse sur elle. De la sorte, elle pourra tomber sous le coup d'un dispositif qui n'existait pas lors de la réalisation de l'opération d'acquisition. Cette rétroactivité est clairement malvenue.

L'incertitude tient encore au fait qu'il n'existe aucune précision quant à l'articulation du dispositif avec les deux autres mesures de non-déductibilité des charges financières. Dans l'hypothèse où une société cessionnaire rentre dans le champ de l'un de ces dispositifs, pour une acquisition réalisée au cours d'un des huit exercices précédents, l'Administration fiscale devra apporter des précisions sur la façon dont s'organise l'application de ces mesures. Il semble qu'une partie du problème soit résolue puisque le projet d'instruction prévoit que le dispositif Carrez s'appliquera en priorité aux acquisitions réalisées au cours des exercices ouverts à compter du 1er janvier 2012. Viendrait ensuite l'application du dispositif Charasse et enfin l'application du dispositif anti sous-capitalisation s'il reste encore des intérêts à réintégrer et si le régime est applicable. Bien entendu, même en cas de cumul de ces régimes, les intérêts réintégrés ne pourront être supérieurs aux intérêts effectivement versés par la société cessionnaire.

De l'étude de ce dispositif, il ressort que certaines des incertitudes dont il est l'objet ne pourront être levées qu'au moment de la publication de l'instruction administrative, ce qui a pour conséquence que, dans l'immédiat, la prévisibilité de la loi n'est guère assurée. De là à imaginer que le législateur pourrait être conduit à brève échéance à remettre l'ouvrage sur le métier...

LA RÉFORME DE L'IMPUTATION DES DÉFICITS : REFLET D'UN CLIMAT D'INCERTITUDE LÉGISLATIVE

Viviane BOISSARD, Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris Dauphine

Juliette BOURGEOIS*, Senior Tax Director Power Conversion, VP Tax GE Industrial

C'est par une lettre rectificative présentée au conseil des ministres le 31 août 2011 que le gouvernement, en invoquant une nécessaire convergence fiscale franco-allemande, bouleverse le régime du report des déficits, et ce, seulement 30 jours après le dépôt par le gouvernement du deuxième projet de loi de finances rectificative pour 2011 à l'Assemblée nationale.

Rappelons tout d'abord que le déficit réalisé par une entreprise est également un outil de sa stratégie fiscale. En effet, les articles 209 I, 3e alinéa et 220 Quinquies du Code Général des Impôts offrent la possibilité aux entreprises, lorsqu'elles réalisent un déficit, de l'imputer sur le bénéfice non distribué qu'elles réalisent au titre d'un autre exercice. Ainsi, peuvent elles différer l'imposition de leurs bénéfices à un exercice ultérieur et obtenir, de ce fait, un avantage de trésorerie. Cela se comprend, le découpage de l'activité de l'entreprise en exercices est artificiel, l'imputation des déficits sur des bénéfices réalisés au titre d'un autre exercice permet, dès lors, de recréer une continuité dans les résultats de l'entreprise.

Néanmoins, la modification de dernière minute des conditions d'imputation de ces déficits que l'on trouve à l'article 2 de la deuxième loi de finances rectificative pour 2011 adoptée le 8 septembre dernier par le parlement chamboule la stratégie fiscale des entreprises pour l'exercice 2011.

Afin de mieux en apprécier la portée il est préférable de déterminer le champ d'application ratione personae de la mesure. Seules sont concernées les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés. Les entreprises individuelles ou sociétés translucides ne voient pas les conditions d'imputation des déficits reportables qu'elles génèrent directement modifiées par le législateur, du moins pour l'instant. Pour autant, la réforme impacte indirectement les associés des sociétés translucides, dans le cas où l'associé de la société translucide est une société soumise à l'IS. En effet, le déficit, en remontant à son niveau, prend la coloration d'un déficit IS, et sera ainsi soumis aux règles de droit commun en la matière et donc impacté par la réforme.

Cette précision étant apportée, il faut ajouter qu'une entreprise soumise à l'impôt sur les sociétés peut choisir de reporter ses déficits soit en avant, soit en arrière (on parle alors de « carry back »).

En vertu du régime antérieur, une entreprise pouvait reporter ses déficits en avant, et ce, sans aucune limitation de temps[1] ou de montant. Le déficit venait alors s'imputer mécaniquement à hauteur du bénéfice de l'entreprise lorsque celle-ci redevenait bénéficiaire.

Si le report en avant est toujours illimité dans le temps, à présent, l'article 209 I alinéa 3 prévoit, à certaines conditions, et au nom de la convergence franco-allemande, le paiement d'un impôt minimum par les entreprises. En effet, le déficit n'est alors imputable sur le bénéfice réalisé que dans la limite d'un million d'euros majoré de 60% du bénéfice imposable excédant ce montant.

Pour ce qui est du carry-back, en vertu du régime antérieur à la deuxième loi de finances rectificative pour 2011, une entreprise, en exerçant l'option du report en arrière, pouvait imputer son déficit sur le bénéfice fiscal réalisé, effectivement soumis à l'IS

* « L'article reflète les opinions personnelles des auteurs et non de leur entreprise ».

1 Depuis l'entrée en vigueur de l'article 89 de la loi 2003-1311 du 30 décembre 2003

2 Conseil d'Etat - 8ème et 9ème sous-sections réunies - 178742 - 30 juin 1997

au taux de droit commun et non distribué, des trois exercices antérieurs sans limitation. Et ce, que le déficit ait été constaté au titre du dernier exercice clos ou au titre d'un exercice antérieur en vertu de la jurisprudence du Conseil d'État2.
De cette imputation, naît une créance sur le Trésor Public correspondant à l'impôt rétroactivement indu qui avait été payé par l'entreprise au titre des exercices antérieurs. Cette créance pouvait, dès lors, être utilisée pour le paiement par l'entreprise de son IS au cours des cinq exercices suivants, ou à défaut, être remboursable à l'expiration de ce délai.

Dorénavant, si le régime de la créance de carry-back reste le même, sur le papier, il a été de facto vidé de toute substance et particulièrement pour les grandes entreprises, en effet une entreprise ne peut imputer son déficit que sur le bénéfice réalisé au titre de l'exercice précédent l'exercice de constatation du déficit. De plus, ce déficit ne pourra être imputé que dans la limite d'un million d'euros en vertu de l'article 220 Quinquies dans sa nouvelle rédaction. Il faut également préciser qu'à présent, l'entreprise doit opter pour le report en arrière au titre de l'exercice au cours duquel le déficit est constaté dans le même délai que celui du dépôt du résultat de l'exercice en question. Ainsi, de trois ans nous sommes passés à un an; d'un déficit illimité dans son montant nous sommes passés à un plafond d'un million d'euros et la jurisprudence précitée a été annihilée puisque la décision de report doit être opérée concomitamment au dépôt de la déclaration de résultats. Il n'y a plus de véritable marge de manœuvre pour les entreprises et moins d'incertitude pour les finances publiques à cet égard.

De cette réforme, le gouvernement attend beaucoup. Il prévoit, plus précisément, d'en retirer 500 M€ en 2011 et 1 500 M€ en 2012 afin de renflouer les caisses de l'Etat en cette période où la réduction du déficit public semble indispensable. À cet égard, il faut garder à l'esprit que si en 2011 le déficit public atteint 5,7 % de PIB, le gouvernement français depuis 2008 s'est engagé à limiter ses dépenses publiques afin d'atteindre, à terme, un déficit public de 3% de son PIB. Les enjeux sont donc considérables. Si cette réforme tente d'y répondre, on peut se demander si elle constitue réellement la solution.

L'étude des tenants et aboutissants de la réforme (I/), nous permettra de mettre en exergue la précipitation avec laquelle cette mesure à forts enjeux a été adoptée (II/).

I. LES TENANTS ET ABOUTISSANTS DE LA RÉFORME DU REPORT DES DÉFICITS

Cette réforme, dont l'impact concret sur le système français antérieur est indéniable (A), répond à des considérations d'opportunité mais également à la nécessité d'une « gestion rigoureuse » du budget de l'État (B).

A- L'impact concret de la réforme sur le système antérieur d'imputation des déficits.

Tout d'abord, s'agissant du report en arrière, pour les grandes entreprises n'ayons donc pas peur des mots : le carry back n'existe plus.

Pour ce qui est du report en avant, seul un cas de figure est touché par la réduction de la possibilité d'imputation des déficits. Concrètement, le raisonnement qui est dorénavant à adopter est le suivant : il faut tout d'abord se demander si le bénéfice réalisé au titre de l'exercice est supérieur, inférieur ou égal à 1 M€. En effet, si le bénéfice est inférieur ou égal à 1 M€, ou si le bénéfice est supérieur à 1 M€ et que le déficit à imputer est inférieur ou égal à 1 M€, alors l'ancien régime s'applique : le déficit en question est imputable dans la limite du bénéfice réalisé (et non distribué).

Toutefois, si le bénéfice et le déficit à imputer sont tous deux supérieurs à 1 M€, le premier million de déficit est imputable à hauteur d'un million de bénéfice. Ensuite, soit le surplus de déficit à imputer est inférieur ou égal à 60% du bénéfice excédant les 1 M€, auquel cas le déficit est complètement imputable, tout comme il l'aurait été sous l'ancien

régime. Soit, et c'est ce que modifie la réforme, le surplus de déficit est supérieur à 60% dudit bénéfice et le déficit ne sera imputable que dans cette limite de 60%.

Ci-dessous un tableau récapitulatif des différentes situations qui peuvent être rencontrées :

Déficits N	Résultat fiscal N+1	Imputation du déficit de N	Base imposable	Déficits N reportables sur les exercices N+2 et suivants
-800 000	700000	700000	0	-100000
-800 000	1 500 000	800000	700 000	0
-1 200 000	900 000	900 000	0	-300000
-1 200 000	1 100 000	1060000	40 000	-140 000
-1 500 000	3 000 000	1 500 000	1 500 000	0

Ainsi, sont uniquement touchées par la réforme les entreprises réalisant un bénéfice supérieur à 1 M€ soumises désormais à un impôt minimum égal à 40% du bénéfice excédant ce montant. De facto, les petites entreprises ne sont pas concernées par la réforme. Une limitation de l'imputation des déficits pour les petites entreprises ne serait, il est vrai, pas opportune puisqu'elle aurait un effet dissuasif à l'égard de ces entrepreneurs.

En dressant un bilan de cette réforme, force est de constater qu'elle a deux conséquences de fait : d'une part la convergence fiscale franco-allemande, et d'autre part l'augmentation des recettes de l'État par l'instauration d'un impôt minimum. Il ne fait aucun doute qu'il s'agit d'une réforme purement budgétaire.

B- Une réforme opportune et nécessaire à la « gestion rigoureuse » du budget de l'État.

Le premier résultat de fait de cette réforme est le rapprochement des législations fiscales franco-allemandes. On peut donc penser que cette réforme s'inscrit dans une problématique plus générale qu'est la crise de la zone euro. L'absence d'un gouvernement européen apparaît de plus en plus problématique. Dans un domaine où une décision rapide et efficace est nécessaire pour juguler la crise financière, l'Union Européenne à 27 montre ses limites directes, conséquence de la combinaison de la règle de l'unanimité de l'article 115 du TFUE et des caractéristiques inhérentes à chaque droit interne. Les États interviennent a posteriori au lieu d'aller au devant des problèmes, l'harmonisation est délicate et stagne. On pourrait alors voir cette réforme comme une étape préliminaire à l'harmonisation européenne. Une France et une Allemagne proactives et exemplaires qui tirent les conséquences des difficultés européennes actuelles et prennent les devants afin d'y remédier.

Ensuite, on constate que, de facto, cette réforme augmente les recettes de l'État. Ainsi on peut replacer cette réforme dans le contexte du risque, aujourd'hui devenu réalité, de la perte du triple A par la France. L'État français a besoin de réduire ses dépenses publiques. À cet égard, cette réforme s'inscrit, comme tant d'autres, dans ce qu'on pourrait appeler une « gestion rigoureuse » du budget de l'État, selon les termes employés par le Chef de l'État dans son discours télévisé en date du 27 octobre dernier.

En effet, si le gouvernement prévoyait initialement une croissance pour 2011 et 2012 de 2,25%, cette estimation a constamment été revue à la baisse jusqu'à l'intervention télévisée susmentionnée où le Chef de l'État, tirant les conséquences des accords issus du sommet à Bruxelles du 26 octobre dernier, reconnaît que la prévision de croissance pour 2012 doit être ramenée à 1%. Or, diminution de la croissance en comparaison de la prévision sur la base de laquelle le budget de l'État a été déterminé,

signifie diminution des ressources dans le budget de l'État, obligeant ce dernier à aller chercher des recettes ailleurs ou à réduire ses dépenses. Et, d'après les estimations de ce dernier aux vues de la prévision de croissance de 1% pour 2012, il faudrait trouver entre 6 et 8 milliards d'euros supplémentaires.
La tâche est délicate à la veille des élections présidentielles, pour un gouvernement qui s'est fixé comme objectif de rassurer les marchés et réduire le déficit public, tout en assurant une croissance dorénavant évaluée à 1% pour 2012.

Il en résulte une recherche effrénée par l'État de recettes, qu'elle passe par une diminution des charges déductibles par les contribuables (par exemple l'augmentation de 5% à 10% du taux de la quote-part de frais et charges non déductible lors de cessions de titres de participation) ou par l'augmentation de la base imposable des contribuables (parfaitement illustrée par cette réforme du report des déficits), ou par l'augmentation de l'impôt sur les sociétés lui même sous couvert de contributions « exceptionnelles » . Cette politique de gribouille, bâtie à la va-vite et sans véritable plan cohérent, conduit à une grande instabilité législative et a un sentiment d'insécurité fiscale peu propice aux investissements, et nous n'en sommes qu'aux prémisses.

II. UNE MESURE À FORTS ENJEUX PRISE DANS LA PRÉCIPITATION

Si le contexte actuel peut, à certains égards, légitimer la mesure, il n'en est pas moins vrai que cette dernière marque une certaine tendance à l'instabilité législative à laquelle les entreprises ont dû faire face (A). Ceci est d'autant plus problématique que cette mesure s'inscrit dans une course plus générale à la diminution des dépenses publiques, ce qui conduit à nous interroger quant à l'attractivité de l'État français (B).

A- Les entreprises face à l'instabilité législative

La rapidité avec laquelle la lettre rectificative présentée par le Premier ministre a suivi le dépôt par le gouvernement du deuxième projet de loi de finances rectificative pour 2011 à l'Assemblée nationale illustre tout à la fois la réactivité de l'État à un contexte économique de plus en plus complexe que l'instabilité législative actuelle. Ce caractère instable de la législation met en exergue l'insécurité juridique dans laquelle se trouvent actuellement les entreprises. Insécurité juridique d'autant plus exacerbée que des difficultés d'application surgissent des dispositions relatives à la limitation du report des déficits.

Tout d'abord, il faut mentionner l'absence de précision au sein de la deuxième loi de finances rectificative pour 2011 quant à l'entrée en vigueur de son article 2 relatif au report des déficits. En l'absence d'indication, il nous faut donc en déduire que la disposition sera applicable à compter du jour suivant sa publication au Journal officiel, c'est-à-dire, à compter du 21 septembre 2011. C'est la position qu'adopte également le projet d'instruction soumis à consultation. Ainsi, la réforme de l'imputation des déficits n'impactera que les déficits constatés à l'issue d'exercices clos à compter du 21 septembre 2011.
Par conséquent, les entreprises qui synchronisent leur exercice sur l'année civile et qui, rentrant dans le cas de figure visé par la réforme, devront payer un impôt minimum, verront leur trésorerie obérée au titre de leur exercice 2011. Il est vrai que ces entreprises, qui pensaient légitimement que l'ancien régime de l'imputation des déficits perdurerait en 2011 et prévoyaient d'imputer leur déficit sur la totalité de leur bénéfice, vont se retrouver à payer de l'impôt pour leur exercice 2011. Qui plus est, elles avaient peut-être pris des décisions stratégiques sur la base de ces estimations.

Une seconde difficulté d'application concerne les déficits accumulés par les entreprises. En effet, s'agissant de déficits constatés au cours d'exercices antérieurs et donc clos avant le 21 septembre 2011 mais conservés par l'entreprise, la question se pose de savoir si la réforme leur est applicable ou non.
Dans la première hypothèse, l'article 2 de la loi rétroagirait pour s'appliquer à des déficits constatés au cours d'exercices clos antérieurement à sa publication au Journal officiel.
Dans la seconde hypothèse, l'entreprise conserverait la possibilité d'opter pour un report en arrière d'un

déficit constaté au cours d'un exercice antérieur dans les conditions antérieures, la sécurité juridique serait ainsi préservée. Le projet d'instruction adopte la première hypothèse, reste à voir si cette position sera reprise au sein de l'instruction définitive.

D'autres difficultés d'application apparaissent. À cet égard, il faut préciser qu'en vertu du troisième alinéa de l'article 39 Quindecies, I 1 3e alinéa du Code Général des Impôts, les plus-values nettes à long terme réalisées par les entreprises, qui font normalement l'objet d'une imposition séparée au taux de 16%, peuvent également se compenser avec les déficits constatés par l'entreprise.
Néanmoins, l'article 209 comme 220 Quinquies ne faisant nullement mention des plus-values nettes à long terme, on est en mesure de s'interroger sur l'interprétation qu'il convient d'en faire.

Les plus-values suivent-elles la même limitation que les bénéfices, ou ont-elles été épargnées par la réforme ? Le projet d'instruction distingue entre les déficits nés au titre du même exercice que la plus-value nette à long terme et ceux nés antérieurement. Pour les premiers, la mesure de plafonnement des déficits est écartée, tandis que pour les derniers ce mécanisme de plafonnement trouve à s'appliquer. Quelle est donc la cohérence de cette mesure alors que les déficits antérieurs se voient plafonnés dans leur utilisation lorsqu'il est question de les imputer sur un profit à taux normal.

Ainsi, les déficits constatés au titre du même exercice que la plus-value nette à long terme demeureraient imputables sans limitation sur les plus-values nettes à long terme constatées par l'entreprise comme auparavant, procurant ainsi un avantage de trésorerie à l'entreprise puisque celle-ci n'a alors plus à acquitter de l'IS sur ces plus-values au taux réduit de 16% prévu par l'article 39 Quindecies, I 1 1er alinéa du Code Général des Impôts.
On peut dès lors voir cette option comme une dernière chance pour les entreprises qui se verraient, suite à cette réforme, devoir payer un impôt minimum et auraient une activité génératrice de plus-values nettes à long terme, pour autant qu'il soit économiquement intéressant d'imputer à 16% des déficits qui en valent plus du double !

Plus généralement, comme il a été souligné précédemment, cette réforme s'inscrit dans un paysage législatif en perpétuel changement. Sont alors à prévoir des décisions rapides des entreprises, qui, n'étant pas sûres qu'un régime favorable perdure, se placent hâtivement sous ce régime afin d'en bénéficier. Si les entreprises se doivent d'être intelligentes et le cas échéant réactives, elles sont beaucoup plus efficaces dans leur gestion fiscale lorsqu'elles peuvent être proactives et anticiper les changements plutôt que les subir.

Cette réforme illustre en réalité une instabilité juridique plus générale due à une sorte de course effrénée à la diminution des déficits publics, cette insécurité peut-elle affecter l'attractivité de l'État français et conduire à alimenter un cercle non vertueux destructeur de croissance ?

B- La course à la diminution des déficits publics, l'État français est-il toujours attractif ?

Il est vrai que si l'État français a toujours été relativement attractif pour l'implantation des groupes de sociétés de par ses régimes de faveur, on peut se demander, du fait de la remise en cause actuelle et probablement future de ces régimes, si cela va perdurer. C'est la question de la compétitivité de la France qui est en jeu.

Au premier chef, cette réforme rend beaucoup moins attractive l'intégration fiscale puisqu'elle s'applique sans aménagement particulier.
En effet, si les filiales constatent chacune un déficit inférieur à 1 M€, les 1 M€ de déficit qu'elles constatent chacune sont imputables sur leur bénéfice respectif comme sous le régime antérieur.
Alors que, si chaque filiale est intégrée, l'addition des déficits des filiales (nés pendant la période de l'intégration fiscale) au niveau de la société tête de groupe donnera un résultat supérieur à 1 M€ et, par conséquent, fera l'objet d'une limitation dans son imputation sur le bénéfice global du groupe. Ainsi, on constate que le régime de l'intégration fiscale perd, au fil des ans, de son attractivité. Déjà lors

3 Article 223 B du Code Général des Impôts

de la loi de finances du 30 décembre 2005 pour 2006, la neutralisation de la quote-part de frais et charges liée à des versements de dividendes intra-groupe avait été exclue pour le premier exercice d'intégration[3].

Toutefois, si le système français s'est rapproché du système allemand d'imputation des déficits qui est moins attractif que le nôtre, le système français a malgré tout gardé son attractivité en conservant son taux d'IS qui est relativement moins élevé que celui d'outre-Rhin. Cela permet donc à l'État français, tout en gagnant plus de recettes, de rester plus attractif que l'Allemagne relativement au régime du report de déficits.

Pour autant, il ressort du discours du chef de l'État en date du 27 octobre dernier que la France et l'Allemagne pourraient dans un avenir proche harmoniser leur impôt sur les sociétés. On peut dès lors s'interroger sur l'opportunité de cette mesure.

D'autant plus que l'attractivité de la France est mise a mal. En effet, l'article 4 de la deuxième loi de finances rectificative pour 2011 modifie l'article 219, I-a Quinquies du Code Général des Impôts en portant de 5% à 10% le pourcentage de la quote-part de frais et charges quant aux cessions exonérées de titres de participation et autres titres assimilés. Une fois encore, des entreprises ont certainement pris des décisions stratégiques en se basant sur la quote-part de frais et charges de 5%, et vont se retrouver à payer beaucoup plus d'impôt que ce qu'elles prévoyaient.

Le Législateur a également supprimé, par la même loi, le régime du bénéfice mondial et du bénéfice consolidé prévu à l'article 209 Quinquies du Code Général des Impôts pour les exercices clos à compter du 6 septembre 2011. On peut émettre des réserves sur la validité d'une telle mesure, supprimant un régime pour lequel des agréments sont encore en vigueur. Quelle est donc la valeur de la parole donnée par l'État aujourd'hui ?

Par ailleurs, la quatrième loi de finances rectificative pour 2011 instaure une contribution exceptionnelle de 5 % d'IS due par les entreprises réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 250 M€ au titre des exercices clos entre le 31 décembre 2011 et le 30 décembre 2013, sur laquelle ne sera pas imputable la créance de carry-back.

On peut également rappeler, dans le cadre du versement de dividendes au sein du régime Mère – Filiale, que la loi de finances pour 2011 a supprimé la possibilité de plafonner la quote-part de frais et charges aux frais réellement engagés si ceux-ci représentent moins de 5% du montant du dividende versé. Le taux est, par conséquent, uniformisé à 5%. De ce fait, les holdings intermédiaires au sein des groupes sans frais réels, qui auparavant avaient une quote-part de frais et charges quasi-nulle à réintégrer, doivent à présent payer de l'IS sur 5% du montant des dividendes qu'elles reçoivent pour les exercices clos à compter du 31 décembre 2010. Les groupes devront donc à nouveau repenser leurs organigrammes alors même que la création de ces holdings pouvait répondre a une véritable nécessité opérationnelle.

Sans parler de la taxe de 2% due par les personnes exploitant un ou plusieurs établissements hôteliers qui illustre de façon flagrante l'instabilité juridique actuelle. En effet, créée par l'article 5 de la loi du 19 septembre 2011, elle a aussitôt été abrogée par l'article 2 de la loi du 28 décembre 2011.

Malgré ces réformes, il reste plusieurs aspects très attractifs en France, tels que le crédit d'impôt recherche, l'exonération des versements de dividendes et des plus-values sous certaines conditions, et la déduction des intérêts d'emprunt dans la limite des dispositions sur la sous-capitalisation prévues aux articles 39-1 3° et 212 du Code Général des Impôts, dispositifs dont les heures semblent néanmoins comptées.

Aux vues de la tendance législative actuelle, on peut craindre que de tels particularismes français soient sacrifiés au profit d'un alignement du régime français aux régimes environnants afin d'assurer une augmentation des recettes. On peut, à cet égard, d'ores et déjà constater que la déduction des charges financières est limitée par le 4e projet de loi de finances rectificative pour 2011.

Il paraît évident que face à la crise financière et à la perte du triple A par la France, le gouvernement français qui voit poindre la menace de récession

essaye de réduire le déficit public par tous moyens. Il nous reste à espérer que cela ne se fasse pas au détriment de l'attractivité fiscale française. En effet, pour que l'économie reprenne il faut attirer les capitaux en France, et, les opérateurs économiques sont principalement intéressés par deux choses, à savoir, un régime fiscal attractif et une stabilité juridique certaine. Or, les régimes fiscaux attractifs étant démantelés un par un, toute possibilité de stabilité juridique paraît compromise. Il semble dès lors que le gouvernement français ait entre ses mains la délicate tâche d'arbitrer entre attractivité fiscale et réduction des déficits, les prochaines lois de finances seront donc à examiner de près.

LA TVA SUR FRAIS DE CESSION DE TITRES : VERS UNE DÉDUCTION LIBRE DE TOUT OBSTACLE ?

Mélanie CINBAS, Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris Dauphine

Bérangère LEFEBVRE, EU VAT manager Technicolor

Après que la Cour de Justice des Communautés Européennes a rendu possible la déductibilité de la TVA sur les frais de cession de titres de participation en 2009[1], le Conseil d'Etat vient, cette fois, en donner un mode d'emploi à travers deux arrêts du 23 décembre 2010.

À première vue, il suffit de remplir deux conditions pour pouvoir déduire la TVA sur ces frais. Cependant, le simple caractère dual du raisonnement n'en rend pas son application si facile… Quelles sont les conséquences pratiques de ces derniers arrêts pour les holdings mixtes ?

Dans notre contexte économique actuel, la question de la déduction possible de la TVA sur les frais de cessions de titres de participation est essentielle pour les entreprises. En effet, à l'heure où tout impact cash constitue un enjeu primordial en période de crise financière majeure, il paraît nécessaire de comprendre la mise en œuvre de la déduction de la TVA sur de tels frais et d'éviter de faire porter à l'entreprise une charge comptable et un manque à gagner en terme de perception de cash. La cession[2] en elle-même était considérée depuis longtemps comme une opération hors champ d'application de la TVA. Or depuis l'arrêt AB SKF, la cession de titres de participation est dans le champ mais exonérée. Par conséquent, il n'est toujours pas possible de déduire la TVA[3] sur les frais directement liés à la cession.

Tout d'abord, il convient de revoir en quoi consiste le principe de la déduction de la TVA. Celui-ci est guidé par un autre principe qui est la neutralité de la TVA. Cela consiste à permettre la déduction de la taxe qui a grevé les éléments du prix d'une opération imposable, la « taxe d'amont » de la taxe applicable à cette opération, la « taxe d'aval ». La TVA ne doit donc pas constituer une charge pour l'assujetti. Les règles applicables au droit à déduction ont été réécrites par un décret du 16 avril 2007, commenté par une instruction du 9 mai 2007. En résumé, la TVA grevant un bien ou un service n'est déductible que si ce bien ou ce service est affecté à des opérations soumises à la TVA. Il faut ainsi qu'il existe un lien direct et immédiat entre une opération particulière d'amont et une ou plusieurs opérations en aval ouvrant droit à déduction. Cette condition a été transposée à l'article 271-I-1 du Code Général des Impôts. Par exception à l'exigence de l'affectation de la dépense à une ou plusieurs opérations en aval ouvrant droit à déduction, la Cour de Justice a admis aussi qu'un droit à déduction pouvait être reconnu à l'assujetti lorsque la dépense fait partie de ses frais

1 CJCE, 3ème chambre, 29 octobre 2009, affaire C-29/08, AB SKF, droit fiscal 2009, n°50, comm 578.

2 Précis de Fiscalité des Entreprises, Maurice COZIAN et Florence DEBOISSY, 35ème éd, 2011/2012, Lexisnexis, n°1234, p 503 : lorsqu'une entreprise acquiert ou cède des titres, qu'il s'agisse notamment d'actions ou d'obligations, ces opérations sont en principe considérées comme étant hors du champ de la TVA. Voir aussi, CJCE, 29 avr 2004, aff. C-77/01, EDM

3 CJCE, 5ème chambre, 6 avril 1995, aff. C-4/94, BLP Group Plc c/ Commissioners of Customs and Excise : la Cour refusait la déductibilité de la TVA ayant grevé les frais de cession de titres de société.

généraux[4] et représente par là même un élément constitutif du prix des biens et des services qu'il produit.

Ainsi, se pose la problématique des activités des holdings lorsque celles-ci engagent des frais pour la cession de titres de participation. En effet, le droit à déduction des frais ne peut être envisagé que si préalablement cette entreprise est un assujetti à la TVA. Il faut donc distinguer les holdings pures et les holdings mixtes. Les premières ayant simplement une activité patrimoniale réaliseront des opérations qui n'entreront pas dans le champ d'application de la TVA. De fait, leurs frais ne seront jamais déductibles du point de vue de la TVA, puisqu'à l'origine l'entreprise n'est pas un assujetti.

Cependant, dès lors qu'une entreprise est une holding « mixte », elle présente une activité patrimoniale et une activité assujettie à la TVA. Elle pourra donc se poser la question de la déductibilité de ses frais de cession de titres de participation, puisqu'elle sera un redevable ou assujetti partiel. Par conséquent, la question que nous nous posons, consiste à déterminer comment il est possible de rattacher les frais de cession à des frais généraux, notre seule option pour pouvoir récupérer la TVA d'amont puisque les opérations de cession qu'elles soient hors champ ou dans le champ mais exonérées n'ouvrent pas droit à déduction.

Le Conseil d'Etat énonce un « mode d'emploi » permettant aux holdings mixtes de récupérer la TVA, à travers les arrêts Michel Thierry et Société Pfizer[5] rendus le 23 décembre 2010.

L'affaire « Michel THIERRY[6]» traite d'honoraires versés à une banque de conseil et à des cabinets d'avocats dans le cadre d'une cession de titres dont la TVA avait été déduite. Le Conseil d'Etat considère que ces dépenses revêtaient le caractère de frais généraux mais sous condition de la non incorporation des dépenses au prix de cession et de non distribution du produit de la cession. La seconde affaire « Pfizer[7]» concerne une société holding mixte qui avait été assujettie à des rappels de TVA. L'Administration avait remis en cause la déduction de la taxe grevant des honoraires que la société avait versés à un cabinet de conseil pour des prestations d'intermédiation, effectuées pour la cession de titres détenus dans une autre société. Le juge administratif avait donné droit à la société en admettant que les frais fissent partie des frais généraux. En Appel et devant le Conseil d'Etat, la demande fut refusée au motif que les dépenses en cause étaient des frais de préparation mais que la preuve que « ces dépenses n'avaient pas été incorporées dans le prix de cession[24] » n'avait pas été apportée.

Nous verrons dans un premier temps les deux conditions énoncées par le Conseil d'Etat dans les deux arrêts ci-dessus (I) afin de déterminer si la TVA ayant grevé des frais de cession de titres sera déductible ou non. Dans un second temps, il conviendra d'examiner les conséquences pratiques, l'impact fonctionnel pour les entreprises (II).

I) LES DEUX CONDITIONS DÉVELOPPÉES PAR LE CONSEIL D'ETAT POUR DÉDUIRE LA TVA

Deux conditions ont été développées par la jurisprudence nationale, que l'on peut envisager en fonction de la nature des frais de cession. Le Conseil d'Etat a pris en considération deux types de frais : les frais préparatoires et les frais inhérents à la cession de titres de participation. Ainsi nous verrons dans un premier temps que la première condition consiste à ne pas incorporer de quelque manière que ce soit, les frais dans le prix de cession. Il faut que les dépenses ne puissent être rattachées à une opération n'ouvrant pas droit à déduction, donc à l'opération de cession elle-même mais être considérées comme faisant partie des frais généraux (A). Ensuite, dans un second temps, nous envisagerons le deuxième critère consistant à montrer que le produit de la cession n'a pas été distribué (B). La TVA ayant grevé ces dépenses ne pourra pas être déductible si le produit de la cession est distribué.

4 CJCE, 29 octobre 2009, aff. C-29/08, AB SKF, dr. Fisc. 2009, n°50, comm. 578, note Ph. TOURNES
CE, 23 décembre 2010, n° 324181 Société Pfizer Holding France et n° 307698 ministre c/ SA Michel Thierry
5 CE, 23 décembre 2010, n° 307698 ministre c/ SA Michel Thierry
6 CE, 23 décembre 2010, n° 324181 Société Pfizer Holding France
7 Prolongement de la décision de la CJCE, 3eme ch, 29/10/2009, aff C-29/08, AB SKF.

A) La non affectation de la dépense à une opération n'ouvrant pas droit à déduction : la théorie des frais généraux

La première condition développée par le Conseil d'Etat consiste à faire dépendre la déductibilité de la TVA à la non incorporation des frais dans le prix de la cession. En d'autres termes, il ne faut pas lier les frais à la cession, puisque cette opération n'ouvre pas droit à déduction quelle que soit sa nature (hors champ ou dans le champ mais exonérée).

Par conséquent, il faut que ces frais soient rattachables à des frais généraux qui justement ont pour caractéristique de se rapporter à l'activité taxable de l'entreprise concernée. Il s'agit de comprendre la façon dont l'entreprise doit apporter la preuve de la déductibilité en fonction de la nature des frais en cause.

Plusieurs questions viennent à nous :

Quels sont les types de frais qui sont soumis à cette condition ? En quoi consistent les frais généraux ?

Tout d'abord, les frais qui sont visés par le Conseil d'Etat sont les frais préparatoires et les frais inhérents à la cession.

Les dépenses préparatoires sont tous les frais qui précèdent une cession de titres mais qui ne sont pas réduits à être utilisés seulement dans le cadre de cette cession. Il peut s'agir d'expertise, de conseil sur l'activité de l'entreprise pour savoir par exemple, s'il est judicieux de procéder à la cession des titres. En effet, il peut y avoir des frais préparatoires sans cession. Par conséquent, le Conseil d'Etat admet par principe la déductibilité de la TVA afférente à des frais préparatoires, lorsque la cession n'a pas abouti. Il s'agit d'une présomption réfragable dans la mesure où il est laissé à l'entreprise le soin de fournir les justificatifs prouvant que les frais sont rattachables à son activité. La preuve sera plus aisée puisque la cession n'aura pas eu lieu, alors qu'à l'inverse si celle-ci se réalise, la problématique de la preuve a tout son sens. La présomption de frais généraux devra être accompagnée de la preuve de la non incorporation dans le prix de cession. Il s'agira de justifier que les frais préparatoires sont rattachés à l'activité de l'entreprise plutôt qu'à la cession. En ce sens, il faudra apporter la preuve que les frais ne sont pas incorporés ni dans le prix de cession, ni dans le coût de revient des titres, et qu'il n'y ait pas de refacturation quelconque au cessionnaire de ces frais. Il s'agit de prouver qu'il n'y a pas de lien direct entre les frais et la cession, puisque le cas échéant, les frais ne pourront être assimilables à la qualification de frais généraux.

Les frais inhérents sont comme leur nom l'indique directement liés à la cession. Il peut s'agir d'honoraires d'avocats pour la rédaction du contrat de cession. Dans cette hypothèse, la présomption consiste à établir que ces frais présentent un lien direct et immédiat avec la cession de titres rendant ainsi la TVA non déductible[8]. Néanmoins, le Conseil d'Etat permet d'appliquer la condition de non incorporation au prix de cession pour admettre la déduction de la TVA. En effet, si les dépenses inhérentes à la cession ne sont pas répercutées dans le prix de la cession, alors l'entreprise pourra déduire la TVA. Elle doit par contre en apporter la preuve en cas de rappel de TVA. Il s'agira dans ce cas de prouver que les frais ne sont pas incorporés dans le prix de cession et qu'il n'y a pas lieu à refacturation au cessionnaire de ces frais. Cette condition pourra être aisément remplie. En somme, la non incorporation des frais de cession dans le prix suppose que les frais se rapportent à l'activité dans le champ de la TVA. Dans le cas où ces dépenses constituent des frais généraux, elles se raccrochent par définition à l'activité taxable de l'entreprise et non à la cession.

Mais comment définir la notion de frais généraux ?

En vertu de l'article 39-1 CGI[9], les frais généraux sont des dépenses qui n'entretiennent pas un lien direct et immédiat avec des opérations en aval ouvrant droit à déduction. Néanmoins, la TVA les grevant pourra être déductible puisque ces frais sont des dépenses entretenant un lien direct et immédiat avec l'ensemble de l'activité économique

8 Puisque se rattachant à une opération n'ouvrant pas droit à déduction.

9 Le bénéfice net est établi sous déduction de toute charge, celles-ci comprenant sous réserve des dispositions du 5, notamment : les frais généraux...

de l'assujetti. Ils constituent des éléments du prix des biens et services fournis par l'assujetti et ouvrent ainsi droit à déduction.
Pour pouvoir parler de frais généraux, il faut les entendre comme ceux déductibles au titre de l'impôt sur les bénéfices. Il faut donc trois conditions pour les qualifier :
- que ces frais viennent en diminution de l'actif net de l'entreprise
- qu'ils soient exposés dans l'intérêt de l'exploitation (induit une gestion normale)
- qu'ils soient régulièrement comptabilisés en tant que tels et justifiés (factures et pièces justificatives).
Comptablement, les frais généraux se composent de tous les coûts indirects de fabrication autres que les matériaux directs et la main d'œuvre. Ils sont fixes et variables. Les frais indirects sont constitués des frais nécessaires à l'environnement de la production comme : les fournitures de fabrication, les salaires indirects (contremaître, magasinier, gardien, homme d'entretien...), les frais de fonctionnement (l'électricité, le chauffage, le gaz, le loyer de l'entrepôt, les taxes municipales, les assurances...), les frais d'entretien et de réparation des locaux et du matériel.[10] .
Ainsi, les frais généraux sont à comprendre comme des frais de toutes sortes, se rapportant au bon fonctionnement de l'entreprise. Etant donné que le lien n'est pas direct et immédiat avec l'activité taxable de l'entreprise, cette dernière doit en apporter la preuve. Dans le cas d'une cession de titres de participation, le juge administratif affirme qu'il incombera à l'entreprise de présenter tous les justificatifs permettant de rattacher ses dépenses à des frais généraux. La holding devra prouver la non incorporation des frais préparatoires et inhérents à la cession dans le prix de cession des titres. Il existe différents moyens d'apporter cette preuve que nous envisagerons ultérieurement lorsque nous traiterons des conséquences pratiques pour les entreprises.

A la lecture des arrêts du 23 décembre 2010, le Conseil d'Etat affirme que s'agissant des frais préparatoires, lorsque la cession a opéré, l'Administration est fondée « *à remettre en cause la déductibilité (...) dès lors que le produit de cette cession a été distribué, quelques soient les modalités de cette distribution (...)*[11] ».
Que devons-nous entendre par là ? Il s'agit, en réalité, d'une seconde condition qu'il convient d'étudier afin d'en comprendre la portée.

B) La non distribution du produit de la cession

L'absence d'incorporation des frais préparatoires dans le prix de cession ne suffit pas à permettre la déductibilité de la TVA ayant grevé ces dépenses. Le Conseil d'Etat ajoute une seconde condition tenant à la non distribution du produit de la cession.
Cela signifie que concernant les frais préparatoires, il faudra étudier le sort des bénéfices de la cession en plus de s'être assuré que son prix ne comprenait pas ces frais.
Dans le cas où il y a distribution du produit de la cession, la TVA sur les frais préparatoires ne pourra être déduite, dans la mesure où la dépense sera alors affectée à une opération à caractère patrimonial. Il s'agit de toute forme de distribution comme celle de dividendes, le rachat de titres, les distributions occultes etc. L'arrêt AB SKF fonde son raisonnement sur le fait que le droit à déduction de la TVA acquittée s'ouvre en amont pour les prestations réalisées dans le cadre d'opérations financières. Ce raisonnement n'est valide seulement si le capital acquis par ces dernières opérations a été affecté aux activités économiques de l'intéressé.
La CJCE en 2009 et le Conseil d'Etat souhaitent maintenir « *l'interdiction de la déductibilité grevant les frais de préparation de cession dans un but purement patrimonial*[12] ».
Cependant, le fait que cette seconde condition ne vaille que pour les frais préparatoires paraît affaiblir la légitimité de son application. Pourquoi ne pas l'appliquer aux frais inhérents, par analogie ? Et en réalité, n'y-a-t-il pas tant besoin de les distinguer pour déduire la TVA mais juste de distinguer les modes de preuves seulement ?

10 http://savoir.fr/frais-generaux-comptabilite
11 CE, 23 décembre 2010, n° 307698 ministre c/ SA Michel Thierry
12 « frais de cession de titres de participation et récupération de la TVA : une histoire sans fin..., L. FAULCON et A. FOURNIER, les nouvelles fiscales, 1er mars 2011, n° 1063, p4.

En effet, dans les affaires Michel Thierry et Pfizer, les frais étaient préparatoires donc le Conseil d'Etat a pu rendre son affaire sans préciser le sort des frais inhérents quant à cette seconde condition.
La seule information dont nous disposons est que le Conseil d'Etat avait admis la déductibilité de la TVA dans l'arrêt Siva[13] car la société rencontrait de graves difficultés de trésorerie. Cette situation l'a forcée à liquider certains placements dont le produit de la vente avait été affecté à l'apurement de sa dette. Pourtant, dans l'affaire Pfizer, la déduction n'a pas été retenue alors que le contexte était semblable. La cession avait pour objet une restructuration afin de s'adapter au marché et de conserver l'activité de l'entreprise. Cette position différente de la part du Conseil d'Etat, dans ces deux arrêts, prouve qu'il est difficile en pratique de comprendre le mode de preuve adéquat pour chaque situation.
Par analogie, nous pouvons soutenir que cette condition serait valable pour les frais inhérents aussi. En effet, si le prix de cession est redistribué, il faudrait comprendre que le Conseil d'Etat répute alors la cession comme une opération purement patrimoniale qui ne peut permettre la récupération de la TVA sur les frais préparatoires mais inhérents aussi. Par conséquent, peu importe la qualité des frais de cession, la TVA ne pourrait être récupérée.
Cependant, il ne suffit pas d'évoquer les conséquences théoriques de ces arrêts. Encore faut-il savoir en pratique ce que cela implique pour une entreprise. C'est ce que nous allons envisager dans un second temps.

II) LES CONSÉQUENCES PRATIQUES DE CES ARRÊTS POUR LES ENTREPRISES

A) La cession a lieu postérieurement à ces arrêts

De par cette jurisprudence, les entreprises ont une ligne directrice, une position qui est en leur faveur en cas de redressement et aussi, lorsqu'il s'agira pour elles d'inscrire ou non la TVA grevant ces frais en déduction.

Néanmoins, en terme de conséquences pratiques, il faut soulever le fait que la cession peut être de deux natures. Elle peut être qualifiée de cession hors champ dans le cas où elle se rapproche d'une gestion purement patrimoniale. Il s'agirait d'une cession de titres entendus comme de simples titres de propriété, de placement[14]. En revanche, la cession peut être qualifiée comme étant dans le champ mais exonérée lorsque l'une des trois conditions suivantes est remplie, à savoir : si la société s'immisce dans la gestion de la filiale détenue, si la cession est le prolongement direct, permanent et nécessaire à l'activité taxable, ou enfin si la cession entre dans le cadre d'une activité commerciale de négociation de titres. Dans la majorité des cas, l'une des trois conditions sera remplie. De plus, l'arrêt AB SKF marque une évolution jurisprudentielle, dans le sens où il assimile la cession de titres de participation à une opération dans le champ mais exonérée. C'est pourquoi au niveau de la cession en elle- même, la conséquence est inchangée puisque les frais rattachables à la cession ne pourront toujours pas ouvrir droit à déduction. Toutefois, le fait qu'elle soit dorénavant considérée comme entrant dans le champ mais exonérée (sous réserve des trois conditions) impacte le coefficient de déduction de l'entreprise en cause.
Un petit rappel de ce que constitue ce taux paraît nécessaire pour comprendre l'enjeu en matière de cession de titres de participation. En effet, on parle d'assujettis partiels lorsque certaines opérations sont hors champ de la TVA et de redevables partiels quand certaines opérations sont dans le champ mais exonérées. C'est ainsi par le calcul de coefficients successifs que pourra être déterminé le montant de leur droit à déduction.
Par conséquent, il faudra tenir compte du caractère dans ou hors champ de la TVA des opérations réalisées par l'entreprise (coefficient d'assujettissement). Il conviendra ensuite de distinguer entre les opérations dans le champ mais qui sont exonérées ou non (coefficient de taxation). Enfin, il y a lieu de considérer des règles particulières traduisant le

13 CE, 8è et 3è ss-sect, 10 juin 2010, SA Société Industrielle de Vêtements Archibald (SIVA).
14 La cession de titres de placement est considérée comme une opération présentant un caractère purement patrimonial n'ouvrant pas droit à déduction : CE, 8è et 3è ss-sect, 10 juin 2010, SA Société Industrielle de Vêtements Archibald (SIVA).

pourcentage de déduction applicable (coefficient d'admission). Par exemple, quand une personne de l'entreprise utilise un moyen de transport public, dans le cadre d'un voyage d'affaires, la TVA afférente n'est pas déductible pour autant qu'il s'agisse d'une prestation de service rendue dans le cadre de l'activité taxable de l'entreprise et non exonérée. Le produit de ces trois coefficients permettra de déterminer le taux de déduction que pourra appliquer l'entreprise à la TVA ayant grevé ses frais. Ainsi, ce coefficient de déduction est impacté par la détermination du caractère de la cession. Dans le cas de la jurisprudence antérieure à l'arrêt AB SKF et si aucune des conditions n'est remplie, la cession est hors champ donc cela n'impacte pas le coefficient de taxation[15]. Cependant, si la cession de titres de participation est exonérée, comme en cas d'immixtion directe ou indirecte dans la gestion des sociétés, alors le coefficient de taxation se verrait impacté. Cela induit un changement sur le droit à déduction de l'entreprise. Ainsi, la TVA grevant les opérations dans le champ ne pourra être déduite que dans une moindre mesure. L'entreprise calculera un coefficient de taxation forfaitaire et c'est donc l'ensemble de son droit à déduction des opérations dans le champ qui sera dégradé.

D'où la question de savoir si une entreprise n'a pas intérêt à prouver que la cession opérée est hors champ quand les frais de cession ne pourront pas être qualifiés de frais généraux. Le but est d'éviter l'impact sur le coefficient de déduction plutôt que de chercher à déduire la TVA sur les frais de cession et de dégrader ainsi le coefficient de taxation en assimilant la cession à une opération dans le champ mais exonérée. En effet, cette question ne se posera que dans de très rares cas où la cession de titres peut avoir un caractère ambigu entre l'activité hors champ et l'activité dans le champ mais exonérée. C'est donc dans des situations très ponctuelles que pourra se poser cette question de qualifier la cession d'activité hors champ plutôt que dans le champ mais exonérée afin de ne pas dégrader le coefficient de déduction. Ainsi, parfois vaut- il mieux renoncer à la déduction de la TVA sur une opération de cession de titres que de dégrader la capacité globale de récupération de l'entreprise pour toutes ses autres dépenses. Une autre question pratique se pose à la suite de la condition de non incorporation des frais dans le prix. Comment justifier la déduction de la TVA pour être sûr d'éviter tout rappel de TVA ? Comment prouver que les dépenses n'ont pas été incorporées dans le prix de la cession de titres ? Il s'agit de traiter les moyens de preuve en fonction de la nature des titres cédés. Ainsi, pour les titres côtés, il y a peu de problèmes. S'il s'agit de titres qui sont côtés sur un marché règlementé, du type marché boursier, les frais de cession ne sont pas compris dans le prix puisque celui-ci est stipulé selon la valeur classique sur ce marché. Cependant, toutes les cessions de titres cotés ne s'effectuent pas sur un marché règlementé. Ainsi, il y a la possibilité même pour des titres cotés, d'une réelle négociation du prix de cession de titres de participation. Même les frais de préparation pourront faire partie du prix de cession. Dans ce cas, il s'agira pour l'entreprise cédante d'apporter la preuve que les frais préparatoires n'ont pas été incorporés dans le prix de cession, et que les frais inhérents non plus ne sont pas répercutés sur le cessionnaire. Il s'agit d'une preuve au cas par cas relativement difficile puisqu'il faudra bien documenter et argumenter solidement face à l'Administration.

La problématique est encore plus grande lorsque les titres ne sont pas côtés. Subséquemment, afin d'ôter tout doute sur le droit à déduction que l'on a appliqué ou que nous souhaitons appliquer, il serait intéressant d'insérer une clause dans le contrat de cession. Ce qu'il faut bien comprendre, c'est que les frais ne doivent en aucun cas être intégrés dans le prix de cession, que ce soit directement dans le prix ou postérieurement par l'intermédiaire d'une facturation. On pourrait ainsi stipuler que les frais qui ont permis la préparation et la transaction elle-même sont intégralement supportés par le cédant et par conséquent, non compris dans le prix de cession. Ce type de clause permettrait en somme d'assurer la déductibilité et d'empêcher tout rappel par l'Administration, en soulevant que les dépenses ont été à la charge du cessionnaire.

15 BOI 3 CA 94 du 8 septembre 1994, §139 : les opérations hors champ de la TVA doivent être exclues du rapport qui détermine le pourcentage de déduction

Cette technique contractuelle permet ainsi d'assurer le cédant de tout redressement malgré le bénéfice de la jurisprudence du 23 décembre 2010 à sa cession mais aussi, à tout cédant qui a opéré une cession de titres antérieurement aux arrêts du Conseil d'Etat.

B) La cession étant antérieure à la nouvelle jurisprudence

Toute cession de titres de participation antérieure à cette nouvelle jurisprudence, ne peut se prévaloir de ces conditions qui assurent une certaine sécurité juridique au cédant.
Etant donné que les arrêts datent de 2010, actuellement en 2012, l'année 2009 est encore sous le coup d'un possible contrôle fiscal.
Par conséquent, la question qui se pose est de savoir quelle est la position de l'Administration fiscale afin de connaître les moyens qui seront invoqués face à nous.

Dans l'instruction administrative du 10 janvier 2006[16], l'Administration fait part d'une position rigoureuse. En effet, celle-ci considère que la « TVA ayant grevé les dépenses engagées à l'occasion d'une opération de cession de titres (...) n'est pas déductible dès lors que ces dépenses entretiennent un lien direct et immédiat avec une opération n'ouvrant pas droit à déduction ». Il appartient à l'entreprise d'apporter la preuve que la TVA déduite se rapportait à des frais généraux se rattachant à l'activité taxable de l'entreprise. Ceci pourra être justifié par la présentation de la comptabilité analytique. En cela, l'entreprise aura le choix, certes restreint par rapport à une cession postérieure au 23 décembre 2010, d'apporter la preuve que les dépenses constituent bien des frais généraux si les parties à la cession n'ont pas prévu dans le contrat de cession la clause précisant que les frais entourant la cession sont intégralement supportés par le cédant.
Néanmoins, dans les cas où la clause de sécurité n'avait pas été prévue, n'existe-t-il pas des moyens pratiques de contournement pour assurer la déduction de la TVA ayant grevé les frais de cession ?
En vertu de l'article 271 V du CGI, les opérations bancaires et financières réalisées avec des personnes domiciliées ou établies en dehors de la Communauté Européenne ouvrent droit à déduction. Par conséquent, si la cession est réalisée avec un cessionnaire en dehors de l'Union Européenne ou sur des titres de sociétés établies en dehors de l'Union Européenne, alors la TVA sur frais sera déductible puisque directement liée une opération ouvrant droit à déduction.
De plus, si la société a opté pour l'application volontaire du coefficient de taxation forfaitaire unique pour l'ensemble de ses dépenses (en vertu de l'article 206 V annexe II du CGI) alors la TVA sur les frais afférents à la cession sera de toute façon déductible. Toutefois, cette option est à employer avec parcimonie puisqu'il s'agit d'opter pour un coefficient unique pour l'année civile. De plus, il regroupe l'ensemble des opérations imposables et non imposables de l'entreprise. Ainsi, l'impact sur le coefficient de taxation que nous avions étudié au sujet du caractère exonéré de la cession est multiplié. Dans ce cas, ce coefficient sera réduit et s'appliquera à tous les biens et services utilisés par l'entreprise.
Enfin, n'est-il pas possible de fonder la justification de la déduction de la TVA afférente à des frais de cession de titres sur l'article 257 Bis ?

L'article 257 Bis du CGI est issu de l'article 89 de la loi de finance rectificative pour 2005[17] qui transpose en droit interne la faculté prévue à l'article 5 §8 de la sixième directive TVA[18]. Cet article prévoit que les livraisons ou prestations intervenues dans le cadre des transmissions d'universalités totales ou partielles de biens sont dispensées de TVA. En d'autres termes, elles sont dans le champ mais exonérées de TVA.
La notion de « *transmission à titre onéreux ou à titre gratuit ou sous forme d'apport à une société, d'une universalité totale ou partielle de biens* » doit être interprétée à la lumière de la jurisprudence de

16 Inst. 3 A-1-06 du 10 janvier 2006, n°9
17 n° 2005-1720 du 30 décembre 2005
18 Directive n° 77/388 CEE du 17 mai 1977

la CJUE[19]. Elle concerne « *le transfert d'un fonds de commerce ou d'une partie autonome d'une entreprise, comprenant des éléments corporels et, le cas échéant, incorporels qui, ensemble, constituent une entreprise ou une partie d'une entreprise susceptible de poursuivre une activité économique autonome*[20] »

Selon l'instruction du 20 mars 2006, cette notion ne couvre pas les transferts de biens et de services réalisés au profit d'une personne qui n'entend pas exploiter l'universalité ainsi transmise mais liquider l'activité concernée. Par conséquent, il faudrait que la cession de titres entraîne l'intention d'exploitation de l'universalité transmise. En effet, le bénéficiaire de la transmission est réputé continuer la personne du cédant en poursuivant l'exploitation de l'universalité. Il n'est pas exigé qu'il ait préalablement exercé la même activité que le cédant ou qu'il poursuive exactement la même activité que celle exercée précédemment. Ce qu'il faut comprendre en cela, c'est que la condition consiste à vérifier que la cession n'a pas simplement pour objet de liquider l'activité mais à l'inverse de la continuer de quelque manière que ce soit. Aux termes de cette instruction, la transmission de l'universalité doit intervenir entre deux assujettis redevables de la TVA au titre de l'universalité transmise. Le cessionnaire devra ainsi être assujetti à la TVA lorsqu'il acquiert l'universalité. Cela vaut s'il s'agit de deux holdings qui seraient redevables partiels. Néanmoins, reste à définir si la cession de titres peut être assimilable au transfert d'une universalité autonome de biens.

Dans le cadre d'une fusion, absorption, scission, ou apport partiel d'actifs (restructuration de groupe), le caractère de transfert d'une universalité autonome de biens ne pose aucun doute. Cependant, en dehors de ce contexte de restructuration, la tâche ne sera pas si facile puisque le texte dispose que la transmission doit concerner le transfert d'un fonds de commerce ou encore d'une partie autonome d'une entreprise comprenant des éléments corporels et incorporels permettant à l'entreprise de poursuivre une activité économique.

D'une part, une cession de titres ponctuelle n'est pas un élément incorporel et encore moins corporel. Il s'agit d'éléments financiers. Nous voyons par là, la délicatesse de la preuve à apporter. D'autre part, la disposition précise que la transmission doit permettre la poursuite de l'activité économique de l'entreprise. Ainsi, il pourrait être judicieux de se baser sur ce point pour tenter de rapprocher la cession de titres à une transmission relevant de l'article 257 Bis du CGI. Il s'agit d'une preuve difficile mais serait-il possible de justifier que la cession de titres permette au cessionnaire de poursuivre l'activité économique de l'entreprise de part son immixtion dans la gestion de la société à travers l'acquisition des titres ? Cela pourrait être soutenu mais il faudrait justifier que l'acquisition des titres est suffisante au regard d'une immixtion dans la gestion de la société qui permettrait l'influence sur la continuité de l'activité économique de l'entreprise. Il faudrait apporter la preuve de la continuité de l'activité ou du moins de la volonté, lors de la cession par le cessionnaire, de continuer la personne du cédant. Néanmoins, cette idée pourrait être invoquée et peut-être qu'avec suffisamment d'arguments, elle pourrait aboutir. Il importait d'évoquer cette piste d'investigation sans pouvoir en conclure avec certitude. En effet, il s'agira de discuter avec l'Administration en apportant des justifications pour rapprocher la cession en cause de ce type d'opérations.

En résumé, il est en réalité question de faits, qui pourront faire pencher la balance en faveur de la reconnaissance d'une transmission universelle de biens dans la cession de titres de participations.

Cela permettrait de déduire la TVA ayant grevé les frais s'y apportant. Le problème de fond qui se pose actuellement serait alors résolu puisque peu importe le type de dépenses engagées par l'entreprise cédante, il pourrait y avoir déduction de la TVA.

Ceci est donc une possibilité de justification qui pourrait être invoquée devant l'Administration en cas de cession antérieure aux arrêts du 23 décembre 2010.

19 BOI, 3 A-6-06, n°50, du 20 mars 2006.
20 CJCE 27 novembre 2001, aff. C-497/01, ZITA Modes.

Il reste à voir dans les faits si l'Administration peut accepter cette théorie. Elle sera la seule à même de nous dire si une cession de titres ponctuelle, indépendamment de toute restructuration de groupe, pourrait être qualifiée de transmission universelle de biens. Les contrôles fiscaux portant sur 2009 nous apporteront peut-être des réponses sur ces sujets d'ici la fin 2012.

.

LE RETOUR D'UNE CONTRIBUTION EXCEPTIONNELLE D'IS, UNE HABITUDE EN TEMPS DE CRISE

Stéphanie PENCHENAT, Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris Dauphine
Juliette BOURGEOIS*, Senior Tax Director Power Conversion, VP Tax GE Industrial

L'article 235 ter ZAA du CGI instaure une contribution exceptionnelle égale à 5% du montant de l'impôt sur les sociétés dû par les entreprises réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 250 millions d'euros au titre des exercices clos entre le 31 décembre 2011 et le 30 décembre 2013.

C'est dans un contexte économique de ralentissement de la croissance mondiale, que le Premier Ministre avait annoncé de nouvelles mesures d'austérité à l'occasion d'une conférence de presse diffusée le 7 novembre 2011 dernier. Le projet de loi de finances rectificative qui a suivi, le quatrième de l'année 2011, a proposé en son article 14 d'instaurer une majoration exceptionnelle égale à 5 % du montant de l'impôt sur les sociétés dû par les entreprises en 2012 et 2013 qui réalisent un chiffre d'affaires supérieur à 250 millions d'euros. Cette majoration exceptionnelle a été par la suite rapidement transformée en contribution exceptionnelle pour s'inscrire dans le prolongement des fameuses surtaxes dites respectivement « Juppé » et « Jospin ». Cette nouvelle mesure peut être également rapprochée de la contribution sociale sur les bénéfices qui est toujours en vigueur. D'un taux de 3,3 % pour les entreprises réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 7 630 000 euros, elle portait, jusqu'à l'intervention de la réforme, le taux marginal de l'impôt sur les sociétés en France à 34,43%. La contribution exceptionnelle de 5%, qui vient s'ajouter à cette contribution sociale, porte désormais le taux effectif applicable de l'impôt sur les sociétés des grandes entreprises à 36,10 %. La quatrième loi de finances rectificative pour 2011 a été définitivement adoptée par l'Assemblée Nationale le 21 décembre 2011 dernier. C'est l'article 30 de cette loi qui instaure cette contribution exceptionnelle. Codifiée à l'article 235 ter ZAA du Code Général des Impôts (CGI), un rendement de 1,1 milliard d'euros par an au titre de 2012 et de 2013 est attendu de cette mesure. Cette contribution n'ayant soulevé que fort peu de réactions, il est temps de s'interroger sur sa signification et sa portée. Si cette nouvelle contribution a pour objectif de combler les déficits de l'Etat, pourquoi le gouvernement n'a-t-il pas tout simplement choisi de relever la contribution sociale sur les bénéfices ? Par ailleurs, quelle est la différence entre une majoration exceptionnelle d'IS et une contribution exceptionnelle d'IS ? Enfin, au-delà des questions concernant l'application de cette disposition au sein des groupes fiscalement intégrés et des modalités de paiement de cette contribution par le biais d'acompte ou non, le caractère exceptionnel de cette mesure peut susciter une certaine méfiance.

I. L'INSTAURATION D'UNE CONTRIBUTION EXCEPTIONNELLE ÉGALE À 5% DU MONTANT DE L'IS QUI TOUCHE MAJORITAIREMENT LES GRANDES ENTREPRISES

La mise en œuvre de cette contribution affecte tout particulièrement les grandes entreprises par le biais d'une augmentation significative de leur taux effectif d'imposition (A), sachant que ces entreprises ne peuvent échapper au paiement de cette contribution de 5 % du fait du passage d'une majoration exceptionnelle d'IS à une contribution exceptionnelle d'IS (B).

* « L'article reflète les opinions personnelles des auteurs et non de leur entreprise ».

A. Une augmentation significative du taux effectif d'imposition

Depuis les exercices ouverts à compter du 1er janvier 1993, le taux normal de l'impôt sur les sociétés en France qui est prévu à l'article 219 du CGI, est fixé à 33,1/3 %. Cependant, depuis le 1er janvier 2000, en plus de ce taux normal d'IS, les entreprises qui réalisent un chiffre d'affaires au moins égal à 7 630 000 euros sont redevables d'une contribution sociale, dite contribution sociale sur les bénéfices (CSB), qu'il convient de distinguer de la contribution sociale de solidarité des sociétés (C3S), qui est un impôt sur le chiffre d'affaires. Cette contribution, qui est régie par l'article 235 ter ZC du CGI, est due au taux de 3,3 % et, est assise sur l'IS calculé au titre d'un exercice diminué d'un abattement de 763 000 euros. Cette contribution est établie et contrôlée comme l'impôt sur les sociétés. Il est expressément prévu que les crédits d'impôt de toute nature et la créance de report en arrière ne sont pas imputables sur cette contribution. La prise en compte de ces deux éléments conduisait donc fréquemment à présenter un taux effectif d'imposition des sociétés en France de 34,43 %.

Avec la création de la contribution exceptionnelle égale à 5 % du montant de l'impôt sur les sociétés, les grandes entreprises bénéficiaires vont désormais être imposables comme suit : un montant d'impôt sur les sociétés dû sur les profits imposables, calculé en application du taux de droit commun de 33,1/3%, une contribution sociale de 3,3% du montant d'impôt sur les sociétés, dès lors que cet impôt excède 763 000 € et enfin, une contribution exceptionnelle du montant d'impôt sur les sociétés de 5%, dès lors que la société réalise un chiffre d'affaires supérieur à 250 millions d'euros. Par conséquent, le taux effectif d'imposition pour les sociétés soumises à cette contribution passe de 34,43 % à 36,10 %.

Hormis le fait que contrairement à la CSB, cette contribution de 5 % est présentée comme temporaire, reste à savoir pourquoi le gouvernement a décidé de créer une nouvelle contribution, plutôt que d'augmenter la CSB déjà existante. Premièrement, alors que la contribution vise à combler des déficits budgétaires, la CSB vise elle à combler des déficits sociaux, comme son nom l'indique. Deuxièmement, les seuils de déclenchement ne sont pas les mêmes. En effet, alors que la contribution exceptionnelle d'IS concerne les entreprises réalisant un chiffre d'affaire supérieur à 250 millions d'euros, la CSB concerne elle, les entreprises excédant un chiffre d'affaires de 7 630 000 d'euros. C'est à la lecture du rapport du député Gilles Carrez[1] que la solution est donnée ; cette contribution a pour objectif de viser les grandes entreprises qui disposent, selon ce rapport, des moyens financiers requis pour faire face à un tel prélèvement mais d'épargner en revanche les petites et moyennes entreprises.

Quant à la notion de chiffre d'affaires, elle est indispensable pour apprécier ces seuils correctement. En l'absence de précision législative, la définition retenue du chiffre d'affaires sera sans doute celle appliquée pour la CSB précisée par voie doctrinale[2], à savoir le montant hors taxes des recettes réalisées par le redevable dans l'accomplissement de son activité professionnelle normale et courante sans qu'il ne soit tenu compte des produits financiers (sauf dans le cas où la règlementation particulière propre à certains secteurs d'activité le prévoit), des recettes revêtant un caractère exceptionnel, telles que les produits provenant de la cession d'éléments de l'actif immobilisé et enfin, et sans qu'il ne soit tenu compte non plus des dividendes reçus par les redevables dont l'activité consiste en la gestion de leur patrimoine mobilier. En tout cas, le chiffre d'affaires à retenir pour l'application du seuil de 250 millions d'euros est celui réalisé par le redevable au titre de l'exercice ou de la période d'imposition au titre duquel le montant de l'IS est déterminé. Lorsque cet exercice ou cette période d'imposition est inférieure ou supérieure à 12 mois, le chiffre d'affaires est ajusté proportionnellement au temps écoulé (prorata temporis).

1 Rapport n° 4006 de M. Gilles CARREZ déposé le 23 novembre 2011 sur le projet de loi de finances rectificative pour 2011.
2 BOI 4-L-2-02 du 26 juin 2002, n° 7

B. Un passage d'une majoration exceptionnelle à une contribution exceptionnelle défavorable pour les entreprises

A l'origine de l'article 14 du projet de loi de finances rectificative pour 2011 était prévue une majoration exceptionnelle d'IS. Mais, l'amendement 18 de Gilles Carrez[3] a converti cette majoration exceptionnelle en contribution exceptionnelle pour se calquer sur le modèle utilisé par le passé pour la surtaxe dite « Juppé » ou encore la surtaxe dite « Jospin ». En effet, on rappelle que dans le passé, deux contributions exceptionnelles ont déjà vu le jour, la première de 1995 à 2006 et la seconde de 1997 à 1999.

La première, souvent appelé surtaxe « Juppé », a été établie par l'article 1er de la loi du 4 août 1995[4], codifié à l'ancien article 235 ter ZA du CGI. Cet article a assujetti les personnes morales soumises à l'IS à une contribution de 10 % de leur impôt sur les sociétés. Cette contribution a été appliquée rétroactivement aux exercices clos à compter du 1er janvier 1995. Son taux a par la suite été ramené à 6 % pour les exercices clos en 2001, 3 % pour les exercices à compter du 1er janvier 2002 et 1,5 % pour les exercices clos à compter du 1er janvier 2005. Cette contribution a finalement été abrogée pour les exercices clos à compter du 1er janvier 2006. On peut souligner que contrairement à la contribution exceptionnelle de 5 %, cette contribution était due par l'ensemble des entreprises, sans seuil de chiffre d'affaires. Quant à la surtaxe « Jospin », elle a été instaurée par l'article 1er de la loi du 10 novembre 1997[5], codifié sous l'ancien article 235 ZB du CGI. Cet article a également assujetti les personnes morales soumises à l'IS à une contribution de 15 % sur l'IS pour les exercices clos ou la période d'imposition arrêtée entre le 1er janvier 1997 et le 31 décembre 1998 et 10 % pour les exercices clos ou la période d'imposition arrêtée entre le 1er janvier et le 31 décembre 1999. Contrairement à la surtaxe « Juppé », les PME indépendantes étaient exonérées de ce dispositif. Cette surtaxe « Jospin » semble donc avoir servi de modèle au législateur puisqu'un seuil de 250 millions d'euros a été instauré pour la contribution exceptionnelle de 5% afin que cette mesure ne touche pas les PME. En revanche, comme en 1995, cette contribution était applicable rétroactivement, aux exercices clos à compter du 1er janvier de l'année de sa création. La contribution exceptionnelle de 5 %, elle, n'est pas rétroactive car elle n'est applicable qu'au titre des exercices clos à compter du 31 décembre 2011. En tout cas, appliquée en sus de la contribution « Juppé », la contribution « Jospin » a abouti à un taux total d'imposition des bénéfices de 41 2/3 % au titre de 1997 et 1998, son effet maximal (à 15%) étant équivalent à 5 points d'impôt.

L'intérêt d'instaurer une contribution exceptionnelle et non une majoration exceptionnelle réside dans la faculté ou non de pouvoir imputer les crédits d'impôts de toute nature ainsi que la créance de report en arrière traduisant par la même la motivation purement budgétaire de la mesure envisagée. Comme la CSB développée plus haut, il était expressément prévu pour la surtaxe « Juppé » que les avoirs fiscaux ou crédit d'impôt de toute nature ainsi que la créance de report en arrière ne pouvaient être imputés sur cette contribution. La doctrine avait toutefois considéré que cette disposition ne faisait pas obstacle à l'imputation de crédits d'impôt prévus par les conventions internationales stipulant leur imputabilité sur l'impôt sur les sociétés et les impôts de même nature[6]. Quant à la surtaxe « Jospin », la loi n'avait pas prévu de disposition sur l'imputation de crédits ou d'autres créances mais la doctrine avait toutefois appliqué à cette contribution, sur ce point, les mêmes règles qu'à la contribution précédente[7]. La question est de savoir si cette mesure sera transposable à la

3 Amendement n° 18 présenté par M. Carrez, Rapporteur général au nom de la commission des finances à l'article 14 du projet de loi de finances rectificative pour 2011

4 Loi n° 95-885 du 4 août 1995 de finances rectificative pour 1995.

5 Loi n° 97-1026 du 10 novembre 1997 portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier.

6 BOI 4 L-1-95 du 21 septembre 1995 n° 12.

7 BOI 4 L-5-97 du 9 décembre 1997, n° 3.

nouvelle surtaxe de 5%. La doctrine administrative semble aller en ce sens puisqu'en matière de CSB, l'administration[8] admet que le montant des crédits d'impôt étrangers qui n'a pas pu être imputé sur l'impôt sur les sociétés est imputable sur le montant de la contribution, dans les conditions et limites fixées par la convention. Quant à la jurisprudence, le tribunal administratif de Montreuil vient de préciser dans un jugement récent[9] que lorsque la convention le permet, les crédits d'impôts de source étrangère devraient pouvoir être imputés sur ce type de contribution. En tout cas, le II de l'article 235 ter ZAA du CGI précise bien que même l'imposition forfaitaire annuelle n'est pas imputable sur cette contribution, comme c'était également le cas pour les surtaxes « Juppé » et « Jospin ».

A la différence des surtaxes précédentes, l'article 14 du projet de loi de finances rectificative pour 2011 tel qu'il était rédigé initialement ne créait pas une contribution sui generis mais procédait à une majoration de l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun. Cette majoration de 5 % était donc strictement équivalente à un relèvement de 1 2/3 point du taux d'impôt des redevables concernés. En conséquence, l'ensemble des crédits d'impôts, comme par exemple le crédit d'impôt recherche, ainsi que les reports en arrière de déficits auraient eu vocation à s'imputer sur ce surplus d'imposition et donc à en diminuer le rendement. Or, il semble qu'un tel cas de figure n'avait pas été initialement pris en compte dans l'évaluation de l'impact budgétaire. Dès lors, cet amendement a été adopté pour « sécuriser les recettes », la perception de la recette supplémentaire attendue étant ainsi mieux garantie.

Si l'amendement 18 de Gilles Carrez en faveur de la création d'une contribution exceptionnelle d'IS a été adopté, trois autres amendements proposés sont tombés ou n'ont pas été soutenus. Cependant, leur analyse permet d'anticiper les orientations de la politique fiscale future. Dans les deux amendements qui sont tombés, le premier[10] voulait substituer un taux de 20% au taux de 5% initialement prévu et le deuxième[11] voulait supprimer la mention instituant le caractère limitée dans le temps de la réforme : « jusqu'au 30 décembre 2013 ». Ces deux amendements avaient donc pour objectif de majorer le montant de l'impôt sur les sociétés dû par les entreprises qui réalisent un chiffre d'affaires supérieur à 250 millions d'euros et de rendre la mesure permanente et non temporaire. Un troisième[12] amendement qui n'a finalement pas été soutenu avait pour objet d'instaurer un taux plancher minimum, fixé à 15 % de l'impôt sur les sociétés, afin de réduire le soit disant écart entre le taux facial d'imposition des sociétés (33,1/3%) et le taux réel (22%) et ainsi récupérer le manque à gagner pour l'Etat. De façon plus générale, ces trois amendements s'inscrivent dans la logique du rapport du député Gilles Carrez de juillet 2011[13] qui constate qu'en moyenne, les entreprises du CAC 40 ont un niveau d'imposition moins élevé que les PME et qui vise à trouver remède à cette situation.

II. UNE CONTRIBUTION EXCEPTIONNELLE AUX CONTOURS ENCORE FLOUS

Bien que le législateur ait apporté des précisions importantes, notamment sur l'application de la contribution dans le cadre des groupes fiscalement

8 BOI 4 L-2-02 du 26 juin 2002, n°49.

9 TA Montreuil du 6 janvier 2011 n° 0708140, Peugeot SA.

10 Amendement n° 266 présenté par M. Brard, M. Sandrier, Mme Amiable, M. Asensi, Mme Billard, M. Bocquet, M. Braouezec, Mme Buffet, M. Candelier, M. Chassaigne, M. Desallangre, M. Dolez, Mme Fraysse, M. Gerin, M. Gosnat, M. Lecoq, M. Muzeau, M. Daniel Paul et M. Vaxès à l'article 14 du projet de la loi de finances rectificative pour 2011.

11 Amendement n° 267 présenté par M. Brard, M. Sandrier, Mme Amiable, M. Asensi, Mme Billard, M. Bocquet, M. Braouezec, Mme Buffet, M. Candelier, M. Chassaigne, M. Desallangre, M. Dolez, Mme Fraysse, M. Gerin, M. Gosnat, M. Lecoq, M. Muzeau, M. Daniel Paul et M. Vaxès à l'article 14 du projet la loi de finances rectificative pour 2011.

12 Amendement n° 206 présenté par M. Lachaud, M. de Courson, M. Perruchot et M. Vigier et les membres du groupe Nouveau centre à l'article 14 du projet de la loi de finances rectificative pour 2011.

13 Rapport n° 3631 de M. Gilles CARREZ déposé le 6 juillet 2011 sur l'application des mesures fiscales contenues dans les lois de finances.

intégrés et sur le paiement de cette contribution(A), de nombreuses incertitudes demeurent, comme celle liée au caractère temporaire de la mesure (B).

A. Des précisions importantes apportées par le législateur...

Comme pour les surtaxes précédentes, une disposition spécifique est prévue pour les groupes fiscalement intégrés au sens de l'article 223 A du CGI : le chiffre d'affaires pris en compte s'entend de la somme des chiffres d'affaires de chacune des sociétés membres du groupe. Cette disposition est cohérente avec le régime de la CSB qui prévoit un système analogue. En effet, le II de l'article 235 ter ZC du CGI dispose que « pour les entreprises placées sous le régime de l'article 223 A, la contribution est due par la société mère. Elle est assise sur l'impôt sur les sociétés afférent au résultat d'ensemble et à la plus-value nette d'ensemble définis aux articles 223 B et 233 D ». Le nouvel article 235 ter ZAA du CGI est rédigé de la même façon mais c'est la première fois que le législateur apporte la précision selon laquelle le chiffre d'affaires à prendre en compte est la somme des chiffres d'affaires de chacune des sociétés membres du groupe. En tout état de cause, cette disposition est cohérente avec la personnalité fiscale des groupes de sociétés, la société mère étant seule redevable de l'IS dû par l'ensemble des sociétés du groupe. L'enjeu de cette disposition va être de savoir si la société mère sera en mesure de reporter le coût de cette contribution sur ses filiales dont le chiffre d'affaires est inférieur à 250 millions d'euros. Cela ne devrait pas être possible car il résulte de la jurisprudence du Conseil d'Etat[14], reprise dans un projet d'instruction du 24 novembre 2011 qui était soumis à consultation publique jusqu'au 24 décembre dernier, qu'une société membre d'un groupe fiscal ne peut pas avoir à supporter, sauf à être en présence d'une subvention, un impôt supérieur à celui qu'elle aurait eu à sa charge si elle n'était pas intégrée sous peine de constituer un acte anormal de gestion. Bien que cette instruction ne soit pour l'instant qu'à l'état de projet, elle est opposable à l'administration jusqu'à la publication définitive de celle-ci.

Concernant le paiement de la contribution, fin décembre dernier, la question était de savoir si le quatrième acompte d'IS qui doit être acquitté au plus tard le 15 décembre de chaque année, par les entreprises qui clôturent leur exercice au 31 décembre, allait être impacté ou non par cette contribution exceptionnelle. A l'époque, certains considéraient qu'il était difficile d'appliquer cette majoration sur cet acompte du fait que le texte ne serait pas encore adopté par les parlementaires à la date du paiement. La seule solution possible aurait donc été de différer le versement de cet acompte à la fin de mois de décembre 2011. Mais, cela aurait été très mal venu au moment où le gouvernement tente de simplifier le quotidien administratif des entreprises et où les organisations patronales réclament une stabilisation du paysage fiscal. Les entreprises n'ont donc pas pris en compte cette contribution exceptionnelle de 5 % d'IS. Et, elles ont eu raison car un sous-amendement ayant pour objet de supprimer les quatre acomptes envisagés pour le paiement de la contribution exceptionnelle d'impôts sur les sociétés a été adopté. Les motifs exposés sont les suivants : « la disposition aurait en effet pour conséquence de réclamer en 2012 l'équivalent de deux contributions auprès des entreprises qui clôturent leur exercice social au 31 décembre 2011. En effet, une telle mesure imposerait à ces dernières de s'acquitter à la fois de la contribution due au titre de 2011 et des quatre acomptes dus au titre de 2012. Or, la majorité des entreprises clôturent leur exercice social au 31 décembre. Par conséquent, afin de ne pas dégrader la trésorerie des redevables de cette contribution en 2012, il est proposé qu'elle ne soit due qu'au moment du paiement du solde de l'impôt sur les sociétés[15]». La contribution applicable devra donc être acquittée, pour la première fois, en totalité, lors du paiement du solde d'impôt sur les sociétés courant 2012. La contribution exceptionnelle d'IS n'est donc pas soumise sur ce

14 CE 12 mars 2010 n° 328424, Wolseley Centers France .

15 Sous amendement n° 452 présenté par le gouvernement à l'amendement n°18 de la commission des finances à l'article 14 du projet de loi de finances rectificative pour 2011

plan au même régime que cet impôt. Reste à savoir si cette modalité de paiement n'est valable que pour la première année ou si elle sera également valable pour les années suivantes. En ce sens, le deuxième alinéa du III de l'article 235 ter ZAA du CGI stipule bien que la contribution doit être payée spontanément au comptable public compétent, au plus tard à la date prévue pour le versement du solde de l'acompte. C'est donc de façon générale que la contribution de 5% sera payable en même temps que le solde de l'impôt et non au moment des acomptes. Par conséquent, les acomptes dus au titre de 2012, comme l'acompte qui était dû au 15 décembre 2011, ne prendront pas en compte cette contribution.

B. … qui ne mettent pas fin à toute insécurité juridique.

Dans l'exposé des motifs de l'article 14 du projet de loi de finances rectificative pour 2011, on peut lire que cette mesure est exceptionnelle, qu'elle s'appliquera jusqu'au retour en dessous de 3 % de déficit public et qu'elle ne portera que sur les exercices clos entre le 31 décembre 2011 et le 30 décembre 2013 afin que la généralité des entreprises redevables s'acquittent de cette majoration au titre de deux exercices. Donc, contrairement à la taxe sur les hauts revenus instituée par le projet de loi de finances pour 2012 jusqu'à la disparition des déficits publics, cette contribution exceptionnelle est limitée à deux exercices et ne concernera que l'impôt payé en 2012 et 2013. Cependant, dans un climat économique incertain, il est difficile de croire que cette contribution sera vraiment limitée dans le temps. Il n'y a qu'à voir ce que sont devenues les anciennes contributions exceptionnelles qui avaient à l'origine un caractère temporaire. En l'espèce, si la surtaxe « Jospin » a réellement eu une application temporaire, c'est la loi de financement de la sécurité sociale pour 2000 qui a créé la fameuse CSB égale à 3,3 % de l'impôt sur les sociétés qui a été développée précédemment. Ce nouvel impôt a donc eu pour conséquence de pérenniser la hausse du taux de l'impôt sur les sociétés résultant de la surtaxe « Jospin ».

L'enjeu du caractère temporaire ou permanent de la réforme trouve également écho dans la problématique des impôts différés. Un des enjeux du passage du taux effectif d'imposition des sociétés de 34,43% à 36,10% est la valorisation de ces impôts différés. Rappelons qu'il existe deux sortes d'impôts différés. Les impôts différés passifs qui reflètent une charge d'impôt pour le futur et les impôts différés actifs qui reflètent eux une économie d'impôt pour le futur. Ainsi, une entreprise qui réalise un déficit durant une année pourra, si elle devient profitable, utiliser ce déficit pour payer l'impôt plus tard. Or, cette éventuelle économie d'impôt future a une valeur. Avant l'instauration de la contribution de 5%, ce déficit était valorisé à 34,43%. Désormais, la question sera de savoir si les entreprises vont pouvoir et devoir évaluer leurs actifs et passifs d'impôts différés au taux de 36,10% au lieu de 34,43% et sur quelle proportion de leurs actifs d'impôts différés (le raisonnement étant transposable pour les passifs). Si cette contribution est effectivement limitée à 2 exercices, elle ne devrait avoir qu'un impact limité en matière d'impôts différés pour la clôture 2011, exception faite des déficits activés dont la probabilité d'utilisation se situe en 2012 ou 2013 (pour les sociétés clôturant au 30 décembre) qui permettront de faire économiser un impôt à 36,10% et pas seulement 34,43%.

Cette contribution exceptionnelle d'IS est donc très fortement inspirée de la CSB de 3,3% et des anciennes contributions additionnelles « Juppé » et « Jospin ». Si dans un contexte d'insécurité juridique cela peut être rassurant de pouvoir se référer au passé, on ne saurait trop garder en mémoire que l'actuelle CSB n'est rien d'autre que la pérennisation de la surtaxe « Jospin » qui était originellement présentée comme temporaire, comme la contribution qui vient d'être adoptée.

TRUST ME IF YOU CAN !

Le trust n'inspire plus confiance

Leïla MEGDOUD, Master II de Fiscalité de l'entreprise, Université Paris Dauphine
Julien RIAHI, Avocat, Baker & McKenzie SCP

Afin d'assurer l'effectivité du nouveau régime d'imposition des trusts étrangers, le législateur a instauré à la charge de leurs administrateurs de nouvelles obligations déclaratives qui s'avèrent particulièrement contraignantes et sources d'interrogations.l'accroissement des migrations de population.

Annoncée dès la fin de l'année 2010 dans un contexte de rigueur budgétaire, la réforme de la fiscalité du patrimoine n'a rien épargné... L'article 14 de la première loi de finances rectificative (LFR) pour 2011[1] a introduit la création d'un régime fiscal applicable aux trusts étrangers, qui apparaît complexe à mettre en place mais dont la sanction en cas de défaut est très significative. Cette mesure, dont le rendement annuel estimé s'élève à 30 millions d'euros par an, s'inscrit dans une volonté plus large du législateur de faire converger le régime fiscal français vers une plus grande transparence. En effet, et notamment suite au processus de régularisation des comptes non déclarés à l'étranger par la « cellule de régularisation », l'administration fiscale a pris conscience que des trusts pouvaient constituer un instrument d'évasion fiscale privilégié.

Institution de droit anglo-saxon, le trust est classiquement défini comme une situation résultant d'un acte par lequel un constituant (settlor) confie des biens à un administrateur (trustee), à charge pour celui-ci de le gérer et d'en faire bénéficier le ou les bénéficiaire(s), par affectation des revenus et/ou du capital. A la différence de la fiducie française qui est un contrat, le trust procède d'un acte unilatéral et qualifie un ensemble de relations juridiques entre les parties. Celles-ci sont consignées dans un acte de trust (trust deed), mais le constituant peut aussi formuler sa volonté par une lettre d'intention (letter of wishes), qui en principe ne lie pas le trustee.

L'intérêt du trust est double. En premier lieu, il se caractérise par un démembrement particulier – et inconnu du droit français – de la propriété des actifs mis en trust, avec d'une part une propriété juridique (legal ownership) revenant au trustee, et d'autre part une propriété économique (beneficial ownership) incombant au(x) bénéficiaire(s). Par ailleurs, le trust a l'avantage d'être un instrument souple et qui permet une protection efficace des actifs qui y sont placés. Il peut notamment être utilisé en matière de gestion de patrimoine, de planification successorale, de protection du patrimoine personnel.

De ce double intérêt du trust, on peut déduire le fondement de la réforme de sa fiscalité en France. D'une part, l'existence du trust n'est pas reconnue en droit français, notre Etat n'ayant pas ratifié la Convention de la Haye[2]. Bien que la jurisprudence civile française ait accepté de reconnaitre les effets en France d'un trust valablement créé sous l'empire d'un droit étranger, il n'en demeure pas moins que leur assujettissement aux règles fiscales françaises s'avérait délicat dans la mesure où le trust est inconnu du droit français. Ainsi, jusqu'à présent, le traitement fiscal français des trusts était limité, en ce qu'il reposait uniquement sur deux dispositions

1 Loi n°2011-900 du 29 juillet 2011.
2 Convention de la Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance

du Code général des impôts (CGI)[3] visant les seuls revenus et bénéfices issus des trusts, et ne prévoyait pas de taxation sur la détention et sur la transmission du patrimoine. Cette quasi-absence de droit écrit a conduit à développer une jurisprudence au cas par cas, c'est-à-dire prenant en compte les spécificités des trusts[4]. Pour exemple, les constituants ou bénéficiaires de trusts irrévocables et discrétionnaires étaient exonérés d'impôt de solidarité sur la fortune (ISF)[5]. Afin de mettre fin à ces situations de non-imposition en France, le législateur a mis en place un nouveau cadre fiscal applicable aux trusts.

Dans le cadre de cette réforme, le législateur propose une définition fiscale très large du trust[6] inspirée de celle de la Convention de la Haye. Dépassant la notion de trust en droit anglo-saxon, on pourrait notamment s'interroger sur son applicabilité aux fondations. Cette définition permet seulement la qualification de trusts étrangers au regard du droit fiscal français et n'aboutit aucunement à la possibilité de création d'un trust en droit français. Elle vise surtout à donner à l'administration française un moyen de soumettre les trusts aux droits de mutation à titre gratuit (DMTG) et à l'ISF, et ce sans distinction selon la nature du trust (discrétionnaire/non discrétionnaire ; révocable/irrévocable...)

Pour garantir l'effectivité de ce régime d'imposition et tendre vers davantage de transparence, le législateur a instauré à la charge des administrateurs des **obligations déclaratives spécifiques au trust**, définies par le nouvel article 1649 AB du CGI. Les administrateurs se voient dès lors obligés d'effectuer des déclarations relatives aux trusts ayant un lien de rattachement avec la France, c'est-à-dire dont le constituant ou l'un au moins des bénéficiaires a son domicile fiscal en France ou qui comprend un bien ou un droit qui y est situé. Répondant au souci d'assurer une imposition efficace des actifs mis en trust, ce dispositif institue des obligations lourdes et fortement sanctionnées (**I**), tandis que son application suscite de nombreux questionnements juridiques et pratiques (**II**).

I. TRUST : DE NOUVELLES OBLIGATIONS DÉCLARATIVES ....

Le nouveau dispositif prévoit d'importantes obligations à la charge de l'administrateur (**A**), obligations dont le non-respect est sévèrement sanctionné (**B**).

A. Le trust promis au confessionnal fiscal

Le législateur a introduit deux nouvelles obligations déclaratives à la charge des administrateurs de trusts, respectivement définies aux alinéas 1 et 2 de l'article 1649 AB du CGI. Par un rescrit de décembre 2011[7] l'administration est venue préciser leur champ d'application qui posait déjà un certain de nombre de questions. Le décret d'application et l'instruction administrative sont attendus par les praticiens pour préciser certaines zones d'ombres, dont notamment la date d'entrée en vigueur du dispositif.

Tout d'abord est prévue pour l'administrateur une **obligation ponctuelle** de déclarer, en précisant le contenu de leurs termes, d'une part les trusts existant au 31 juillet 2011, d'autre part les évènements tels que la constitution, la modification et l'extinction des trusts intervenant à compter du 31 juillet 2011. Cette obligation est applicable lorsque le constituant ou l'un des bénéficiaires est domicilié fiscalement en France au sens de l'article 4B du CGI, ou lorsque le trust comprend un bien

3 Article 120 et article 238 bis-0 I du CGI .

4 TGI Nanterre 4 mai 2004, n°03-9350, 2e ch. Poillot ; Cass. com. 15 mai 2007, n°05-18.268, Cts Tardieu de Maleissye ; Cass. com. 31 mars 2009, n°07-20.219, d'Elbée.

5 TGI Nanterre 4 mai 2004 précité.

6 Article 792-0 bis, I, 1. du CGI : « l'ensemble des relations juridiques créées dans le droit d'un Etat autre que la France par une personne qui a la qualité de constituant, par acte entre vifs ou à cause de mort, en vue d'y placer des biens ou droits, sous le contrôle d'un vifs ou à cause de mort, en vue d'y placer des biens ou droits, sous le contrôle d'un objectif déterminé ».

7 Rescrit n°2011/37 du 23 décembre 2011 : « Trusts : obligations déclaratives »

ou un droit situé en France au sens de l'article 750 ter du CGI, à l'exception des placements financiers définis comme tels au sens de l'ISF[8]. Ces placements financiers doivent toutefois faire l'objet d'une déclaration par l'administrateur dans le cas précis où ils sont les seuls actifs qui composent le patrimoine d'un trust dans lequel le constituant et l'intégralité des bénéficiaires sont non-résidents de France, dès lors qu'ils ont été placés dans le trust lors de sa constitution ou de sa modification ultérieure.

A cette obligation ponctuelle s'ajoute une obligation annuelle de déclarer la valeur vénale au 1er janvier de l'année d'imposition des actifs du trust entrant dans le champ du nouveau prélèvement spécifique au trust[9], et respectant les règles de territorialité suivantes : si le constituant et les bénéficiaires sont tous domiciliés à l'étranger, il convient pour l'administrateur de déclarer la valeur des seuls actifs situés en France, y compris ceux exonérés d'ISF (sauf placements financiers) ; en revanche, si le constituant ou l'un des bénéficiaires est résident fiscal de France, il convient de déclarer la valeur des actifs tant situés en France qu'à l'étranger, y compris ceux exonérés d'ISF.

On l'aura compris, le champ d'application de cette double obligation déclarative se révèle être particulièrement étendu. Tout d'abord, et comme évoqué précédemment, la définition de l'article 792-0 bis du CGI[10] des trusts visés par ce dispositif est très large. De plus, l'assiette des biens visée par ces obligations déclaratives est plus étendue que celle de l'assiette de l'ISF. En effet, si l'un des bénéficiaires est domicilié en France et que le constituant réside à l'étranger, l'obligation déclarative portera sur les actifs mondiaux du trust, à savoir ses actifs à la fois français et étrangers. Le dispositif ne prévoit en outre pas de seuil de matérialité, donc même les placements d'un montant inférieur au seuil de déclenchement de l'ISF sont susceptibles d'y être soumis. Enfin, alors que le législateur était muet sur la date d'entrée en vigueur du dispositif, l'administration a retenu celle du 31 juillet 2011 pour l'obligation ponctuelle susmentionnées, semblant ainsi « avancer » de 6 mois la date d'entrée en vigueur du dispositif par rapport à celle pourtant attendue par la doctrine du 1er janvier 2012[63]. Les modalités d'application de l'article 1649 AB du CGI devraient toutefois être prochainement fixées par un décret, ainsi que commentées par une instruction.

Pour garantir l'efficacité de ce dispositif, le législateur a prévu une sanction lourde en cas de non-respect par l'administrateur de ses obligations déclaratives.

B. « In penalty we trust » ?

La sévérité de la sanction en cas de défaut de déclaration par l'administrateur se veut être un signal fort du législateur d'inciter à la révélation complète des trusts à l'administration, et se manifeste à plusieurs égards par les nouvelles dispositions légales. La mise en œuvre de la sanction appelle toutefois quelques remarques à la fois théoriques et pratiques.

La première LFR pour 2011 institue, à l'article 1736 IV bis du CGI, « une amende de 10 000 euros ou s'il est plus élevé, d'un montant égal à 5% des biens ou droits placés dans le trust ainsi que des produits qui y sont capitalisés ». Non sans rappeler la sanction du non-respect des obligations documentaires en matière de prix de transfert (article 1735 ter CGI), la formule de ce dispositif est sévère du fait, d'une part du niveau élevé de la sanction (il correspond à dix fois le montant du taux marginal de l'ISF et du prélèvement sui generis), et d'autre part de son assiette (il porte vraisemblablement sur l'ensemble des actifs du trust, qu'ils soient taxables ou non à l'ISF ou soumis au prélèvement sui generis).

8 Article 885L du CGI.

9 Dit aussi prélèvement sui generis (nouvel article 990 J du CGI). 62 Sauf les trusts de retraite et des trusts constitués par les entreprises pour leur propre compte, soumis à la loi d'un Etat ou territoire ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative.

10 Cf. II.A pour des explications complémentaires

Cette sévérité est renforcée en ce que le dispositif prévoit un paiement solidaire du constituant et des bénéficiaires, dans le cas où l'administrateur ne remplirait pas ses obligations déclaratives. Cette mesure vise à faciliter le recouvrement de la somme due au Trésor auprès de constituants ou de bénéficiaires résidents fiscaux de France, qui pourraient plus aisément être recherchés en paiement par l'administration.

La quatrième LFR pour 2011[11] modifie quant à elle l'article L.169 du Livre des procédures fiscales (LPF), pour soumettre le défaut de déclaration par l'administrateur au délai de reprise de l'administration de dix ans. Ainsi, le droit de reprise de l'administration fiscale s'exercera désormais jusqu'à la fin de la dixième année suivant celle au titre de laquelle l'imposition est due lorsque les obligations déclaratives de l'article 1649 AB du CGI ne sont pas respectées, et ce quel que soit l'Etat ou territoire étranger concerné (qu'il soit ou non lié par une convention d'assistance administrative avec la France). Cette précision apportée fin 2011 par le législateur démontre bien sa volonté de lutter contre l'évasion et la fraude fiscales.

En outre, **la mise en œuvre de ces sanctions** appelle plusieurs remarques, tant théoriques que pratiques. D'un point de vue théorique, le bien-fondé de ces sanctions peut être questionné. En effet, on peut se demander s'il est à la fois réaliste et légitime de rechercher en paiement, d'une part un constituant qui a pu, des années auparavant, se dessaisir définitivement des actifs du trust, par le simple fait que la composition du trust ait été modifiée, ou d'autre part des bénéficiaires, dont les droits ne sont pas encore fixés dans leur principe et/ou dans leur montant, et qui ignorent même probablement la composition du trust. Il peut ensuite être intéressant de relever la variabilité des assiettes fiscales, entre d'un côté celle des biens soumis à la déclaration des trusts de l'article 1649 AB, alinéa 2 du CGI et régie par les règles de territorialité, et de l'autre une assiette de l'amende normalement calculée sur la valeur de l'ensemble des actifs, indépendamment des règles de territorialité.

Sur le plan pratique, la périodicité de la sanction n'est pour l'instant pas clarifiée : est-elle annuelle ou ponctuelle ? Il est vraisemblable qu'elle soit annuelle. En effet, l'obligation déclarative annuelle prévue à l'article 1649 AB, alinéa 2 du CGI réside dans une appréciation de la valeur des actifs du trust au 1er janvier de l'année d'imposition. Le dispositif perdrait donc en efficacité si le non-respect d'une obligation censée être satisfaite chaque année n'était sanctionné que ponctuellement, car la sanction n'aurait pas véritablement pour effet d'inciter à la régularisation tous les ans. Par ailleurs, comment devrait être traité le cas du non-respect de l'obligation ponctuelle par l'administrateur du trust qui, dans le même temps, respecterait son obligation annuelle ? Sur la base des textes actuels, rien n'empêche d'appliquer la sanction.

Si le législateur entend garantir l'effectivité de l'imposition des actifs détenus par un trust en instituant des obligations lourdes et fortement sanctionnées, il n'en demeure pas moins que la portée de ce dispositif est source de nombreuses interrogations.

II. …DONT L'APPLICATION SOULÈVE DE NOMBREUSES QUESTIONS

De multiples questions relatives à la portée des nouvelles obligations déclaratives surgissent, tant d'un point de vue juridique (**A**), que pratique (**B**).

A. Une portée juridique à géométrie variable ?

Au plan juridique, les interrogations portent sur la date d'entrée en vigueur des nouvelles obligations déclaratives, sur leur articulation avec les autres dispositifs et sur les conflits possibles avec les droits locaux étrangers.

Face au silence du législateur quant à la date précise de l'entrée en vigueur du dispositif, une partie de la doctrine semblait déduire des rapports parlementaires sur le projet de LFR pour

11 Article 58, I, 1° de la loi n° 2011-1978 du 28 décembre 2011.

2011[12] une application des nouvelles obligations déclaratives à compter du 1er janvier 2012 pour l'application annuelle prévue à l'alinéa 2 de l'article 1649 AB du CGI. Cette position est relativement compréhensible, dans la mesure où ladite obligation porte sur la valeur des actifs du trust au 1er janvier de l'année.

Concernant l'application ponctuelle, le rescrit de décembre 2011 a fixé la date d'entrée en vigueur du dispositif au 31 juillet 2011. Cependant, la question de la validité de ce rescrit peut être posée et l'on peut s'interroger sur le fait de savoir si l'administration n'entendait pas ainsi rendre inopérantes les réorganisations effectuées au cours du second semestre 2011 pour contourner l'application des obligations déclaratives.

D'un côté, il peut être argué que l'entrée en vigueur d'une loi est fixée, en cas de silence du texte, au lendemain de sa publication au Journal Officiel. En l'espèce, la première LFR pour 2011 avait été publiée le 30 juillet 2011. Il pourrait toutefois être également soutenu que, sur la base du principe selon lequel une loi dont la mise en application est impossible sans décret d'application n'entre en vigueur qu'à compter de l'entrée en vigueur de ce dernier[13], les obligations déclaratives de l'article 1649 AB, pour le moins en ce qui concerne le premier alinéa, ne devraient être applicables qu'à compter de la publication du décret d'application. Cette position a d'ailleurs déjà été reconnue par la jurisprudence[14].

La question de l'articulation des obligations déclaratives relatives au trust avec d'autres dispositifs de droit français qui sont également applicables au trust, est intéressante. Vis-à-vis des obligations déclaratives de l'**ISF**, celles relatives au trust sont requises et sanctionnées de manière autonome. Ainsi, l'administrateur doit effectuer une déclaration pour le trust, alors même qu'il aurait été informé d'un dépôt régulier des déclarations d'ISF par le constituant ou par le bénéficiaire réputé constituant[15]. De même, l'administrateur doit respecter ses obligations déclaratives, quand bien même les actifs du trust ne seraient pas soumis à l'ISF, puisque l'obligation annuelle de l'article 1649 AB, alinéa 2 du CGI est même applicable aux actifs exonérés d'ISF issus de trusts dont le constituant ou l'un des bénéficiaires est domicilié en France ou si les actifs du trust sont situés en France (sauf placements financiers au sens de l'ISF). En ce qui concerne les **DMTG**, si le champ d'application des obligations déclaratives emprunte parfois les règles de territorialité de l'article 750 ter du CGI, il n'en demeure pas moins que le rescrit de décembre 2011 rappelle que l'imposition des DMTG en est indépendante. L'articulation des obligations déclaratives spécifiques au trust avec celles relatives à **la taxe de 3%** de l'article 990D du CGI, souvent décrites comme une mesure anti-abus au regard de l'ISF, peut aussi être évoquée. Alors même qu'un trust ferait l'objet de l'un des cas d'exonération de la taxe de 3% prévus par l'article 990E[16] du CGI, l'administrateur pourra être soumis à l'obligation déclarative de l'article 1649 AB du CGI. Enfin, il est à noter un paradoxe concernant l'articulation des nouvelles obligations avec **le prélèvement *sui generis*** qui vise à sanctionner les redevables de l'ISF ne déclarant pas régulièrement les actifs placés dans un trust : alors que les actifs soumis à déclaration sont ceux entrant dans le champ du prélèvement sui generis, ce dernier exclut lui-même de son champ les actifs qui ont été régulièrement déclarés dans le patrimoine d'un constituant (ou d'un bénéficiaire réputé constituant) si celui-ci n'est pas redevable de l'ISF[17].

12 Rapport de la Commission des finances de l'Assemblée Nationale sur le projet de LFR 2011, n°3503, p 181 ; Rapport général du Sénat sur le projet de LFR 2011 adopté par l'Assemblée Nationale, n°620, tome I, p 212.

13 L'Ordonnance n°2004-164 (JOP 21 février 2004, P.3514) indique que l'entrée en vigueur des dispositions d'une loi « dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures ».

14 Cass. 2ème civ., 30 novembre 1983.

15 L'article 14 de la LFR pour 2011 fait du constituant ou du bénéficiaire réputé constituant le redevable de l'ISF..

16 Par exemple les entités satisfaisant à certaines obligations déclaratives ou qui ne sont pas à prépondérance immobilière.

17 Article 990 J, III, 2°, b du CGI.

L'application des nouvelles obligations déclaratives françaises vis-à-vis du **droit local étranger** peut en outre être source de problèmes. En effet, l'obligation de déclarer le trust imposée par l'administration fiscale française à l'administrateur peut se heurter à la loi de l'Etat de résidence de ce dernier. Singapour en est une parfaite illustration. En vertu de la loi singapourienne, les administrateurs ont interdiction de révéler à des autorités étrangères des informations relatives aux trusts sans le consentement du constituant ou du bénéficiaire. La question est alors de savoir si les tribunaux français pourraient prendre en compte une loi étrangère applicable pour limiter l'application d'une loi française.

B. Une mise en œuvre source d'incertitudes

D'un point de vue pratique, l'application du dispositif n'apparaît pas aisée. Des questionnements sur le rôle de l'administrateur, sur les problèmes de recouvrement et sur le sort des informations recueillies par l'administration fiscale française peuvent apparaître.

Les interrogations sur le rôle de l'administrateur sont de deux ordres. D'abord, le législateur n'a pas envisagé **l'hypothèse des co-trustees**, à savoir la possibilité que le trust soit géré par deux administrateurs, auquel cas se poserait la question de la répartition des obligations déclaratives entre eux. Cette question sera peut-être envisagée par le décret à venir, mais l'on peut d'ores et déjà imaginer que ce point soit prévu par le trust deed. Toutefois, en cas de silence de l'acte de trust, une solution pourrait consister en une obligation déclarative solidaire des administrateurs ; celui qui ne respecterait pas ses obligations serait en faute, même si l'autre s'en est acquitté. Cette solution pourrait être envisagée par l'administration, puisque cela constituerait un moyen de recouper les informations fournies par les deux administrateurs et donc d'améliorer la qualité de son contrôle.

Ensuite, l'institution de nouvelles obligations déclaratives peut aller à **l'encontre des termes du mandat de l'administrateur,** ainsi que de son secret professionnel. Ainsi, il peut arriver qu'une clause contractuelle prévue dans le trust deed impose le secret à l'administrateur. La nouvelle obligation déclarative empêche également la pratique consistant à déterminer un bénéficiaire dans le trust deed, puis de à modifier, mais sans faire mention de cette modification dans l'acte de trust. Par conséquent, les administrateurs doivent se poser la question de la portée de leurs mandats : ils sont donc actuellement conduits à vérifier leurs prérogatives et, si besoin est, à les aménager de manière à autoriser une divulgation des éléments relatifs au trust.

En matière de **recouvrement**, des problèmes peuvent apparaître. Les conséquences particulières de l'hypothèse où ni l'administrateur, ni le constituant ou le bénéficiaire ne paient, doivent être envisagées. En effet, dans le cas où la France n'est pas liée par une assistance administrative en matière de recouvrement avec l'Etat d'accueil du trust, le recouvrement par le Trésor français peut s'avérer difficile. Ce problème est toutefois à nuancer, dans la mesure où, pour sortir des « listes noires » du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements, de nombreux Etats ou territoires (à l'image de Jersey, territoire d'accueil de nombreux trusts) ont adopté des lois mettant en jeu la responsabilité pénale des administrateurs en cas de non-respect des obligations déclaratives, lorsque le défaut de déclaration conduit à des sanctions fiscales ou pénales à l'étranger. De fait, un certain nombre d'administrateurs ont donc choisi de se conformer aux obligations déclaratives. Par ailleurs, si ni le constituant ni le bénéficiaire sont français mais que le trust est soumis à cette nouvelle obligation déclarative, c'est bien que ce dernier détient des biens situés en France. La question qui pourrait alors se poser est de savoir si l'administration fiscale française pourrait prendre des garanties sur ces actifs.

De plus, il peut être intéressant de s'interroger sur **le sort des informations recueillies** par l'administration fiscale française dans le cadre des obligations déclaratives. Dans la mesure où la France est liée par

de nombreux accords internationaux d'échange de renseignements en matière fiscale, l'administration, en plus d'un usage interne des informations issues des déclarations, peut être amenée à échanger ces informations, sur demande ou de manière spontanée avec les administrations partenaires.

Certaines restructurations pourraient être envisagées pour limiter les risques liés au respect des obligations déclaratives. Par exemple, un changement de résidence fiscale du bénéficiaire et/ou du constituant selon les cas, une exclusion des bénéficiaires français, voire un aménagement des conventions passées entre le constituant et l'administrateur, afin de ne pas déclarer l'existence ou les évènements liés au trust, tout en prévoyant un mécanisme de remboursement du montant de l'amende encourue en cas de découverte du défaut de déclaration par l'administration et d'indemnisation pour le préjudice subi par l'administrateur. De plus, dans le cas où un trust disposerait aussi bien d'actifs situés en France qu'à l'étranger, il pourrait être envisagé de créer des sous-trusts isolant les actifs français, de manière à ce que les actifs du trust ne soient soumis aux obligations déclaratives qu'à hauteur de leur quote-part française. L'efficacité de ces solutions demeure toutefois incertaine.

En somme, le mécanisme des obligations déclaratives, à la fois lourd et pénalisant, semble globalement bien garantir l'efficacité du nouveau régime d'imposition des trusts mis en place par la première LFR pour 2011. Ce dispositif, qui s'inscrit bien dans cette logique de recherche de transparence et d'assistance entre les Etats, suscite toutefois certaines questions, tant sur le plan juridique que sur le plan pratique, dans le cadre de sa mise en œuvre. Nous espérons que le décret et l'instruction à venir apporteront quelques lumières sur certains points évoqués. En tout état de cause, ce sujet ne manquera pas d'animer la doctrine et la jurisprudence dans les années à venir...

DAUPHINE
UNIVERSITÉ PARIS

MASTER
FISCALITÉ
DE L'ENTREPRISE

Le Master Fiscalité de l'entreprise de l'Université Paris Dauphine forme depuis plus de 30 ans de jeunes fiscalistes directement opérationnels et désirant intégrer les meilleurs cabinets d'avocats ou les grandes directions fiscales.

Grâce à une équipe pédagogique dynamique, unissant universitaires et praticiens reconnus, les enseignements réservent une large importance à l'illustration pratique avec des études de cas et des simulations de projet. Des interventions en langue anglaise permettent également aux étudiants de répondre aux attentes des professionnels.

Le Master constitue à ce titre une formation pluridisciplinaire d'excellence qui s'inscrit parfaitement dans l'évolution actuelle du monde des affaires.

www. fiscalite.dauphine.fr

FONDS D'INVESTISSEMENT ÉTRANGERS ET RETENUE À LA SOURCE FRANÇAISE : LA FIN PROCHAINE D'UNE DISCRIMINATION FISCALE ?

Stéphane RAISON, Master II Fiscalité de l'entreprise Université Paris Dauphine

Thibaut MASSART, Professeur à l'Université Paris Dauphine

Actuellement pendant dans l'attente d'une décision préjudicielle de la Cour de justice, le contentieux de masse opposant l'administration fiscale française aux fonds d'investissement étrangers approche progressivement de son épilogue. Il convient, dans ce contexte, de brosser un panorama des arguments en présence et de développer une nécessaire analyse prospective de la retenue à la source française, au cas particulier des organismes de placement collectif, tant son maintien en l'état apparaît contraire au principe communautaire de libre circulation des capitaux.

Il est de coutume d'affirmer que l'Union européenne n'a qu'une influence à la marge en matière de fiscalité directe, ce domaine relevant de la compétence exclusive des États membres. Pourtant, c'est omettre l'importance de la jurisprudence de la Cour de justice. En effet, tirant les conséquences de plusieurs arrêts de la Cour de Luxembourg jugeant non conforme les dispositifs fiscaux de retenue à la source portant sur les dividendes distribués aux fonds de pensions[1], aux sociétés mères[2] ou encore aux fonds d'investissement étrangers[3], plus de 15 000 réclamations représentant au 31 décembre 2009 un montant de près de deux milliards d'euros ont été adressées à l'administration fiscale française par les fonds d'investissement étrangers. Déjà exceptionnel, ce montant s'établissait courant 2011 à plus de quatre milliards d'euros. Au regard de l'enjeu budgétaire, l'administration a fort logiquement adressé des fins de non-recevoir aux réclamations tendant à la décharge des retenues à la source prélevées et à la restitution de ces impositions, conduisant dès lors les fonds d'investissement à former plusieurs centaines de recours devant les tribunaux administratifs de Paris et de Montreuil. Si le premier a caractérisé, en l'espèce, une méconnaissance du droit de l'Union européenne[4] , le deuxième, plus prudent, a formé une demande préjudicielle auprès de la Cour de justice[5] après avis favorable du Conseil d'État[6].

Aussi importants soient-ils, ces montants ne sont que le reflet de l'importance économique des fonds d'investissement au sein du marché européen. Selon les statistiques de la Commission européenne, le marché européen des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) représente en effet un volume de plus de 5000 milliards d'euros d'encours, ce qui place l'Union européenne, sur le plan mondial, en seconde position, derrière

1 CJCE, 14 sept. 2006, aff. C-386/04, Centro di Musicologica Stauffer.
2 CJCE, 14 déc. 2006, aff. C-170/05, Denkavit international et Denkavit France.
3 CJCE, 18 juin 2009, aff. C-303/07, Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy.
4 TA Paris, 22 avr. 2010, n° 06-10333/2, 2e sect., 3e ch., Sté Axa Rosenberg Alpha Trust.
5 CJUE, 4 juill. 2011, aff. C-338/11, Santander Asset Management SGIIC SA.
6 CE, 23 mai 2011, n° 344678, 9e et 10e s.-s., Société Santander Asset Management SGIIC SA.

les États-Unis. L'industrie de la gestion financière constitue donc un opérateur économique important au sein du marché européen, lequel est encadré et protégé par des libertés économiques, telles que la libre circulation des capitaux consacrée par l'article 63 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

À l'heure où la position de la France semble de plus en plus isolée – l'ouverture d'un recours en manquement à son encontre par la Commission européenne en est une récente illustration[7]–, il convient dès lors d'analyser le dispositif fiscal de retenue à la source pour déterminer dans quelle mesure il constitue une entrave à la fluidité et une limite aux rendements des investissements effectués par les OPCVM établis à l'étranger dans les sociétés de capitaux françaises. Il résultera de cette analyse le constat que la législation française méconnaît potentiellement le droit primaire européen (I) de sorte qu'une évolution prochaine doit être envisagée, non sans difficultés économiques et budgétaires (II).

I. L'INCOMPATIBILITÉ DE LA RETENUE À LA SOURCE FRANÇAISE AVEC LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Selon l'article 63 TFUE, « toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites ». Combiné avec l'article 18 du TFUE qui prohibe toute discrimination fondée sur la nationalité, le principe de libre circulation des capitaux protège les opérateurs économiques du marché européen des restrictions discriminatoires. Encore faut-il, néanmoins, démontrer l'existence d'une situation objectivement comparable (A) et d'une différence de traitement injustifiée (B).

A. La caractérisation d'une situation objectivement comparable

Il est établi depuis 1977 que le principe de non-discrimination exige que « les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différentiation ne soit objectivement justifiée[8]». De l'avis du Conseil d'État et de l'ensemble des commentateurs, la détermination du point de comparaison constitue dès lors une problématique centrale. Et pour cause, l'activité d'investissement des OPCVM est structurée de telle manière qu'il est possible d'identifier deux points de comparaison dans le cadre de la chaîne d'imposition : soit au niveau des actionnaires ou porteurs, soit au niveau du véhicule d'investissement. Or, le choix du point de comparaison pertinent présente des conséquences directes et importantes sur la caractérisation de la restriction discriminatoire.

À ce titre, l'administration fiscale argue opportunément que le point de comparaison doit se situer au seul niveau des membres du fonds d'investissement ou, plus précisément, dans « le cadre du binôme indissociable véhicule d'investissement-porteur de parts[9]» . Ainsi, en retenant cette comparaison, la caractérisation d'une restriction discriminatoire est exclue, car le traitement fiscal de l'investisseur non résident est in fine identique – sinon plus favorable – à celui de l'investisseur résident. En effet, les dividendes distribués par le truchement d'un OPCVM font l'objet, pour le non résident, d'un prélèvement à la source et, pour le résident, d'un assujettissement à l'impôt sur le revenu ou sur les sociétés. Le traitement fiscal de l'investisseur non résident est d'autant plus favorable qu'il peut parfois, par application des conventions fiscales conclues entre son pays et la France, obtenir un crédit d'impôt afférent à la retenue à la source. Or, la Cour de justice a reconnu que l'application d'une convention

7 Commission européenne, « Fiscalité : la Commission saisit la Cour à l'encontre de la France pour discrimination fiscale à l'encontre des fonds de pension et d'investissement étrangers », Communiqué IP/11/603, 19 mai 2011.

8 CJCE, 19 oct. 1977, aff. jointes C-117/76 et aff. 16/77, Albert Ruckdeschel & Co et Hansa-Lagerhaus Ströh & Co, pt 7.

9 Cf. conclusions de la rapporteur public N. PETON-PHILIPPOT, « Retenue à la source sur dividendes versés par les sociétés françaises aux OPCVM non résidents : saisine du Conseil d'État pour avis », Dr. fisc. n° 49, 9 déc. 2010, comm. 589.

fiscale bilatérale pouvait permettre « de neutraliser les effets de la restriction à la libre circulation des capitaux[10]» .

Cependant, à l'étude de la jurisprudence de la Cour de justice, il semble difficile d'accueillir l'approche défendue par l'administration fiscale. En effet, la Cour a clairement pris position dans l'arrêt Aberdeen en rejetant l'argumentation selon laquelle le point de comparaison se situerait au niveau des porteurs : « n'est pas non plus pertinent l'argument du gouvernement italien selon lequel, en raison du fait que le Grand-Duché de Luxembourg n'imposerait pas les revenus d'une SICAV, l'imposition en chaîne interviendrait non pas au niveau de celle-ci, mais bien au niveau de ses actionnaires et devrait être évitée par l'État membre dans lequel ces derniers ont leur résidence[11]» . Cette position fut réitérée dans un arrêt du 19 novembre 2009 opposant la Commission européenne à la République italienne[12]. Le Conseil d'État, dans son avis du 23 mai 2011, a néanmoins estimé, avec une prudence consommée, qu'il convenait de soumettre, à titre préjudiciel, la question de la détermination du point de comparaison pertinent, au cas particulier de l'actuel contentieux qui oppose les fonds d'investissement à l'administration fiscale française.

Il appartiendra donc prochainement à la Cour de Luxembourg d'étendre ou, au contraire, de restreindre sa jurisprudence Aberdeen. L'enjeu est considérable, car, en cas d'extension, il suffira alors pour les fonds d'investissement de démontrer leur caractère objectivement comparable, ce qui ne posera, a priori, aucune difficulté.

En effet, depuis maintenant plusieurs années, la législation des États membres applicable aux OPCVM est largement harmonisée par la directive 85/611/CEE, laquelle a établi un régime général d'obligations strictes relatives notamment aux investissements, aux exigences en matière de fonds propres, aux obligations d'information, aux fonctions de conservation des actifs et de surveillance des fonds. L'objectif de la directive européenne était ainsi de « rapprocher sur le plan communautaire les conditions de concurrence entre ces organismes et d'y réaliser une protection plus efficace et plus uniforme des participants[13]» . Aussi, bien que les OPCVM « peuvent, en vertu de la loi, revêtir la forme contractuelle [...] ou de trust [...] ou la forme statutaire » (directive 85/611/CEE, art. 3), ils n'en restent pas moins objectivement comparables en raison du cadre réglementaire commun européen dans lequel ils s'inscrivent. Il est donc fort probable que ce critère soit suffisant pour caractériser l'existence d'une situation comparable entre les OPCVM français et les OPCVM étrangers, d'autant plus que les juges européen[14] et français[15] adoptent, en la matière, une appréciation souple faisant fi de la disparité des structures juridiques au sein de l'Union européenne.

B. L'identification d'une différence de traitement injustifiée

S'il appartient à chaque État membre d'organiser son système d'imposition de bénéfices distribués et de définir l'assiette imposable ainsi que le taux d'imposition, il est constant que cette compétence doit respecter « les principes essentiels du droit communautaire et s'abstenir notamment de toute discrimination fondée sur la nationalité [16]».

10 CJCE, 8 nov. 2007, aff. C-379/05, Amurta SGPS, pt 84.
11 CJCE, 18 juin 2009, aff. C-303/07, Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy. pt 54.
12 CJCE, 19 nov. 2009, aff. C-540/07, Commission c/ République italienne, pt 43.
13 V. exposé de motif de la directive 85/611/CEE.
14 Dans l'affaire Aberdeen, la Cour a ainsi relevé que « la circonstance qu'il n'existe pas, dans le droit finlandais, un type de sociétés ayant une forme juridique identique à celle d'une SICAV de droit luxembourgeois ne saurait, en elle-même, justifier un traitement différencié, dans la mesure où, le droit des sociétés des États membres n'étant pas entièrement harmonisé au niveau communautaire, cela priverait la liberté d'établissement de tout effet utile » (pt 50).
15 Le tribunal administratif de Paris a ainsi opéré dans son arrêt Sté Axa Rosenberg Alpha Trust une comparaison avec un unit trust irlandais, forme juridique pourtant inconnue dans le droit français.
16 CJCE, 14 févr. 1995, aff. C-279/93, Roland Schumacker, pt 22 ; CJCE, 6 juill. 1998, aff. C-264/96, Imperial Chemical Industries, pt 9 ; CJCE, 23 févr. 2006, aff. C-471/04, Keller Holding, pt 28.

Or une jurisprudence établie[17] affirme qu'une « discrimination consiste dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou bien dans l'application de la même règle à des situations différentes ». Il convient donc dans ce cadre jurisprudentiel de déterminer si la France applique, selon le lieu d'établissement des OPCVM, un régime fiscal différent à deux situations objectivement comparables, constitutif d'une restriction discriminatoire non justifiée en violation du principe de libre circulation des capitaux.

Afin de neutraliser la double imposition économique interne, les OPCVM établis en France ne font l'objet d'aucune imposition à leur niveau lorsqu'ils perçoivent un dividende distribué par une société résidente. En effet, faute de détenir une personnalité juridique, les FCP sont exclus du champ de l'impôt sur les sociétés (CGI, art. 205 et s.) ; ils sont par conséquent traités comme des entités fiscalement transparentes de telle sorte que l'imposition est prélevée dans les mains des porteurs (CGI, art 137 bis). Quant aux SICAV, si elles entrent effectivement dans le champ d'application de l'impôt sur les sociétés, elles n'en restent pas moins exonérées de toute imposition conformément aux dispositions des articles 208, 1° bis à 208, 1° ter du CGI.

A contrario, lorsque des OPCVM établis à l'étranger perçoivent un dividende d'une société française, la France se réserve le droit de prélever une retenue à la source de 25 % conformément aux articles et 119 bis, 2 et 187, 1 du CGI. S'il est vrai que les conventions fiscales conclues par la France sont de nature à minorer ce taux, encore faut-il que la doctrine conventionnelle française accorde le bénéfice de ces accords internationaux aux OPCVM. Or, il n'en est rien. En effet, l'administration fiscale refuse, par principe, de reconnaître la qualité de résident d'un État contractant aux OPCVM de sorte que les dividendes distribués par les sociétés françaises aux OPCVM étrangers font l'objet, sauf stipulations conventionnelles spécifiques[18], d'une retenue à la source au taux de 25 %.

Au regard de ces éléments, il ne fait dès lors aucun doute que la France maintient une différence de traitement fiscal. Cette dernière pourrait-elle néanmoins être justifiée au regard du droit de l'Union européenne ? De toute évidence, la réponse est négative. C'est ainsi que le Conseil d'État a affirmé dans son avis du 23 mai 2011 que l'actuelle différence de traitement ne pourrait « être regardée comme justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général ». En effet, d'une part, l'administration fiscale ne saurait invoquer la sauvegarde de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres, la Cour de Luxembourg l'ayant écartée dans l'affaire Aberdeen : « dès lors qu'un État membre a choisi de ne pas imposer les sociétés bénéficiaires établies sur son territoire à l'égard de ce type de revenus, il ne saurait invoquer la nécessité d'assurer une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres afin de justifier l'imposition des sociétés bénéficiaires établies dans un autre État membre[19]» . Par analogie, la France ne pourrait donc valablement arguer sa volonté de préserver la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition en maintenant, dans son droit interne, une retenue à la source sur les revenus distribués par les sociétés françaises à des OPCVM étrangers, alors même qu'elle n'assujettit pas à l'impôt les organismes comparables français. En effet, dans de telles circonstances, elle n'est pas privée « d'exercer sa compétence fiscale en relation avec les activités réalisée sur son territoire[20]» . D'autre part, la France ne serait pas davantage fondée à invoquer le motif tiré de l'efficacité des contrôles fiscaux en raison de la directive 77/799/CEE[21] et dans un contexte de développement des clauses conventionnelles

17 CJCE, 11 août 1995, aff. C-80/94, Wielockx, pt 17 ; CJCE, 29 avr. 1999, aff. C-311/07, Royal Bank of Scotland, pt 26 ; CJCE, 14 sept. 1999, aff. C-391/97, Gschwind, pt 21.

18 La France a ainsi conclu des conventions fiscales bilatérales prévoyant des stipulations spécifiques aux OPCVM avec huit États membres, à savoir l'Autriche, l'Allemagne, l'Estonie, la Finlande, la Lettonie, la Lituanie, la Suède et les Pays-bas.

19 V. pt 67.

20 V. pt 66.

21 Directive 77/799/CEE du Conseil, du 19 déc. 1977, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs et des taxes sur les primes d'assurance.

d'assistance administrative permettant l'échange de renseignements.

Il ne fait dès lors aucun doute que la France maintient une différence de traitement fiscal injustifiée entre les fonds d'investissement français et étranger. La caractérisation d'une restriction discriminatoire méconnaissant l'article 63 du TFUE n'est ainsi désormais conditionnée que par une unique question : quel est le niveau de comparaison pertinent ? Étant donné la relative fragilité de l'argumentation de l'administration fiscale sur ce point, il n'est pas inutile de dresser sommairement les alternatives dont disposerait la France pour mettre en conformité sa législation.

II. LE PROBABLE ALIGNEMENT DU RÉGIME FISCAL DES OPCVM FRANÇAIS

Si la Cour de justice est compétente pour caractériser les restrictions discriminatoires aux libertés fondamentales protégées par le traité de l'Union européenne, elle ne peut, en revanche, dicter aux États membres les modifications à effectuer dans leur législation interne. La fiscalité directe et la détermination des critères de répartition des pouvoirs de taxation demeurent de la compétence des États membres. Dans cette perspective, la France dispose de deux leviers pour mettre sa réglementation fiscale en conformité avec le droit primaire européen : soit elle s'inspire de la récente réforme sur les fonds de pension[22](A), soit, plus radicalement, mais aussi plus opportunément, elle supprime la retenue à la source sur les dividendes distribués par des sociétés françaises aux OPCVM non résidents (B).

A. Un alignement par le bas contestable

Le traitement fiscal des dividendes distribués par des sociétés résidentes de France aux fonds d'investissement étrangers n'est pas le seul à avoir connu l'épreuve du droit de l'Union européenne. En effet, tirant les conséquences des arrêts Stauffer[23] de la Cour de justice et Stichting Unilever Pensioenfonds Progress[24] du Conseil d'État, le législateur a instauré, par une loi de finances rectificative pour 2009, une diminution du taux de retenue à la source assortie d'un assujettissement corrélatif des fonds de pension français. Il convient donc de déterminer dans quelle mesure ce dispositif pourrait être appliqué aux OPCVM.

De prime abord, une diminution du taux de retenue à la source peut constituer une voie intéressante. Pour autant, prise indépendamment et dans le contexte de l'activité internationale des OPCVM, elle n'est point suffisante. En effet, à supposer même que le législateur décide d'abaisser à 15 % le taux de retenue à la source sur les dividendes distribués par des sociétés françaises aux OPCVM établis au sein de l'Union européenne, une différence de traitement persisterait. Effectivement, il subsisterait un écart d'imposition de 15 % du montant brut des dividendes versés, car les OPCVM français sont, dans la même situation, non assujettis à l'impôt.

Une diminution du taux de retenue à la source sur les dividendes distribués par les sociétés françaises aux OPCVM non résidents ne peut donc être suffisante pour éliminer toute différence de traitement. Elle doit être complétée, au surplus, par une remise en cause corrélative du régime fiscal des OPCVM français. Pour rester dans la comparaison avec les fonds de pensions, ces derniers sont ainsi désormais assujettis à l'impôt sur les sociétés au taux de 15 % sur les dividendes de source française et étrangère encaissés (CGI, art. 219 bis, 2° nouveau). Par voie de conséquence, la législation fiscale française traite désormais les fonds de pension de manière identique, sans différence fondée sur la nationalité

En tout état de cause, il n'est absolument pas souhaitable d'appliquer, par analogie, ce régime aux OPCVM français. En effet, au regard du volume d'encours des OPCVM et, en particulier, de leur

22 Le terme peut porter à confusion car il rappelle les pension funds américains. En France, les fonds de pension regroupent l'ensemble des caisses de retraite de base ou complémentaire des salariées créées au sein des entreprises ou groupe d'entreprise du secteur privé et du secteur public, ainsi que les sociétés mutualistes.

23 CJCE, 14 sept. 2006, aff. préc.

24 CE, 3e et 8e ss-sect., 13 févr. 2009, n° 298108, Stichting Unilever Pensionenfonds Progress et a.

exposition aux actions françaises et étrangères[25], l'assujettissement des dividendes aurait desérieuses conséquences économiques, car elle serait à l'origine d'une triple imposition économique, à savoir au niveau de la société distributrice, du véhicule d'investissement et de l'investisseur. Partant, dans cette configuration, l'investissement par le truchement d'un OPCVM serait, à l'évidence, moins rémunérateur qu'un investissement direct. Il s'ensuivrait une perte de compétitivité importante des OPCVM français dans un marché européen et mondial particulièrement concurrentiel. Cette perte de compétitivité serait d'autant plus importante que les États étrangers maintiendront leurs régimes fiscaux de faveur, constituant alors des pôles d'attractivité au détriment des fonds français. Pour preuve, comme le relèvent les rapporteurs généraux lors du 51ème Congrès de l'IFA, le principe de l'assujettissement des fonds à l'impôt au Royaume-Uni « a toujours dissuadé les étrangers d'investir dans des sociétés à capital variable[26]» .

B. Un alignement par le haut souhaitable

Au regard des exigences de compétitivité fiscale, il serait certainement plus opportun de renoncer à l'application de toute retenue à la source sur les dividendes distribués par les sociétés françaises à des OPCVM étrangers. En effet, un tel alignement aurait non seulement pour effet de supprimer la potentielle restriction discriminatoire à l'article 63 du TFUE, mais aussi de préserver l'attractivité du marché français de la gestion collective, puisqu'il ne présenterait aucune conséquence sur le régime exonératoire des OPCVM établis en France.

La suppression du taux de retenue à la source sur les dividendes de source française distribués à des OPCVM étrangers pourrait s'effectuer au moyen d'une modification de l'article 119 bis du CGI. Néanmoins, il n'est pas non plus impossible que l'administration décide unilatéralement, dans le cadre de sa doctrine conventionnelle, de renoncer à percevoir toute retenue à la source. Il ne faudrait cependant pas que cette concession soit corrélativement soumise à des conditions de fonds et de forme restrictives qui excluraient les OPCVM non résidents de son bénéfice. Tel est actuellement la situation des fonds de pension étrangers qui, pour bénéficier du taux réduit de retenue à la source, doivent répondre à des conditions cumulatives très strictes.

Attribut par excellence de la souveraineté fiscale, il est cependant difficile pour un État de renoncer à son droit d'imposer un revenu trouvant sa source sur son territoire. C'est d'ailleurs pourquoi l'adoption de directive 90/435/CEE[27] sur le régime européen mère et filiale a mis de nombreuses années à aboutir. Aussi, il n'est pas certain que la France accepte, unilatéralement, de supprimer son droit de prélèvement à la source sur les dividendes distribués par les sociétés françaises aux OPCVM non résidents, d'autant plus qu'une telle mesure aura un fort impact sur les finances publiques.

La France est donc aujourd'hui en bien mauvaise posture, tiraillée entre sa souveraineté fiscale et l'impératif respect du droit de l'Union européenne. Toujours est-il que le contentieux qui se déroule en ce moment illustre, s'il fallait encore en douter, l'importance du processus d'intégration négative au sein de l'espace européen, y compris en matière de fiscalité directe, domaine qui relève pourtant de la compétence des États membres. On ne peut que se féliciter de ce mouvement, car s'il est vrai que sa mise en oeuvre peut obliger les États membres à renoncer à leur droit d'imposer, il forme aussi un moyen d'atteindre l'aboutissement du marché commun européen et, partant, une circulation optimum des capitaux sans frottements ni entraves fiscales. Les États membres ont tout à gagner de cette situation, la France en particulier, car elle dispose d'une industrie financière de premier ordre. L'intégration positive n'est pas non plus en reste. Pour preuve, la Commission européenne a lancé le 28 janvier 2011

25 Selon les statiques de l'AMF, les encours en action des OPCVM français (SICAV et FCP) s'élevait au 31 octobre 2011 à près de 240 milliards d'euros.

26 IFA, « The taxation of investment funds », in Cahiers de droit fiscal international, Vol. 82 b., 1997, p. 92.

27 Directive du Conseil du 23 juill. 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents. Modifiée par la directive 2003/123/CE du Conseil du 22 déc. 2003.

une consultation publique sur « problèmes fiscaux survenant lors de la distribution transfrontalière de dividendes aux investisseurs en portefeuille et aux investisseurs particuliers ». Le processus en est encore à ses débuts, mais il augure des choses intéressantes et pourrait potentiellement aboutir à un projet de directive européenne qui rejoindrait les premières initiatives fructueuses parmi lesquelles se trouvent la directive mère-fille ou, plus récemment, la directive intérêts-redevances. C'est peut-être ici la clé d'un traitement fiscal efficace de l'activité transfrontalière des OPCVM.

TVA SUR LES ACTIVITÉS FINANCIÈRES : EN ATTENDANT LA NOUVELLE RÈGLEMENTATION, LA JURISPRUDENCE AU SECOURS DES TEXTES COMMUNAUTAIRES

Daniel GOLDENBAUM, Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris Dauphine

Odile COURJON, Docteur en droit, Associée chez Taj, société d'avocats

Le développement des activités bancaires et financières s'accompagne de nouvelles problématiques en matière de TVA appliquée à ces opérations. Si l'Union Européenne travaille actuellement à la modernisation des règles en la matière, la jurisprudence, tant interne que communautaire, s'est inscrite en 2011 dans la continuité des années précédentes pour répondre aux incertitudes et aux difficultés rencontrées.

Sous l'impulsion du haut fonctionnaire de la Direction Générale des Impôts, Maurice Lauré, la Taxe sur la Valeur Ajoutée (TVA) fût introduite en France par la loi du 10 avril 1954[1]. Ce système de taxation indirecte touchant le consommateur final fut repris par de nombreux Etats dans le monde pour devenir un impôt dit européen[2] à partir de la « première directive » TVA[3] en 1967.

A l'origine, les opérations se rattachant aux activités bancaires et financières subissaient une taxe spéciale, dite taxe sur les prestations de services. Ce n'est qu'à partir de la loi du 10 janvier 1966[4], que ces opérations furent exonérées de TVA en raison de leur assujettissement à une taxe sur les activités financières.

La « sixième directive[5]» TVA du 17 mai 1977 (refondue dans la directive 2006/112/CE[6], modifia le régime applicable aux activités bancaires et financières pour les classer en trois catégories. En effet, depuis son entrée en vigueur le 1er janvier 1979, il y a lieu de distinguer entre les opérations exonérées, les opérations imposables de plein droit, et les opérations exonérées et susceptibles d'être imposées par voie d'option.

Le secteur bancaire bénéficie largement de l'exonération, laquelle touche les crédits et prêts, les sûretés et garanties, les opérations portant sur des valeurs mobilières, ainsi que les opérations sur le marché à terme des marchandises. Pour autant, les banques françaises souffrent aussi de taxes sur les activités non soumises à TVA, telles que la taxe sur les salaires[7] et bientôt la taxe sur les transactions financières.

1 Loi n° 54-404 du 10 avril 1954 portant réforme fiscale.

2 Voir M. Aujean, Harmonisation fiscale européenne : retour aux fondamentaux ? Dr. Fisc 2012, n° 14 étude 243; M. Wolf, Où va la TVA ? Fragilités actuelles et pistes de réforme, Droit Fisc, 2012, n°14 étude 249.

3 Première directive 67/227/CEE du Conseil, du 11 avril 1967 en matière d'harmonisation des législations des États Membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires.

4 Loi n°66-10 du 10 janvier 1966 portant réforme des taxes sur le chiffre d'affaires et généralisation de la TVA.

5 Sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États Membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme.

6 Directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée.

7 Quatre arrêts ont récemment été rendus par le Conseil d'Etat sur le sujet : CE 8 juin 2011 n° 331848, Sté Sofic , CE 8 juin 2011 n° 331849, SAS Holding Rousseau HCP , CE 8 juin 2011 n° 341018, Sté P2C Investissement , CE 8 juin 2011 n° 340863, SA Balsa.

Les établissements bancaires et financiers sont des assujettis partiels en ce qu'ils réalisent des opérations imposées ainsi que des opérations exonérées de TVA. Ainsi, ils peuvent bénéficier d'un droit de déduction de TVA[8]. Le montant de TVA déductible se calcule en proportion d'un coefficient de déduction applicable à chaque bien ou service. Ce coefficient prend en considération l'utilisation du bien pour des opérations ouvrant droit à déduction et des éventuelles restrictions prévues par la loi et le règlement. Il est le produit de trois coefficients : le coefficient d'assujettissement, le coefficient de taxation (correspondant à l'ancien prorata de déduction) et le coefficient d'admission[9].

Après la « sixième directive », des mesures sont intervenues aux fins de changer ou de préciser les régimes applicables. Force est de constater que des difficultés et des vides juridiques persistent. De même, les législations nationales n'ont pas toujours opté pour certains dispositifs communautaires lorsque cela leur était permis, de sorte que des disparités entre Etats se sont créées.

Par ailleurs, la Commission Européenne a présenté le 28 novembre 2007 une proposition de directive[10] et une proposition de règlement[11] visant à moderniser et à simplifier les règles de TVA applicables aux services financiers et aux services d'assurance[12].

Les objectifs poursuivis sont notamment le renforcement de la sécurité juridique pour les opérateurs économiques et pour les administrations fiscales, une application plus cohérente de la TVA et la création des conditions de concurrence équitables sur le marché intérieur.

Cependant, la directive est en panne en raison de la volonté affichée des banques de conserver le régime actuel d'exonération. Les tribunaux nationaux et la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), aujourd'hui Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), continuent donc de préciser l'interprétation correcte de la législation.

Il convient à ce titre de revenir sur trois décisions majeures intervenues durant l'année 2011. Les juges nationaux et communautaires ont ainsi été amenés à préciser les contours des services concernés par l'exonération de TVA (I). Par ailleurs, la problématique du prorata mondial a fait l'objet d'une question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat à la CJUE (II).

I. L'ÉTENDUE DES SERVICES FINANCIERS SUJETS À EXONÉRATION PRÉCISÉE

La « sixième directive » prévoit une exonération de TVA pour certaines opérations financières. Toutefois, les notions décrivant ces opérations doivent parfois être précisées. La CJUE s'est ainsi prononcée dans l'arrêt « Skandinaviska Enskilda Banken AB Momsgrupp[13]» du 10 mars 2011 sur la possibilité d'exonérer les garanties d'émission (A). De même, si les opérations financières accessoires aux opérations exonérées bénéficient de cette exonération, il est nécessaire de définir ce qu'est une opération accessoire. Les critères à retenir en droit français pour déterminer ce caractère accessoire ont été fixés par le Conseil d'Etat dans l'arrêt SNC Ariane[14] du 21 octobre 2011(B).

8 Les modalités de déduction ont été modifiées par un décret du 16 avril (n°2007-566) entré en vigueur le 1er janvier 2008, qui remplace les articles 205 à 242 de l'annexe II au CGI par les nouveaux articles 205 à 210.

9 Pour plus d'informations sur le coefficient de déduction, voir O. Courjon, Fiscal Chiffres d'affaires, Fasc. 2204 Activités bancaires et financières. Egalement, J-Cl Bouchard et O.Courjon, Le droit à déduction de la TVA ou comment une refonte à droit quasi constant a fait émerger le principe de l'affectation : Dr. Fisc. 2008, n°6, étude 144.

10 Proposition de directive du Conseil modifiant la directive 2006/112/CE relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée en ce qui concerne le traitement des services d'assurance et des services financiers (COM/2007/747).

11 Proposition de règlement du Conseil portant modalités d'application de la directive 2006/112/CE relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée en ce qui concerne le traitement des services d'assurances et des services financiers (COM/2007/746).

12 La proposition de directive du conseil se fonde sur l'article 113 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (ex article 93 du Traité de la Communauté Européenne).

13 CJUE, Arrêt Skandinaviska Enskilda Banken AB Momsgrupp du 10 mars 2011 (C-540/09, Voir également Taxe sur la valeur ajoutée : chronique de l'année 2011 - Etude par Yolande Sérandour et Odile Courjon et Guy de Cordes et Arnaud Moraine : Dr. Fisc. n° 9, 1er Mars 2012, 159.

14 CE, Arrêt SNC Ariane du 21 oct. 2011, no 315469. Voir également étude par Ph. Tournes : TVA : produits financiers et immobiliers accessoires, RJF .1/2012 n°24

A. L'exonération de TVA des garanties d'émission - l'arrêt Skandinaviska Enskilda de la CJUE

L'affaire concernait un établissement de crédit suédois, Skandinaviska Enskilda Banken (SEB), à la tête d'un «groupement TVA[15]». Cet établissement de crédit fournissait des services de financement des entreprises en liaison avec l'émission d'instruments financiers.

En 2002, SEB et une autre société membre du même groupement TVA, ont ensemble fourni à une société tierce des garanties d'émission. Les membres de ce groupement se sont ainsi engagés à acquérir les actions qui n'auraient pas été souscrites à l'expiration de la période de souscription. En contrepartie, ils ont été rémunérés par une commission.

La TVA sur le versement de la commission n'a été ni facturée, ni comptabilisée par le groupement, celui-ci estimant que le service rendu bénéficiait de l'exonération de la TVA.
L'Administration fiscale suédoise a procédé à un redressement en se fondant sur la jurisprudence des juridictions suédoises selon laquelle l'octroi de garanties d'émission ne constitue pas une opération exonérée au sens de l'article 13, B, sous d), point 5, de la « sixième directive[16]». Cette position se justifie par la possibilité en Suède de fournir la garantie d'émission indépendamment des services liés à l'émission d'actions, donc par l'autonomie de la garantie par rapport à l'opération d'émission de titres.

La Cour suprême administrative de Suède constatant l'existence de divergences entre sa position et les droits nationaux de plusieurs Etats membres, a posé la question préjudicielle suivante[17]:
Les exonérations prévues à L'article 13, B, sous a) et d), points 1, 2 et 5, de la sixième directive 77/388, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée (article 135, paragraphe 1, de la directive 2006/112) s'appliquent-elles également à des services impliquant qu'un établissement de crédit accorde contre rémunération une garantie à une société souhaitant émettre des actions, en vertu de laquelle l'établissement de crédit s'engage à acquérir les actions qui ne seraient pas souscrites à l'expiration de la période de souscription ?

La CJUE commence par rappeler que « les termes employés pour désigner les exonérations visées à l'article 13 sont d'interprétation stricte ». Cette interprétation doit cependant rester « conforme aux objectifs poursuivis par lesdites exonérations » et respecter les exigences du principe de neutralité fiscale inhérent au système commun de la TVA[18].

La Cour examine ensuite la notion de garantie d'émission au regard des exonérations prévues par l'article 13, B, sous d) point 5, lequel dispose que sont exonérées les opérations, y compris la négociation, portant sur les actions, les parts de sociétés ou d'associations, les obligations et les autres titres.

La signification de l'expression « opérations portant sur les actions » a été interprétée à ce jour

15 En application de l'article 13 de la « sixième directive », les Etats sont libres d'instaurer dans leur législation nationale le régime du « groupement TVA ».

16 Article 13, B, 1, sous d), point 5, de la sixième directive TVA : sans préjudice d'autres dispositions communautaires, les États Membres exonèrent, dans les conditions qu'ils fixent en vue d'assurer l'application correcte et simple des exonérations prévues ci-dessous et de prévenir toute fraude, évasion et abus éventuels : a) les opérations d'assurance et de réassurance, y compris les prestations de services afférentes à ces opérations effectuées par les courtiers et les intermédiaires d'assurance [...] d) 1. l'octroi et la négociation de crédits ainsi que la gestion de crédits effectuée par celui qui les a octroyés. 2. la négociation et la prise en charge d'engagements, de cautionnements et d'autres sûretés et garanties ainsi que la gestion de garanties de crédits effectuée par celui qui a octroyé les crédits [...]. 5. les opérations, y compris la négociation mais à l'exception de la garde et de la gestion, portant sur les actions, les parts de sociétés ou d'associations, les obligations et les autres titres, à l'exclusion : - des titres représentatifs de marchandises, - des droits ou titres visés à l'article 5 paragraphe 3 ». L'article 5, paragraphe 3, de la sixième directive TVA concerne le pouvoir de disposer d'un bien corporel comme un propriétaire et le paragraphe 3 dudit article donne une énumération de ce qui peut être considéré comme biens corporels, incluant les parts d'intérêts et actions dont la possession assure en droit ou en fait l'attribution en propriété ou en jouissance d'un bien immeuble ou d'une fraction d'un bien immeuble.

17 Demande de décision préjudicielle présentée par le Regeringsrätten le 21 décembre 2009, Affaire C-540/09 Skandinaviska Enskilda Banken AB Momsgrupp contre Skatteverket .

18 CJUE, Arrêt Eulitz du 28 janvier 2010 (C-473/08).

dans les affaires AB SKF, CSC Financial Services, et SDC[19]. La Cour suit la position de l'Avocat Général et reprend le critère dégagé dans les arrêts CSC Financial Services[20] et SDC[21], selon lequel les opérations concernées sont des opérations susceptibles de créer, de modifier ou d'éteindre les droits et les obligations des parties sur des titres. Ainsi, la modification même potentielle de la situation juridique et financière entre les parties concernées suffit à remplir ce critère.

A ce titre, quand bien même la garantie ne serait pas mise en œuvre en raison de la couverture totale de l'émission d'actions, « la conclusion du contrat de garantie est par elle-même susceptible de créer, de modifier ou d'éteindre des droits sur la propriété des actions ».

La Cour relève par ailleurs que l'interprétation de la Suède, qui faisait dépendre cette qualification de la mise en jeu effective ou non de la garantie, serait contraire au principe de neutralité fiscale lequel s'oppose à ce que des opérateurs économiques, qui effectuent les mêmes opérations, soient traités différemment en matière de perception de cette taxe[22].

La CJUE estime donc que les services qu'un établissement de crédit fournit sous la forme d'une garantie d'émission et contre rémunération à une société souhaitant émettre des actions, sont couverts par l'exonération de TVA prévue par l'article 13, B, sous d) point 5.

Si la CJUE participe à l'interprétation des textes, le Conseil d'Etat apporte lui aussi des réponses quant à l'étendue des services exonérés. Dans l'arrêt SNC Ariane du 21 octobre 2011, il se prononce sur les critères de détermination d'une opération accessoire (B).

B. La détermination en droit français des critères de qualification d'une opération financière dite accessoire - l'arrêt SNC Ariane du Conseil d'Etat

L'affaire concernait la SNC Ariane, dont l'activité principale consistait en la gérance et l'exploitation de biens et de droits immobiliers. La société avait opté pour l'assujettissement à la TVA des loyers perçus et avait, pour couvrir ses risques d'exploitation et assurer le financement d'opérations immobilières, souscrit par l'intermédiaire de son principal associé, la Compagnie Générale des Eaux, de nombreuses conventions d'échange de taux d'intérêts (SWAP) et procédé à des dépôts de fonds rémunérés auprès d'organismes bancaires et financiers.

Au terme d'une vérification de comptabilité, l'Administration fiscale a considéré que la société était un redevable partiel à la TVA en ce qu'elle réalisait à la fois des opérations situées dans le champ d'application de la TVA ouvrant droit à déduction, et des opérations exonérées portant sur des produits financiers liés à son activité de gérance et d'exploitation de biens et droits immobiliers.

L'Administration a alors reproché à la SNC Ariane d'avoir exclu du calcul de son prorata de déduction ses produits financiers provenant d'opérations exonérées, au motif que ceux-ci n'étaient pas accessoires aux activités principales de l'entreprise[23].
En conséquence, la société qui s'estimait titulaire d'un crédit de TVA, a vu sa demande de remboursement refusée, ce qu'elle a contesté devant le juge de l'impôt.

L'enjeu vient de ce que les produits accessoires n'influencent pas le coefficient de taxation alors que ceux qui n'ont pas ce caractère y figurent au dénominateur.

---

19 CJUE, Arrêts, du 29 octobre 2009, AB SKF (C-29/08), du 13 décembre 2001, CSC Financial Services (C-235/00), du 5 juin 1997, SDC (C-2/95). J.-C. Bouchard et O. Courjon, Comment un lien direct peut en cacher un autre ? À propos de l'arrêt CJCE, 29 oct. 2009, AB SKF : Dr. fisc. 2009, n° 50, act. 368. CJCE, Arrêt « AB SKF », C-29/08, Dr.fisc. 2009, n°50.

20 CSC Financial Services, point 33.

21 SDC, points 72 et 73.

22 CJUE, Arrêt du 28 juin 2007 JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust et The Association of Investment Trust Companies, (C-363/05).

23 Article 19, 2 Directive n° 77/388/CEE du 17 mai 1977 : « il est fait abstraction, pour le calcul du prorata de déduction, (...) du montant du chiffre d'affaires afférent aux opérations accessoires immobilières et financières ».

Le Conseil d'Etat, rarement confronté à cette problématique, a dû se prononcer sur les critères à retenir pour décider du caractère accessoire de produits financiers perçus par un redevable partiel.

L'exclusion dans le calcul du prorata de déduction, des produits afférents aux activités accessoires financières et immobilières était prévue à l'article 212 de l'annexe II au CGI[24], lequel posait deux critères cumulatifs, l'un qualitatif au terme duquel les opérations financières doivent présenter un caractère accessoire par rapport à l'activité principale de l'entreprise, et l'autre quantitatif en vertu duquel les produits des opérations financières ne doivent pas excéder cinq pour cent (5%) du chiffre d'affaires total, toutes taxes comprises, du redevable.

La CJCE, dans l'arrêt « Régie dauphinoise » du 11 juillet 1996[25], validait le critère qualitatif tenant à la nature, plus ou moins étroite, du lien entretenu entre l'activité financière et l'activité taxable[26]. Puis, dans l'arrêt « EDM » du 29 avril 2004[27], la Cour consacrait le critère quantitatif portant sur l'importance des moyens grevés de TVA utilisés par l'entreprise pour exercer l'activité financière[28], sans retenir le seuil de cinq pour cent (5%).

Il en a résulté une modification de l'article 212 de l'annexe II au CGI par le décret n° 2005-1648 du 26 décembre 2005, de sorte qu'il faut désormais entendre par opérations accessoires celles qui « présentent un lien avec l'activité principale de l'entreprise et dont la réalisation nécessite une utilisation limitée au maximum à un dixième des biens et des services grevés de taxe sur la valeur ajoutée qu'elle a acquis[29]».

La réunion de deux critères reste donc nécessaire comme le note l'instruction du 10 janvier 2006[30]. Celle-ci précise également que le critère retenu dans la décision « Régie Dauphinoise » déjà citée, à savoir que les produits financiers perçus par un syndic de gestion immobilière ne peuvent être considérés comme accessoires car ils constituent le prolongement direct, permanent et nécessaire de son activité taxable, « n'a pas vocation à être opposé à d'autres qu'aux syndics ».

Le Conseil d'Etat a rebattu les cartes, en faisant application de la jurisprudence communautaire, laquelle ne restreignait pas le critère de prolongement direct, permanent et nécessaire, retenu par l'arrêt « NCC Construction Danemark A/S[31]».

Certains ont analysé cet arrêt comme le « triomphe de la parole trahie ». « Parole trahie[32]» car l'Administration fiscale ne respectait pas sa propre doctrine et appliquait le critère du prolongement de l'activité à des redevables non syndics ; « triomphe » car le Conseil d'Etat l'utilise pour la SNC Ariane, gestionnaire de biens immobiliers en propre et pour compte, et non syndic d'immeubles.

Il peut également être souligné que les contribuables sont mis sur un pied d'égalité. Nous préférons relever qu'un coup est porté à la sécurité juridique. Il sera désormais difficile d'exclure les produits accessoires du calcul du prorata. Tout au plus, pouvons nous espérer que la décision s'appliquera aux seuls produits du secteur immobilier[33]!

Reste donc entière la question de savoir si les produits financiers peuvent rester accessoires, et donc hors du calcul du coefficient de déduction, en dehors du domaine de l'activité immobilière.

24 Commenté par Inst. 2novembre 1996, 3D-1722.
25 CJCE, Arrêt « Régie dauphinoise » du 11 juill. 1996, C-306/94.
26 Pour plus d'informations, voir J. Turot, « Produits financiers et prorata de TVA : la grande évasion » Dr. fisc. 1996 p.1384-1388 et O.Boutellis, Les placements financiers des entreprises au regard de la TVA : Dr. Fisc. 1997, n° 27, étude 100039.
27 CJCE, Arrêt « EDM » du 29 avr. 2004, C-77/01 : Dr. fisc. 2004, n° 29, comm. 63. Voir également Commentaire par Odile Courjon,, « Les tracasseries des intérêts de prêts aux filiales et le prorata de déduction » Dr. Fisc. n° 19, 8 Mai 2008, comm. 318.
28 Voir RJF 7/04 n° 827, étude Ph. Tournès p. 511.
29 Ce point est aujourd'hui codifié à l'article 206 III 3, 3°b) de l'annexe II au CGI.
30 Inst. 10 janvier 2006 3 A-1-06).
31 CJCE, Arrêt « NCC Construction Danmark A/S », C-174/08
32 TVA et revenus accessoires : retour sur terre. C. Sniadower, A propos de l'arrêt CE, 21 oct. 2011, SNC Ariane. Dr. Fisc. 12 janvier. 2012, n° 2, com. 55.
33 La réforme ayant été à droit constant sur ce point, cette décision a vocation à s'appliquer au coefficient de taxation prévu dans le nouveau régime.

Les assujettis partiels possédant une structure internationale sont en mesure de se poser une autre question relative au calcul de la TVA déductible : peuvent-ils mondialiser leur prorata de déduction ? (II)

II. LA PROBLÉMATIQUE DE LA MONDIALISATION DU PRORATA POSÉE À LA CJUE – L'ARRÊT DU CONSEIL D'ETAT CRÉDIT LYONNAIS

Le développement des échanges internationaux a soulevé une problématique essentielle pour les établissements bancaires et financiers, celle du « prorata mondial ».
Il est question de ce sujet dans l'arrêt[34] « Crédit Lyonnais » du 11 juillet 2011 qui a poussé le Conseil d'Etat à saisir la CJUE. Si les origines du problème sont simples (A), les arguments présents des deux côtés de la balance font ressortir la complexité des enjeux (B).

A. Prorata mondial, les origines de la problématique

Comme le souligne le rapporteur public dans ses conclusions sur l'arrêt[35], un exposé du cadre juridique relatif au prorata permet d'analyser la situation de manière optimale.
Un établissement bancaire effectuant des opérations taxées et des opérations exonérées, calcule le montant de TVA déductible en ayant recours à un coefficient de taxation. Celui-ci comprend au numérateur, le chiffre d'affaires des opérations taxées et, au dénominateur, ce chiffre d'affaires ajouté à celui des opérations exonérées, le chiffre d'affaires afférent à certaines opérations immobilières ou financières n'étant pas pris en compte lorsqu'elles sont accessoires.
Par ailleurs, même si la TVA est devenue indépendante de la taxe sur les salaires, le chiffre d'affaires non assujetti à la TVA et les recettes hors champ aggravent le montant de taxe sur les salaires.

L'affaire en elle même n'appelle pas de discussions particulières. Le Crédit Lyonnais avait fait figurer au numérateur et au dénominateur du prorata de déduction, les intérêts tirés de prêts consentis par son siège à ses succursales établies à l'étranger. L'Administration avait, à l'issue d'une vérification de comptabilité, remis en cause cette pratique.

L'Administration fiscale considère « qu'une entreprise et sa succursale constituent une même entité juridique. Les opérations qu'elles réalisent entre elles sont des opérations internes qui se situent en dehors du champ d'application de la TVA[36]».

Si l'établissement de crédit avait d'abord essayé de justifier son choix, il a rapidement adopté une nouvelle stratégie. Estimant avoir omis à tort de prendre en compte dans son prorata les recettes de ses succursales à l'étranger, il a sollicité la restitution partielle de la TVA et de la taxe sur les salaires spontanément acquittée. La société se fonde sur l'affirmation que le siège et les succursales constituent un seul et même assujetti.

Le Conseil d'Etat s'était déjà exprimé à propos d'une situation comparable à celle en l'espèce. Dans son arrêt « SA Banque Sudameris[37]», la Haute juridiction avait considéré que « les intérêts facturés par le siège d'une banque à ses succursales n'avaient pas le caractère de recettes entrant dans le champ d'application de la TVA et ne pouvaient, par conséquent, figurer ni au numérateur ni au dénominateur du prorata de déduction mentionné à l'article 212 de l'annexe II au Code général des impôts ». La CJUE, dans l'affaire « FCE Bank plc[38]» avait également refusé de faire entrer dans le champ de la TVA les prestations entre le siège et les succursales, se fondant sur l'absence de personnalité morale des succursales qui ne constituent pas d'entités juridiques distinctes de la société dont elles relèvent.

34 CE plén, Sté le Crédit Lyonnais, n° 301849. W.Stemmer, TVA : prorata mondial : entre le marteau et l'enclume : Dr. Fisc. 211, n°30-34, act 241.

35 Concl. Claire Legras, BDCF 10/11 n° 213.

36 Rép. min. n° 29039 à M. Guéna : JOAN Q 23 nov. 1987, p. 6423 ; Dr. fisc. 1988, n° 6, comm. 247.

37 CE, 9e et 10e ss-sect., 29 juin 2001, n° 176105, SA Banque Sudaméris : JurisData n° 2001-062425 ; Dr. fisc. 2001, n° 46, comm. 1056 RJF 2001, n° 1217, concl. G. Goulard.

38 CJUE Arrêt FCE Bank plc du 23 mars 2001 aff. 210/04

Le raisonnement de la société trouve alors tout son intérêt. En effet, elle estime que si les deux entités constituent une unique et même entité juridique, il y a bien lieu de ne pas comptabiliser, dans le rapport permettant de calculer le coefficient de taxation, les recettes issues d'opérations entre le siège et les succursales puisqu'elles sont réputées hors du champ de la TVA.

Elle opère dès lors une distinction, considérant que deux coefficients doivent être calculés :

- concernant les dépenses supportées par le siège pour ses seules opérations avec des tiers, la société doit inclure dans le « chiffre d'affaires » du coefficient, le chiffre d'affaires réalisé en France (du siège et succursales françaises)

- concernant les dépenses mixtes encourues à la fois pour les besoins du siège et des succursales, le « chiffre d'affaires » doit intégrer les recettes des succursales étrangères. Autrement dit, le « chiffre d'affaires » s'entendrait du « chiffre d'affaires mondial ».

Ce faisant, le Crédit Lyonnais se place sous l'angle du principe de neutralité[39] lequel implique que l'assujetti puisse être entièrement soulagé de la TVA d'amont qui a grevé les biens et les services acquis pour l'exercice de ses activités taxées[40].

A contrario, l'Administration fait prévaloir le principe de territorialité considérant que seul doit être pris en compte le chiffre d'affaires réalisé par l'entité située en France, au cas présent le siège et les succursales françaises avec des tiers[41].

Le Conseil d'Etat, face aux différentes thèses, a posé des questions préjudicielles à la CJUE. Celle-ci n'aura pas un travail aisé au regard des éléments présents de part et d'autre de la balance (B).

B. Le prorata mondial sur la balance de la CJUE

Les questions préjudicielles soumises à la CJUE sont les suivantes :

- Le prorata du siège doit-il prendre en considération les recettes réalisées par les succursales établies dans un autre Etat membre de l'Union européenne ?

- Une solution identique doit-elle être retenue pour les succursales établies en dehors de l'Union européenne dans la mesure où la TVA communautaire n'y est pas applicable ?

- Le prorata des succursales établies dans l'Union européenne doit-il également retenir les recettes réalisées par la société dans son ensemble ?

- La réponse à ces questions doit-elle prendre en considération l'existence de secteurs distincts d'activité ?

- Dans l'hypothèse où l'existence d'un « prorata mondial » serait reconnue, faut-il limiter son application aux seules dépenses exposées par le siège au profit des succursales étrangères ?

- Toujours dans cette hypothèse, faut-il prendre en considération les recettes réalisées à l'étranger en fonction du régime de TVA local ou du régime de TVA du siège? »

Nous ne nous risquerons pas à pronostiquer tant la tâche de la Cour semble ardue.

D'un coté de la balance, le poids du principe de neutralité et de l'affectation donne du sens à l'argumentation du contribuable même s'il présente l'inconvénient d'une solution mixte, panachée, qui s'ajoute aux proratas locaux déjà applicables aux dépenses locales. En effet, dans cette hypothèse, il y aurait alors trois proratas :

- les proratas locaux pour les dépenses locales ;

- le prorata français pour les dépenses du siège et des succursales françaises ;

- le prorata mondial pour les dépenses mixtes.

Le principe de neutralité est fondamental dans le système commun de TVA, alors que la territorialité n'est qu'un critère permettant de déterminer le lieu d'imposition[42].

De l'autre côté, la mise en place d'un système de prorata mondial applicable à l'ensemble des éta-

39 CJCE 10 juillet 2008 aff. 25/07, Sosnowska : RJF 11/08 n° 1278.

40 Article 271 I du CGI qui transpose l'article 17 § 2 de la sixième directive.

41 Faut-il craindre la mondialisation ? C. Sniadower, A propos de la décision Sté Le Crédit lyonnais sur le calcul du prorata de déduction de la TVA, Dr. Fisc. 3 novembre 2011, n° 44, com. 573.

42 Voir J-Cl. Bouchard et O. Courjon, Le prorata et le principe de neutralité : Dr. Fisc. 2008, n°48, p.2058.

blissements, soulève une quantité de difficultés pratiques résultant notamment de la variété et des divergences de régimes entre Etats membres, ainsi que de la nécessité de parvenir, à une règle compatible avec celles préexistantes, et à une reconnaissance mutuelle entre Etats membres, y compris lors des contrôles. En effet, le prorata mondial implique que l'Administration fiscale reconnaisse les chiffres d'affaires locaux dans les autres Etats Membres ainsi que leur périmètre précis de taxation.

La solution idéale serait la mise en place d'un prorata communautaire, lequel permettrait d'obtenir la meilleure neutralité. Ainsi, l'établissement supportant la dépense (siège ou succursale) récupèrerait la TVA selon le prorata communautaire (recettes locales et recettes des succursales situées dans l'Union Européenne). Ce sera à la CJUE de déterminer l'étendue qu'elle entend donner au prorata communautaire !

Le principe d'affectation reste indépendant. En effet, l'affectation résulte d'une situation de fait, appréciée in concreto, qui permet de répartir des dépenses selon des critères pertinents (par exemple, les mètres carrés pour les dépenses de loyers, le nombre de postes pour les dépenses informatiques, etc.). L'affectation ne peut donc concerner que des dépenses bien identifiées et limitées (une campagne de pub, des loyers, un système de traitement informatique). Le reliquat des dépenses se voit soumis à la règle du prorata. Cela couvrira l'ensemble des frais généraux non affectés. La neutralité y gagne car alors, quelque soit le lieu où la dépense est encourue, la TVA est déductible selon le même coefficient.

De plus, il serait d'avantage cohérent d'avoir seulement un prorata communautaire plutôt qu'un prorata mondial car le chiffre d'affaires hors Union Européenne ouvre déjà droit à déduction (article 271 V, b) du CGI) et vient relever le coefficient de taxation[43]. Inutile donc de traiter les questions de déduction de TVA en dehors de l'Union Européenne. Cela ne relève pas de questions que la CJUE peut traiter. Il convient donc de se limiter aux succursales situées dans l'Union Européenne.

L'arrêt de la CJUE est très attendu. Il ne peut être que souhaitable que la Cour s'oriente vers une solution résolument communautaire, avec un prorata communautaire commun au siège et à toutes les succursales de l'Union Européenne lequel serait également utilisable pour les remboursements de TVA intracommunautaires prévus par la Directive 2008/9/CE remplaçant l'ancienne huitième Directive[44].

La problématique n'est pas nouvelle de sorte que dans le cadre des travaux de l'OCDE[45], les représentants des Administrations réfléchissent à l'idée de taxer les opérations entre le siège et ses succursales bénéficiaires de services, aujourd'hui non soumises à TVA en Europe.

Cela reviendrait à mettre sur un pied d'égalité les filiales étrangères et les succursales étrangères preneuses de services transfrontaliers, comme c'est le cas dans de nombreux pays de l'hémisphère Sud (Nouvelle-Zélande, Australie, Afrique du Sud). Leur modèle repose sur une TVA à base large et taux réduit. La taxation se trouve alors moins douloureuse pour les banques puisque celles-ci récupèrent plus de TVA sur leurs achats et leurs immobilisations.

Ces pays bénéficient en conséquence d'une compétitivité accrue en comparaison avec le modèle européen à base étroite et taux élevé.

Une imposition à la TVA des transactions financières dans les Etats au modèle européen, permettrait, d'une part, d'avoir une vue d'ensemble cohérente du secteur, lisible pour les financiers et les consommateurs finals, et d'autre part, de sortir du panier percé d'exonérations dans lequel se trouve la TVA bancaire. Il faudrait encore que l'ensemble des places (Paris, Londres, New-York, Tokyo, etc.) s'alignent !
Le secteur attend à cet égard, la position des Etats-Unis, lesquels n'ont toujours pas choisi un modèle fédéral de TVA. Or, la nécessité de financer les ré-

43 L'article 271 V du CGI permet de considérer le chiffres d'affaires hors UE comme déductible et ainsi d'augmenter le montant au numérateur du coefficient de taxation, ce qui relève le droit à déduction.

44 Directive 2008/9/CE du 12 Février 2008, intégrée dans la Directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006.

45 Working Party N°9 on Consumption Taxes, OCDE, travaux relatifs au développement de principes directeurs internationaux pour la TVA applicable aux prestations de services transfrontalières

centes réformes[46] laisse sérieusement penser à la future mise en place d'une « Federal Trade Tax[47]».

Si la concurrence est mondiale pour les opérateurs, elle l'est devenue aussi pour les Etats. Il est donc grand temps que ces derniers intègrent les ultimes facteurs de compétitivité.

46 Notamment la réforme du système de santé .

47 Le terme « Federal Trade Tax » ou encore celui de « Federal Sales Tax » semblerait préférable à celui de « Value-Added Tax »

LA DÉDUCTIBILITÉ DES PERTES SUBIES PAR UNE SUCCURSALE OU FILIALE ÉTRANGÈRE D'UNE SOCIÉTÉ FRANÇAISE

Pierre-André GUILLARD, Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris Dauphine

Jean-Pierre GASTAUD, Professeur à l'Université Paris Dauphine

Le principe de territorialité (Article 209, I du Code général des impôts) régissant l'impôt sur les sociétés handicape fortement le développement des sociétés françaises à l'étranger dans la mesure où les pertes étrangères ne sont pas déductibles en France. C'est en faisant preuve de pragmatisme que le juge de l'impôt et le législateur fiscal ont procédé à des corrections qui aménagent le principe de territorialité.

Dans un monde dominé par la mondialité, le droit fiscal français perpétue la tradition de l'exception française en accordant sa préférence au principe de territorialité pour gouverner l'impôt sur les sociétés. La territorialité est bien ancrée dans l'ordre fiscal interne puisque « le principe de territorialité est le résultat de la transposition des règles de territorialité des impôts cédulaires, et plus précisément de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux, à l'impôt sur les sociétés lorsqu'il fut instauré en 1949[1]». En vertu de ce principe ancré à l'article 209 I du CGI, seuls sont imposables les bénéfices réalisés par les entreprises exploitées en France et ceux dont la taxation est accordée à la France par une convention fiscale internationale.

Le principe de territorialité est devenu un handicap pour les sociétés françaises en raison de l'internationalisation des activités des entreprises et un fort contexte de concurrence fiscale. Ainsi dans le principe, elles ne peuvent pas déduire les pertes d'une succursale ou filiale étrangère en France. Pourtant, pour remédier à cette carence, un certain nombre d'exceptions au principe de territorialité sont admises de telle sorte que, dans certaines hypothèses, ces pertes peuvent venir réduire l'assiette taxable de la société française. Alors dans quelle mesure le sacro-saint principe de territorialité de l'IS est-il remis en cause ? Quelles sont donc les hérésies qui l'affectent ?

Certaines de ces exceptions relèvent de l'aménagement légal (I) et jurisprudentiel (II) de ce principe.

I. LA PRISE EN COMPTE DES PERTES PAR DES AMÉNAGEMENTS LÉGAUX AU PRINCIPE DE TERRITORIALITÉ

Jusqu'à une époque récente, un régime prévu à l'article 209 quinquies du CGI consacrait une exception directe au principe de territorialité qui permettait de transférer les pertes subies à la société mère française par la consolidation des comptes : c'était le régime du bénéfice mondial ou consolidé. Il n'est pas inutile, bien que ce dispositif ait été supprimé d'en rappeler l'économie générale dans la mesure où cette économie générale était principalement dictée par le souci de tenir compte des charges et investissements consentis par des entités françaises à l'étranger (A). Mais à l'heure actuelle, le dispositif légal qui mérite la plus grande intention est celui des PME (B).

1 J-L PIERRE, E. HANSEL, « La territorialité de l'impôt sur les sociétés pour les sociétés françaises », La revue fiscale notariale, n° 6, Juin 2005, Etude 5.

A/ Les régimes du bénéfice mondial et du bénéfice consolidé

Malgré leur suppression par l'article 3 de la deuxième loi de finances rectificative pour 2011[2], les régimes du bénéfice mondial et du bénéfice consolidé conservent un intérêt dans l'étude des exceptions au principe de territorialité. En effet, ces deux régimes (Article 209 quinquies du CGI et articles 113 à 134 A de l'annexe II CGI) instaurés en 1965 présentent l'avantage pour les entreprises qui en bénéficient, à condition d'obtenir l'agrément du Ministre de l'Economie et des finances, de faciliter leur implantation à l'étranger en rendant possible à titre exceptionnel l'imputation des pertes générées par leurs succursales ou filiales étrangères au cours des premières années de leur exploitation[3]. Souvent appelé à tort « régime du bénéfice mondial ou consolidé », il existe en réalité deux régimes le « régime mondial » et le « régime consolidé[4]».

Le premier permet à la société mère française préalablement agréée par le Ministre de l'Economie et des finances d'agréger à ses propres résultats ceux des exploitations directes, c'est-à-dire des succursales établies à l'étranger[5]. Les entreprises peuvent ainsi imputer sur l'impôt exigible en France les impôts supportés par elles à l'étranger[6]. Par parallélisme, elles peuvent aussi déduire les pertes subies par leurs établissements à l'étranger[7]. Ce régime mondial tend à se rapprocher d'un principe qui régit l'impôt sur les sociétés dans la plupart des pays du monde : celui de la mondialité.

C'est pourquoi on peut qualifier ce régime exceptionnel de véritable affront au principe de territorialité inscrit dans le marbre du paysage fiscal français depuis la naissance de l'impôt sur les sociétés en 1949[8]. Néanmoins, le régime mondial n'a pas ou peu d'importance dans la pratique du fait qu'aucune entreprise ne l'utilise[9]!

En revanche, ce n'est pas le cas du régime du bénéfice consolidé. Celui-ci permet « à certaines sociétés françaises de faire masse, non seulement des résultats de leurs exploitations directes, mais aussi de ceux des sociétés de capitaux françaises ou étrangères dans lesquelles elles possèdent directement et indirectement 50 % des droits de vote, auxquels il faut ajouter les droits détenues dans des sociétés de personnes françaises ou étrangères (sans condition de pourcentage minimal)[10]».

Ce régime rend les pertes étrangères déductibles du bénéfice imposable en France. Le régime consolidé a été taillé sur mesure pour les grands groupes français dont les investissements à long terme à l'étranger peuvent générer des pertes qu'il faut rendre déductible en France pour ne pas handicaper leur développement à l'international. Lorsque les succursales ou filiales étrangères, détenues directement ou indirectement par la société mère française, sont bénéficiaires, alors le bénéfice ne sera pas doublement imposé à l'étranger et en France grâce au régime consolidé[11].

Ce régime se présente donc comme la solution miracle pour les grandes sociétés aux implantations mondialisées. La réalité est bien différente car le régime consolidé n'est pas sans défauts. En effet, il n'est accessible que sur agrément délivré au compte gouttes par le ministre de l'Economie et des finances[12]. De plus, des frottements fiscaux restent inévitables ce qui rend indispensable le retraitement

2 Dr. fisc. 2011, n°38, commentaire 515.
3 M. COZIAN, F. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises, édition 2010/2011, Rn. 843 p. 338.
4 D. GUTMANN, Droit fiscal des affaires, édition 2011, Rn. 966 p. 487.
5 Ibidem. 150 M. COZIAN, F. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises, édition 2010/2011, Rn. 838 p. 336.
6 M. COZIAN, F. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises, édition 2010/2011, Rn. 838 p. 336.
7 Ibidem. 152 J-L PIERRE, E. HANSEL, « La territorialité de l'impôt sur les sociétés pour les sociétés françaises », La revue fiscale notariale, n° 6, Juin 2005, Etude 5.
8 J-L PIERRE, E. HANSEL, « La territorialité de l'impôt sur les sociétés pour les sociétés françaises », La revue fiscale notariale, n° 6, Juin 2005, Etude 5.
9 M. COZIAN, F. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises, édition 2010/2011, Rn. 843 p. 338.
10 Par opus cite.
11 Par opus cite.
12 Par opus cite.

de résultats étrangers[13]. Enfin, l'agrément ne peut être révoqué qu'après l'écoulement d'une durée de cinq ans[14]. Tous ces inconvénients expliquent aisément le nombre peu élevé d'entreprises (cinq dont quatre cotées) bénéficiant du régime consolidé à l'heure de son abolition[15]. En effet, dans le cadre de la deuxième loi de finances rectificative de 2011, ce régime ainsi que le régime mondial ont été supprimés pour les bénéfices réalisés au titre des exercices clos à compter du 6 septembre 2011[16].

Si la nécessité d'assainir les comptes publics a justifié la récente suppression des régimes du bénéfice mondial et du bénéfice consolidé, cette préoccupation pleinement légitime à ce jour laisse subsister un questionnement sur l'aide fiscale que l'Etat doit accorder aux entreprises pour qu'elles soient présentes à l'international, c'est sans doute pour cette raison que le régime des PME n'a pas été remis en cause.

B/ Le dispositif spécial en faveur des PME

C'est par l'article 22 de la loi de finances pour 2009 que fut créé un dispositif de déduction temporaire par les PME françaises des déficits de leurs succursales ou filiales étrangères (Article 209 C du Code général des impôts) entré en vigueur au 1er janvier 2009. Avant d'aborder le régime dérogatoire en lui-même, il convient de définir son champ d'application.

Les PME désignent une entreprise dont l'effectif est inférieur à deux mille salariés et dont le capital et les droits de vote ne sont pas détenus, directement ou indirectement, à hauteur de 25 % ou plus par une entreprise ou conjointement par plusieurs entreprises ne respectant pas le seuil précité[17].
Lorsque la petite ou moyenne entreprise appartient à un groupe fiscal intégré, il faut apprécier le seuil de deux mille salariés à l'échelle du groupe.

De plus, la succursale ou filiale étrangère doit être détenue par la PME française à au moins 95 %.

Par ailleurs, la PME doit être soumises à l'impôt sur les sociétés de plein droit ou sur option, peu importe que la PME bénéficie du taux réduit d'IS de 15 % prévu à l'article 219, b du CGI[18]. Les filiales ou succursales doivent également être soumises à l'équivalent de l'impôt sur les sociétés français. Une condition supplémentaire de l'application de ce régime dérogatoire vient restreindre considérablement cette entorse légale au principe de territorialité: les filiales ou succursales étrangères doivent être établies dans un Etat de l'UE ou dans un Etat avec lequel la France a signé une convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative en matière d'échange de renseignements et de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale[19].

Le régime fiscal en faveur des PME assure la déductibilité des pertes déterminées selon les règles en vigueur dans l'Etat d'implantation. Cette déduction n'est que temporaire puisqu'une réintégration des déficits des filiales ou succursales étrangères doit être ultérieurement effectuée quand l'exploitation étrangère redevient bénéficiaire[20]. Le dispositif confère donc exclusivement un avantage de trésorerie soumis au plafonnement des aides d'Etat de minimis prévu par le règlement CE n°1998/2006 du 15 décembre 2006[21]. En conséquence, la déduction des déficits est corsetée à 200 000 euros sur une période de trois exercices fiscaux, quelle que soit la durée de ces exercices[22].
Les déficits déductibles doivent correspondre au même exercice que celui de la PME française. Néanmoins, il n'y a pas besoin de retraiter le déficit des filiales ou succursales étrangères selon les règles françaises ce qui a pour effet non négligeable

13 Ibidem.
14 Ibidem.
15 Dr. fisc. 2011, n°38, comm. 515.
16 Ibidem.
17 Dr. fisc. 2009, n°1, comm. 40.
18 Ibidem.
19 M. COZIAN, F. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises, édition 2010/2011, Rn. 850 p. 340.
20 Dr. fisc. 2009, n°1, comm. 40
21 M. COZIAN, F. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises, édition 2010/2011, Rn. 850 p. 340 et Rn. 27 pp. 11-12.
22 Dr. fisc. 2009, n°1, comm. 40. 167 Ibidem. .

d'alléger significativement les obligations pesant sur la PME française. Ainsi, cet inconvénient majeur du régime du bénéfice consolidé disparaît.
La déduction des déficits constatés au niveau de la filiale ou succursale étrangère doit être réintégrée au fur et à mesure des bénéfices réalisés à l'étranger par la filiale ou succursale. Le surplus de déficits non réintégrés au fur et à mesure doit impérativement l'être lors du cinquième exercice qui suit celui de la déduction[23].
Finalement, le régime en faveur des PME ne confère qu'un avantage fiscal très limité puisqu'il est confiné à un avantage de trésorerie que constitue l'économie d'impôt immédiate réalisée par l'agrégation des pertes de la filiale ou succursale étrangère au résultat imposable de la PME française. La remise en cause du principe de territorialité est relativement minime.

Si le législateur fiscal a entendu mener un politique fiscale favorable à l'internationalisation des groupes de sociétés par le biais de régimes dérogatoires, il ne conserve pas pour autant le monopole de l'exception au principe de territorialité. En effet, le principe de territorialité a aussi été remis en cause par le juge.

II. LA PRISE EN COMPTE DES PERTES PAR DES AMÉNAGEMENTS JURISPRUDENTIELS AU PRINCIPE DE TERRITORIALITÉ

Si la déduction des pertes subies par des filiales ou succursales étrangère a été admise à titre exceptionnel aussi bien par le juge national que communautaire afin de récompenser l'effort des entreprises dans leur développement international, la motivation n'est pas pour autant identique. En effet, le juge national est préoccupé par la réalité de la perte étrangère (B) tandis que le juge communautaire s'intéresse au problème de la discrimination sur le fondement de la nationalité (A).

A/ Jurisprudence communautaire

Face au quasi mutisme des traités européens sur le point de la fiscalité directe, c'est la Cour de Justice de l'Union européenne qui a, par sa jurisprudence, élaboré des solutions pour résoudre des problématiques fiscales transfrontalières. Selon la CJUE, la compétence exclusive des Etats membres en matière de fiscalité directe doit s'exercer dans le respect du droit communautaire[24]. Cela signifie que les réglementations fiscales nationales relatives à des impôts directs (ex: IS, IR) doivent à la fois respecter le principe de non-discrimination et ne pas porter entrave aux libertés de circulation garanties par les Traités[25]. Plus spécifiquement, la question de la déductibilité des pertes d'une succursale ou filiale étrangère s'est posée au juge de Luxembourg à l'occasion de l'arrêt Marks & Spencer plc du 13 décembre 2005. En l'espèce, une société britannique résidente fiscale du Royaume-Uni avait de multiples participations dans des filiales britanniques et étrangères. La société britannique a demandé au fisc anglais le bénéfice du régime de groupe group relief permettant le transfert de pertes d'une filiale du groupe à une autre société du même groupe[26]. L'impossibilité de bénéficier de ce régime pour les pertes subies par les filiales étrangères a conduit la société Marks & Spencer, devant le refus de l'administration fiscale britannique de lui accorder le bénéfice dudit régime, au contentieux[27]. Selon la société requérante, ces dispositions fiscales empêchant la déductibilité des pertes subies par une société résidente de l'Union européenne ayant des activités en dehors du Royaume-Uni au profit de la société mère résidente au Royaume-Uni ou de toute autre société membre du groupe

23 Ibidem.
24 J-L PIERRE, E. HANSEL, « La territorialité de l'impôt sur les sociétés pour les sociétés françaises », La revue fiscale notariale n° 6, Juin 2005, Etude 5.
25 Ibidem.
26 M. COZIAN, F. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises, édition 2010/2011, Rn. 867 p. 347 ; CJCE, 13 déc. 2005 : JCP E 2006, 1518, note B. BOUTEMY et E. MEIER.
27 D. GUTMANN, Droit fiscal des affaires, édition 2011, Rn. 963 p. 481 ; CJCE gde ch., Marks & Spencer, 13 déc. 2005, aff. C-446/03, concl. Poiares Maduro du 7 avr. 2005 ; RJF 2/06, n° 227. .

résidente au Royaume-Uni sont contraires à la liberté d'établissement prévue aux Articles 49 et 50 TFUE[28]. Assez classiquement, la Cour constate l'existence d'une entrave avant de rechercher d'éventuelles justifications à celle-ci[29]. Au-delà des justifications écrites (ex: ordre public, moralité publique, sécurité publique, protection de la santé publique etc...)[30], c'est-à-dire celles expressément prévues par les termes des traités, des justifications non écrites, c'est-à-dire d'origine jurisprudentielle, ont vu le jour sous la plume du juge communautaire. Ces justifications revêtent l'habit des impérieuses raisons d'intérêt général[31]. Plus précisément, on distingue sous cette vague appellation générique la cohérence fiscale et le risque d'évasion fiscale[32]. La cohérence fiscale, acceptée comme justification à une entrave par le juge communautaire pour la première fois dans l'arrêt Bachmann de 1992[33], commande en l'espèce que les pertes doivent en priorité être imputées là où les bénéfices sont imposables[34]. Par ailleurs, le risque d'évasion fiscale s'entend comme le risque d'une double imputation des déficits et le transfert des déficits dans les pays où la fiscalité est la plus lourde[35]. Dans l'arrêt Marks & Spencer, le juge accepte la déductibilité des pertes étrangères seulement si elles ne sont pas imputables à l'étranger[36].

Cette solution pragmatique met en évidence le délicat équilibre que le juge de la CJUE doit trouver entre le respect des libertés de circulation et les intérêts des Etats membres qui continuent à avoir voix au chapitre en matière de fiscalité directe[37]. Dès lors, la liberté d'établissement est a priori en contradiction avec le principe de territorialité que connaît le droit français. Mais, la clémence prétorienne en matière de justifications laisse penser que le principe de territorialité n'est que faiblement remis en cause par la jurisprudence Marks & Spencer.

Cette tendance du juge à accepter les justifications s'est confirmée par l'arrêt Lidl Belgium GmbH & Co. KG du 15 mai 2008 de la CJCE[38]. Dans cet arrêt, la question de savoir si une entreprise allemande puisse déduire des pertes relatives à un établissement stable situé dans un autre Etat membre lors de la détermination de son résultat en dépit du fait que les revenus afférents à cet établissement stable ne sont pas soumis à une imposition d'origine allemande en vertu de la convention germano-luxembourgeoise visant à éviter les doubles impositions s'est posée[39]. En l'espèce, la CJCE a jugé que la liberté d'établissement « ne s'oppose pas à ce qu'une société établie dans un Etat membre ne puisse pas déduire de son assiette imposable les pertes afférentes à un établissement stable lui appartenant et situé dans un autre Etat membre, dans la mesure où, en vertu d'une convention préventive de la double imposition, les revenus de cet établissement sont imposés dans ce dernier Etat membre dans lequel lesdites pertes peuvent être prises en compte dans le cadre de l'imposition du revenu de cet établissement stable au titre d'exercices futurs[40]». Ainsi, la Cour étend la solution Marks & Spencer aux établissements stables. Elle facilite la justification d'une entrave de la liberté d'établissement par l'Etat membre en admettant qu'une seule cause et non plus trois (risque d'évasion fiscale, répartition équilibrée du

28 Ibidem.
29 Ibidem.
30 J-L PIERRE, E. HANSEL, « La territorialité de l'impôt sur les sociétés pour les sociétés françaises », La revue fiscale notariale, n° 6, Juin 2005, Etude 5.
31 M. COZIAN, F. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises, édition 2010/2011, Rn. 867 p. 348.
32 Ibidem.
33 CJCE, 28 janv. 1992, add. C-204/90, Bachmann : Rec. CJCE, I, p. 249.
34 M. COZIAN, F. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises, édition 2010/2011, Rn. 867 p. 348.
35 Ibidem.
36 Ibidem.
37 D. GUTMANN, Droit fiscal des affaires, édition 2011, Rn. 963 p. 484.
38 Dr. fisc. 2008, n°39, comm. 512.
39 Ibidem.
40 Point 54 de l'arrêt.

pouvoir d'imposition, et cohérence fiscale) prises ensemble suffise[41]

La collision entre liberté d'établissement et territorialité de l'impôt sur les sociétés a continué de préoccuper la Cour comme le montre l'arrêt X Holding BV[42]. En l'espèce, le juge communautaire a estimé que certes le régime fiscal néerlandais proche de notre intégration fiscale portait atteinte à la liberté d'établissement dans le sens où les filiales non résidentes aux Pays-Bas ne pouvaient prétendre à intégrer le groupe fiscal de sociétés[43]. Néanmoins, le juge accepte la restriction au nom de la préservation de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les Etats membres[44]. L'appréhension du juge communautaire de la déductibilité des pertes d'une succursale ou filiale étrangère laisse finalement songeur car s'il condamne a priori une stricte territorialité des pertes pour violation de la liberté d'établissement, il s'évertue à accepter les justifications des Etats membres. La remise en cause du principe de territorialité n'est donc que relative.

Le caractère déductible des pertes d'une succursale ou filiale étrangère d'une société françaises ne relève pas d'un monopole de la CJUE mais est aussi à l'apanage du juge national.

B/ Jurisprudence nationale

Concernant les filiales étrangères de sociétés françaises, la première brèche fut ouverte par l'arrêt SA Labo industrie du 30 mars 1987 du Conseil d'Etat qui a admis la déductibilité d'une aide consentie à une filiale étrangère en difficultés financières à la condition que la société mère française y ait un intérêt (maintien ou extension des débouchés)[45]. Le juge administratif dans l'arrêt SA Les éditions Jean-Claude Lattès du 11 février 1994 a donné la même solution s'il s'agit d'éviter la défaillance de la filiale étrangère et de préserver la réputation de la société mère[46]. Il faut néanmoins préciser que ces deux arrêts ne permettent que la déduction indirecte des pertes subies à l'étranger puisque ce sont les aides consenties par la société mère française aux filiales étrangères qui sont, par exception au principe de territorialité, déductibles. Il faut attendre l'arrêt de section du Conseil d'Etat Société Télécoise du 16 mai 2003 pour voir cette solution étendue aux succursales étrangères. Ici la déduction directe des pertes étrangères est possible par la société mère française « si la succursale entretient avec le siège des relations commerciales favorisant le maintien ou le développement des activités en France de la société, celle-ci peut déduire de ses résultats imposables les pertes, subies ou régulièrement provisionnées, résultant des aides apportées à la succursale dans le cadre de ces relations[47] ». Cette remise en cause du principe de territorialité ne serait que partielle puisque l'aide financière accordée à la filiale ou succursale étrangère assure le maintien ou le développement de l'activité exploitée en France[48]. Néanmoins, la relativisation jurisprudentielle du principe de territorialité est indéniable.

Par ailleurs, dans le cas d'abandon de créances au profit d'une filiale étrangère comme c'était le cas dans l'arrêt SA Guerlain du Conseil d'Etat du 11 avril 2008, la situation bénéficiaire de la filiale (quand bien même les deux succursales dépendant de la filiale étrangère étaient déficitaires) conduit le

41 Dr. fisc. 2008, n°39, comm. 512..

42 CJUE, 25 févr. 2010, C-337/08, RJF 5/10, n° 552, et l'étude de M. WATHELET, « L'arrêt X Holding : le divorce entre la liberté de circulation et le shopping fiscal », RJF 5/10, p. 337 et suivantes.

43 D. GUTMANN, Droit fiscal des affaires, édition 2011, Rn. 964 p. 484.

44 Ibidem.

45 M. COZIAN, F. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises, édition 2010/2011, Rn. 851 p. 341 ; CE plén., 30 mars 1987, n° 652 754, SA Labo industrie : Dr. fisc. 1987, n° 30, comm. 1634 ; RJF 1987, n ° 589, concl. B. MARTIN-LAPRADE, p. 277).

46 M. COZIAN, F. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises, édition 2010/2011, Rn. 851 p. 341 ; CE, 11 févr. 1994, n° 119 726, SA les éditions Jean-Claude Lattès : RJF 1994, n° 396, chron. G. GOULARD.

47 Considérant de principe de l'arrêt Société Télécoise du Conseil d'Etat du 16 mai 2003 n°222 956 ; Dr. fisc. 2003, n° 30-35, comm. 582, concl. M.-H MITJAVILLE ; RJF 7/2003, n° 823 ; RJF 2003, n° 823. – Adde G. GEST, « Télécoise : réelle avancée ou décision à contre-courant ? » : L'année fiscale 2004, p. 284 et suivantes.

48 M. COZIAN, F. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises, édition 2010/2011, Rn. 851 p. 341.

juge à refuser la déductibilité de tels abandons de créance et à les requalifier en transfert de indirect de bénéfices au sens de l'article 57 du CGI[49]. Cette jurisprudence ne vient pas relativiser les exceptions au principe de territorialité mais montre que l'appréciation du caractère déductible de pertes directes ou indirectes d'une succursale ou filiale étrangère se fait au cas par cas. Dans un arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Paris du 12 mai 2010 Beauté Créateurs SAS, le principe posé par la jurisprudence Société Télécoise est repris mot pour mot. En l'espèce, le juge va même jusqu'à admettre la déductibilité des pertes subies par la succursale étrangère alors même que l'existence juridique de l'aide consentie n'était possible[50]. En effet, l'Administration fiscale britannique n'avait pas reconnu l'existence de la succursale[51]!

Sous la pression législative et jurisprudentielle l'édifice de la territorialité de l'impôt sur les sociétés commence à se lézarder, même si ce phénomène reste relativement marginal. L'introduction d'exceptions à la territorialité montre que le principe de territorialité pose plus de problèmes qu'il n'en résout.

49 Dr. fisc. 2008, n°18, comm. 302.
50 La Revue Fiscale Notariale n°4, avril 2011, comm. 28.
51 Ibidem.

LA DIFFICILE QUESTION DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES EN DROIT FISCAL INTERNATIONAL

Edouard FRIZON, Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris Dauphine

Jérôme BARRE, Avocat associé chez Franklin

Voila à peu près quatorze ans que ce sujet nourrit un certain nombre de débats au sein de la plus éminente doctrine sans que le Conseil d'Etat ne puisse y apporter des jalons d'une jurisprudence claire et non éphémère. Cette situation est en parfaite adéquation avec les termes utilisés par le Professeur Cozian qualifiant le régime fiscal des sociétés de personne de véritable « sac d'embrouilles[1] ». A l'heure où chaque fiscaliste fiscal connait, de mémoire, toutes les illustrations de ce regretté professeur, une d'entre elles vient illustrer nos propos comme il l'avait si bien mentionné dans une revue en 1979[2] en qualifiant de disposition fiscale « attrape nigaud » l'article 206-2 du Code général des impôts. Il a en outre entériné l'image de la «semi transparence» permettant la distinction entre les sociétés de personnes et les sociétés soumises à l'impôt des sociétés. D'autres praticiens ont largement recouru à la notion de «translucidité» ce qui a entrainé un véritable imbroglio doctrinal. En effet, certains auteurs éminents ont posé comme principe que la société de personnes était un sujet fiscal sans pour autant préciser le contour de cette notion qui reste, en somme, très approximative tandis que d'autres considérèrent le fait que les associés de personnes morales sont soumis à l'impôt comme une simple modalité de recouvrement.

L'apogée de cette complexité débordante a été atteint, il y a une dizaine d'année, en matière internationale lors d'un rapport de l'OCDE sur les sociétés de personnes[3]. Dans ce rapport, l'OCDE s'est attaqué au traitement conventionnel des individus considérés comme contribuables dans l'un des Etats contractants, mais transparents dans l'autre. Nous analyserons cette situation au regard de la forme de partnership anglo-saxonne. Dans ce domaine, le Professeur Cozian semblait même avoir renoncé à apporter, comme à son habitude, une illustration afin de distinguer selon la transparence des sociétés de personnes françaises et étrangères.

Plusieurs études ont souhaité apporter un projet tendant au rapprochement des régimes fiscaux de plusieurs entités répondant à la forme de société de personnes, telles que la fiducie qui s'insère de plus en plus dans notre environnement juridique et notamment en vu de rapprocher la législation française de celles applicables dans d'autres Etats ainsi que la bonne application des conventions internationales qui lient ces mêmes Etats.

Ce régime spécial des sociétés de personnes se distingue du régime d'intégration fiscale dont la transparence de fait permet l'imposition des résultats en vue de leur redistribution. De plus et au regard du corpus textuels et jurisprudentiels les deux notions se distinguent clairement puisque la société de personnes est très peu réglementée voire pas du tout alors que sa construction jurisprudentielle est colossale, d'où la motivation du législateur de mettre à plat ce régime. Pour

1 « Sac d'embrouilles » Revue sociétés 1980, p 217 – le régime fiscal des sociétés de personnes relevant de l'impôt sur le revenu.

2 Droit fiscal 1979, n°40, p 1020 : La soumission à l'impôt sur les sociétés des sociétés civiles à objet commercial – Grands principes de la fiscalité des entreprises.

3 OCDE – l'application du Modèle de convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes ; Questions de fiscalité internationale 1999 n°6

cela, le projet proposait de faire évoluer le régime actuel des sociétés de personnes vers davantage de transparence, sans pour autant reconnaitre la transparence totale. Ce projet s'inscrivait dans les travaux de lutte contre la double imposition ou de non-imposition et de rendre le régime des sociétés de personnes françaises plus attractif pour les associés étrangers. L'article 12 du projet de loi de finances rectificative pour 2010 prévoyait, entre autre, que les opérations réalisées par les entités transparentes seraient réputées réalisées par leurs associés mais les modalités de détermination et d'imposition de leurs bénéfices lorsqu'elles sont détenues par des associés soumis à l'impôt sur les sociétés (ci-après IS) resteraient globalement inchangées. Cependant nous constaterons au cours de notre analyse que, globalement, la situation reste plus qu'instable et la jurisprudence assez fluctuante.

Dès lors, il est légitime de se poser un certain nombre de questions telle celle de savoir si la conception française des sociétés de personnes nationales est vraiment fondée en droit ? Quel est le régime d'imposition des associés étrangers des sociétés de personnes françaises, notamment dans le cadre d'une convention bilatérale ? Faut-il prendre en compte la situation propre de l'associé non résident d'une société de personne ?

I – LE « SAC D'EMBROUILLES » DU PROFESSEUR COZIAN

Les sociétés de l'article 8 du CGI, communément appelées sociétés de personnes ont une personnalité distincte de celle de leurs membres et exercent une activité qui leur est propre. A l'article de rajouter que si cette activité se situe en France, les bénéfices réalisés par ces sociétés sont en principe imposables en France entre les mains de leurs membres, y compris de ceux qui résident hors de France, à proportion des droits que ceux-ci détiennent dans la société, et après établissement de l'impôt par cette dernière. Ainsi est sacralisée la théorie de la semi transparence du Professeur Cozian.

Toutefois, ce principe a été écorné à de nombreuses occasions par le Conseil d'Etat (ci-après « CE) qui, tantôt prit en considération la situation des personnes physiques que sont les associés, tantôt la situation de la personne morale société de personnes.

A. Des théories aussi différentes que diversifiées

La présente tribune ne s'attardera que sur la question internationale du traitement fiscal des sociétés de personnes au regard de l'approche française de la jurisprudence, de la doctrine divergente et de l'approche de l'OCDE.

Il convient en outre de différencier le traitement des sociétés de personnes semi-transparentes ou translucides françaises et étrangères.

1. Les sociétés de personnes françaises.

Cet aspect des sociétés de personnes a déjà été établi par l'administration au travers sa documentation[4] : « une société étrangère membre d'une société de personnes française est imposable en France à raison de sa participation même si elle n'a pas elle-même d'exploitation située en France. Le siège ainsi que le résultat attribuable à chacun sera attribué au niveau de la société. » Ainsi, les personnes morales étrangères soumises à l'IS seront-elles-mêmes assujetties à cet impôt à raison de la quote-part des bénéfices des sociétés de personnes ou de différents groupements assimilés tels les GIE, GEIE. Cependant, différents problèmes se sont posés notamment au regard de la répartition des bénéfices ainsi que les différentes distributions de dividendes, intérêts ou redevances. Dans une instruction du 26 février 2003[5], il a été retenu que les retenues à la source des bénéfices correspondant aux droits des sociétés étrangères ne pouvaient s'opérer au niveau des sociétés de personnes établies en France. De plus dans sa documentation administrative du 22 mai 2003[6], il est expressément rapporté que les revenus passifs et donc les revenus distribués sont rattachés au siège de la société sauf si un rattachement à un établissement stable de l'associé est prévu.

Alors que la doctrine administrative semblait avoir éclairci les choses, certains auteurs ont toutefois exprimé des vues différentes du traitement fiscal

4 Documentation administrative 4 H-1413 n°70-71. 01/03/1995.
5 Instruction administrative 4 H-1-03. 26/02/2003.
6 Documentation administrative DB 4H 1422. 22/05/ 2003.

de ce type de société. En effet, l'éminent Bruno Gouthière[7] considère que la semi-transparence qui caractérise les sociétés de personnes à la française lui permet de jouir d'une personnalité morale mais également d'une véritable personnalité fiscale. Selon lui, le fait que les associés subissent in fine la charge de l'impôt n'est qu'une simple question de mise en recouvrement. Par conséquent, ces sociétés sont de simples sujets fiscaux à part entière. Ainsi M. Gouthière pose le principe que la situation fiscale de l'associé non résident d'une société de personnes française ne doit pas être pris en compte, lui refusant l'application de la convention fiscale bilatérale entre son pays et la France. Aucune attention n'est fait au caractère étranger de l'associé de cette société puisqu'il s'agit 'une problématique de droit interne quand bien même une convention existerait entre la France et le pays de résidence de l'associé non-résident. Cette thèse est fortement controversée par Philipe Derouin[8] qui accuse l'argumentaire de M. Gouthière à ne créer qu'un vide conventionnel contraire aux objectifs des conventions de lutte contre les doubles impositions. Sa thèse est particulièrement ancrée dans la logique d'échanges internationaux justifiés par les risques économiques qu'engendraient une double imposition et qui obligeraient les Etats à accentuer la transparence fiscale de leurs sociétés de personnes en vue d'une application extensive des conventions notamment en présence d'un associé non résident.
Cette théorie pragmatique ne fait qu'aller dans le sens des pratiques issues de la Common Law qui s'attarde sur la situation propre des associés, réels bénéficiaires et payeurs de l'imposition. Il semblerait, en outre, que cette dernière interprétation fait la quasi unanimité dans le monde.

L'administration française a quant à elle émis quelques réserves au modèle OCDE et souhaite continuer à traiter les sociétés de personnes comme de véritables sujets fiscaux de droit français. Ainsi la transparence fiscale « à la française » chère à M. Gouthière s'apparenterait plus à l'intégration fiscale avant tout retraitement du revenu d'ensemble. Il suffit d'éclater la masse en fonction du nombre d'associés de la société de personnes, seuls contribuables[9]. Il se distingue des législation étrangères qui conduisent à ignorer les conséquences fiscales des opérations entre la société et les associés.

Enfin, au regard du très faible nombre de conventions signées par la France relatives aux sociétés de personnes, la situation actuelle ne peut que laisser place à une jurisprudence volumineuse et le plus souvent confuse...

2. Les sociétés semi-transparentes étrangères.

Alors que le voile sur le traitement fiscal des sociétés de personnes françaises semblait être levé, il n'en est pas de même pour les sociétés de personnes étrangères. Un certain nombre de décisions sont venues également semer le trouble en jurisprudence sur le traitement fiscal de ces sociétés. Nous ne citerons plus les arrêts King Group[10], Hubertus[11] ni même Diebold Courtage[12] où les faits peuvent être résumés au regard du commentaire de M. Le président Olivier Fouquet : En présence d'une personne étrangère susceptible d'être imposée en France, le juge cherche quelle catégorie de contribuable français correspond le mieux au statut étranger. Les concepts juridiques français et étrangers étant souvent différents, le juge devais « entrer de force » l'entité étrangère dans une catégorie française et doit tenir compte du statut fiscal étranger. Ainsi, lorsqu'une société de personnes est considérée comme fiscalement transparente dans l'Etat où elle est constituée, l'administration fiscale accepte en vue de l'application de conventions fiscales pour certains revenus de source française (clause dite « balai ») de prendre en considération le caractère transparent de la société. La qualité de résident n'est toutefois reconnue qu'aux associés résidents de France ou d'un

7 Les impôts dans les affaires internationales.
8 La transparence fiscale des sociétés de personnes : Droit Fiscal 50/97 p 1143s et Droit Fiscal 51/97 p 1484.
9 La transparence fiscale des sociétés de personnes ou la fin programmée du sac d'embrouilles par Philippe Derouin..
10 CE 04/04/1997 n° 144211.
11 CE 09/02/2000 n° 178389.
12 CE 13/10/1999 n° 191191

Etat avec lequel la France a conclu une convention assortie d'une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale. Lorsque les conditions sont réunies, l'associé d'une entité étrangère fiscalement transparente est considéré comme bénéficiaire des revenus passifs de source française. Pour l'application des conventions fiscales, il faudra examiner si la société peut être considérée comme résidente au sens des conventions.(assujettie sans être exonérée). Or ce sont les associés les redevables de l'impôt, et donc la France ne reconnait pas à la société de personnes étrangère la qualité de résident au sens des conventions. La société de personnes fait « écran ». Ainsi, ni les associés, ni la société ne peut bénéficier des avantages des conventions.

Dans le prolongement de la décision Diebold Courtage, il est désormais reconnu que l'administration fiscale accepte de regarder « au travers » de la structure afin de déterminer si les associés de cette structure sont résidents ou non au sens conventionnel en vue de bénéficier des avantages prévus dans les conventions pour les revenus de source française qui transitent par la société de personnes étrangères. Lorsque les associés sont résidents d'un Etat tiers, la convention fiscale bilatérale applicable pour l'imposition des revenus de source française est la convention qui lie la France et l'Etat de résidence des associés.

Concernant les revenus passifs de source française distribués, il convient bien entendu de distinguer la résidence de l'associé ainsi que la nature du revenu distribué.

B. Un risque de Tsunami Jurisprudentiel

Ce titre n'a pas été choisi au hasard puisqu'une décision du Conseil d'Etat est venue « remuer le couteau dans la plaie » du régime des sociétés de personnes. Cet arrêt[13] a fait l'objet de nombreuses controverses tant son impact est important dans les situations internationales que nationales.

Nous ne nous attarderons pas sur les faits de la présente affaire mais plus sur le fond. En effet, il était question de savoir quel était le régime d'imposition des associés non résidents d'une société de personnes non imposée à L'IS ayant une activité en France et ce dans le cadre d'une convention internationale de lutte contre la double imposition. La Cour d'Appel Administrative avait jugé la décharge de l'imposition au regard de la clause dite « clause balai » réservant l'imposition des revenus dans le pays d'implantation de la société et non de la source des revenus. La question soulevée devant la Cour était de savoir s'il était bon de maintenir la jurisprudence King Group qui considérait qu'une convention fiscale internationale ne pouvait être invoquée que pour les bénéfices réalisés en propre par un contribuable et non pas des revenus que le contribuable reçoit en contrepartie de sa participation dans une société de personnes.
Le Conseil d'Etat, soutenu par la pression des pouvoirs publics, a tranché en faveur de sa jurisprudence constante en insérant une subtilité, qui fera couler beaucoup d'encre, en posant le principe de transparence fiscale de subsidiarité qui se bornera à tenir compte, en premier lieu, du droit interne, puis, en vérifiant qu'aucune stipulation de la convention applicable à ce que l'impôt dû en France soit réclamé aux associés. Ainsi, à la Cour de rappeler qu'en cas d'absence d'une telle stipulation, l'associé non résident de cette entité ne pourra se prévaloir ni des stipulations de la convention relative aux autres revenus ni aux revenus divers dès lors que ces revenus doivent être réalisés en propre par la société et non reçus par l'associé. En somme, il est retenu de cette décision, qui suit la jurisprudence King Group en vigueur, que la quote-part des bénéfices d'une société de personnes ne correspond pas à des revenus passifs (dividendes, redevances, intérêts...). La Cour n'en est pas à son premier essai puisque dans l'arrêt Hubertus[14] AG, elle avait rejeté l'assimilation des plus-values immobilières aux quotes-parts des bénéfices allant mutatis mutandis dans le sens de l'arrêt King Group. Cependant, la décision du 18 mai 2009 dite «société Etablissements Chevannes[15]» en jugeant que les revenus non dénommés visés par la clause balai sont ceux qui sont réalisés en propre par le bénéficiaire

13 Arrêt Quality Invest CE 11/07/2011, 317024.
14 V. supra note 11
15 CE 18/05/2009 arrêt Etablissement Chevannes n° 301763.

et non les revenus tirés de droits détenus dans une société de personnes ce qui a amené la Cour à se pencher pour la première fois à la question de l'invocabilité de la clause balai par les associés non résidents des sociétés de personnes françaises. Mais dès lors, la doctrine s'était empressée de soulever, et à juste titre, que les impôts dont étaient soumis les non résidents en raison de leurs droits relevaient du champ d'application de la clause balai puisque ne constituaient ni des bénéfices d'entreprises, ni des dividendes, ni aucun autres revenus...

Ainsi, et à demi-mot, la Cour est venue apporter une troisième théorie jouant des coudes avec celles de messieurs Gouthière et Derouin. En effet, elle maintient les apports de la jurisprudence King group tout en octroyant au contribuable et donc à l'associé de l'entité transparente la possibilité d'invoquer la clause balai de la convention qui le lie au pays de la source de ses revenus. Mais alors on transformerait cette clause balai en une clause nommée ce qui viendrait à faire apparaitre une autre catégorie de revenue indépendante. Dès lors, la théorie de M. Derouin n'aurait plus grand intérêt...

En outre, hormis le fait que cela ne viendrait que complexifier les choses, cela obligerait la France, à renoncer dans une très large amplitude à son droit d'imposer puisque la clause balai se retrouverait de facto applicable. (sauf dispositions contraires permettant l'imposition dans le pays de la source des revenus). Or, comme le montre la lettre de la quasi-totalité des conventions, ces clauses permettent la taxation des revenus dans le pays de résidence et non de la source. Si tel est le cas, revenus passifs et actifs ne feraient qu'un. Or, dans l'arrêt Diebold Courtage précédemment cité, et qui rejoint la thèse de M. Derouin, le Conseil d'Etat avait permis l'application de la convention fiscale internationale aux associés en raison de la qualité de résidents reconnu par cette même convention ce qui leurs a permis de bénéficier de la clause relative aux redevances alors que ces mêmes redevances avaient été perçues non pas par les associés, mais par la société. Cet arrêt vient d'autant plus semer le doute qu'en 2002, le CE a rendu une décision[16] au cours de laquelle la Cour avait admis l'application de la convention franco-suisse au profit des revenus rattachés au contribuable par le mécanisme de la translucidité. Dès lors, les deux thèses se valent et leurs portées ne sont pas négligeables. Celle de M. Derouin semble d'autan plus aller dans le sens des travaux de l'OCDE qui encourage l'application des conventions fiscales internationales par les associés et non par les entités transparentes elles-mêmes.

Or, si ce genre de problème se rencontre en doctrine c'est bel et bien parce que la France n'a pas adhéré à ce système de transparence. Cette réserve est grande puisque la France n'a jamais reconnu la qualité de résident au sens des conventions fiscales aux sociétés de personnes françaises, ni refusé cette qualité à leurs associés. La position de la France est assez atypique comme nous pouvons le constater surtout quelle va à l'encontre de l'objectif suprême des conventions à savoir la simplification des relations internationales et la lutte contre les doubles impositions et la fraude fiscale.

L'Etat actuel de la doctrine et de la jurisprudence montre la frontière tenue entre la semi transparence chère à M. Gouthière et la totale transparence de ces entités conforme aux pratiques anglo saxonnes, ce qui soulève, notamment, la difficile question des partnerships.

II – LA NOUVELLE QUESTION DES PARTNERSHIPS DE DROIT ANGLO-SAXON

Devant l'internationalisation des échanges et la volonté des acteurs économiques de minimiser leur masse imposable, l'OCDE s'est vue obligée de publier des lignes directrices et rapports sur le traitement fiscal des sociétés de personnes le plus adéquate possible. Il y a désormais plus de dix ans que l'OCDE s'est penchée sur la question du traitement conventionnel des contribuables d'un état considéré comme fiscalement transparent dans l'autre. Nous analyserons les situations de ces contribuables à travers un partnership de droit anglo-saxon, constitué dans un Etat X recevant des revenus de sources Y avec des associés domiciliés, dans un premier temps, dans un même Etat Z puis dans des Etats différents.

16 CE 28/06/2002 min c/ Schneider Electric n° 232276

A. Vers une adaptation du droit continental à la Common Law

Selon L'OCDE, la qualification juridique donnée dans les Etats X et Z est primordiale, bien plus que celle fondant la qualité de contribuable dans l'Etat Y. En effet, si X considère l'entité transparente comme contribuable dans son pays, cette dernière sera considérée comme résidente de ce même Etat et le mécanisme conventionnel pourra dès lors s'appliquer aux relations X/Y. De plus, si l'Etat Z considère le partnership établi en X comme transparent (ce qui est largement admis), alors, les revenus provenant de Y sont qualifiés de revenus en propre aux associés résidents de Z et, ainsi, le mécanisme conventionnel s'appliquera également. Comme nous pouvons le constater, le mécanisme conventionnel aurait vocation à s'appliquer deux fois pour appréhender les mêmes revenus, ce qui soulève d'intéressantes questions que nous n'étudierons pas ici.

A noter que ce raisonnement comporte une limite : si l'Etat X et Y sont en désaccord sur la qualité de contribuable du partnership et que l'Etat de source des revenus lui reconnait la qualité de contribuable ce que nie l'Etat X alors ces revenus subiront une retenue à la source dans l'Etat Y sans protection des conventions.

La logique des partnerships de Common Law s'inscrit plus volontiers dans une démarche pragmatique où est considéré comme contribuable la personne qui subit réellement l'impôt, à savoir l'associé. Dès lors, si la société de l'Etat X est transparente et que les associés sont résidents de l'Etat Z alors, ils bénéficieront de tous les avantages que les conventions fiscales leurs permettent dans les relations pays de résidence et pays source des revenus.

Prenons, à présent, l'exemple ou trois associés d'un partnership de Common Law ne sont pas résidents d'un même Etat et reçoivent des revenus de source française. Aux fins de faciliter la répartition des résultats entre ces trois associés, nous considèrerons que ces derniers disposent de droits équivalents. Chaque associé recevra la même somme en revenu passif que nous limiterons, dans notre cas, aux redevances et dividendes.

Soit un associé britannique, français et suisse : le partnership de Common Law est considéré comme une entité transparente au Royaume Uni et une convention fiscale bilatérale d'assistance administrative et de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale existe entre ce pays et la France. Cela emporte un certain nombre de conséquences puisque le parallèle ne peut être fait avec l'associé suisse. En effet, la France n'a pas signé une telle convention avec la Suisse.

Ainsi, et en application de la seule convention disponible, une retenue à la source s'effectuera sur les revenus français à destination de l'associé britannique à hauteur de 15%[17] sur les dividendes à condition que le bénéficiaire soit un associé résident au Royaume-Uni. Concernant l'associé suisse, ce dernier se verra appliquer le taux normal de retenue à la source prévu à l'article 119 bis- 2 du CGI soit un taux de 25 %. Pour l'associé français, ce dernier aura ses revenus soumis à aucune retenue à la source.

B. La législation française poussée dans ses retranchements

Alors que l'on pourrait penser que la France reste l'une des rares exception en terme de pays souhaitant conserver la main mise sur l'imposition des revenus en direction d'entité transparente étrangères, plusieurs arrêts de Cours internationales nous montre que la tendance reste au protectionnisme de l'imposition de ces revenus.

En effet, dans un arrêt de la Cour Suprême Italienne du 26 février 2009, il était question de la taxation de revenus italiens en direction d'un partnership américain dont l'associé principal était une banque italienne qui détenait la participation pour le compte d'un fonds de pension domicilié au Japon. Ce dernier avait réclamé à l'administration fiscale

17 Chapitre 2 - Section 3 : revenue de capitaux mobiliers §33 –de la convention fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur les gains en capital complétée d'un protocole, signée entre la France et le Royaume-Uni le 19 juin 2008. Elle se substitue à la Convention fiscale du 22 mai 1968. Elle est entrée en vigueur le 18 décembre 2009 et a été publiée par l'instruction administrative 14 A-4-10 n° 81 du 8 septembre 2010.

italienne la réduction du montant de la retenue à la source en raison de la convention fiscale entre l'Italie et le Japon. Or la Cour italienne invoquait le fait que seule la banque pouvait bénéficier de cette convention et non pas le fond de pension. La question essentielle soulevée lors de ce débat résidait dans la notion de « payer à » à savoir la notion du bénéficiaire réel du revenu. Mais cette notion n'existait pas dans le modèle OCDE et par conséquent ni dans la convention bilatérale entre l'Italie et le Japon qui est postérieure à ce dernier.

Un autre arrêt du 8 avril 2010 rendu par la Cour canadienne soulevait la difficile question de l'application de la convention entre les Etats Unis et le Canada dans le rapport entre une LLC soumise au régime « check the box » (transparence fiscale) et des revenus provenant d'une société holding américaine. La Cour canadienne s'est très largement inspirée du rapport OCDE tout en retenant une solution originale puisqu'elle a reconnu l'application de la convention non pas entre la holding américaine, pays source des revenus et le Canada mais entre la LLC et le Canada. Or l'entité fiscale transparente, comme nous l'avons tant répété, n'est pas assujettie à l'impôt. Cependant, en vertu du droit américain la LLC doit être considérée comme étant assujettie à une imposition complète aux Etats-Unis.

Au regard de ces deux arrêts, il convient de constater que chaque Etat tente de conserver son droit d'imposition, qui constitue une richesse budgétaire assez importante en ces temps de crise. Mais alors faut-il pour autant que la France s'aligne sur les recommandations de l'OCDE ? Certes, la lourdeur du régime de l'article 8 du CGI allait dans le sens du revirement jurisprudentiel total. Ce tsunami jurisprudentiel aurait eu pour conséquence d'analyser les sociétés de personnes (du moins celles non résidentes) comme non plus transparentes mais translucides. Mais un tel changement d'approche de la Haute Cour aurait également pour conséquence de créer une très forte insécurité juridique, plaçant le juge dans une position d'interprète (des conventions fiscales) ce qui bien entendu n'est pas son principal rôle... En outre, un très fort risque de treaty shopping aurait vu le jour, ce qui est bien entendu le cheval de bataille de l'OCDE. Dès lors un double risque d'insécurité juridique verrait le jour.

Enfin, le projet parlementaire de modification du régime des sociétés de personnes est toujours attendu à l'Assemblée. Ce dernier a pris énormément de retard (sortie attendue en avril 2010) et ne semble plus être au goût du jour. Cependant ne blâmons pas pour autant l'organisation fiscale de notre pays. En effet, succomber à la thèse, magistralement présentée par M. Derouin emporterait un très grand nombre de changements radicaux

Il n'est pas non plus dans les attributions de la Haute Cour de se substituer au législateur et d'entreprendre une telle rénovation de ce régime qui a donné tant de maux de tête au Professeur Cozian et qui agite tant les langues en doctrine. Nous pouvons retenir l'approche française suivante : dès lors que la société de personnes est le sujet d'imposition, seuls les revenus qu'elle perçoit, à l'exclusion de ceux perçus par ses associés en raison de leur participation dans l'entité, peuvent être considérés comme rattachables aux revenus expressément mentionnés dans les clauses des conventions. La transparence n'est pas la vide[18], elle n'en n'est pas non plus l'inexistence mais un concept ou liberté et insécurité se chevauchent.

18 E. Mignon la transparence n'est pas le vide : RJF 12/1999, chron p.931

COMPÉTITIVITÉ FISCALE ET BREVET D'INVENTION, LA FRANCE EN MAL D'INSPIRATION

Marine MOREL, Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris Dauphine

Jean-Michel FERRAGATTI, Chief Tax Officer, RATP DEV

La concurrence fiscale à laquelle se livrent les Etats est particulièrement accrue en matière d'incorporels et plus spécialement en matière de brevets d'invention. La fiscalité française, bien qu'offrant des traitements attrayants en ce domaine, semble actuellement à la recherche d'un nouveau souffle lui permettant de rattraper ses adversaires étrangers dotés de régimes de plus en plus compétitifs.

Au regard de l'importance croissante que revêtent les incorporels dans les groupes multinationaux, les Etats ont bien compris qu'il était indispensable de se livrer à une concurrence dans ce domaine afin d'attirer les entreprises capables de créer des incorporels et de générer les bénéfices qui en découlent sur leur territoire.

Comme tout autre Etat, la France ne peut pas rester à l'écart du débat sur l'opportunité d'encourager l'innovation par la fiscalité, ni de celui sur la concurrence fiscale, et ce d'autant plus que les groupes français se trouvent face à une pluralité de régimes fiscaux, de par leurs implantations multiples. Dès lors, afin d'encourager la recherche et le développement sur son territoire ainsi que d'éviter un exode des entreprises vers des pays à la fiscalité plus avantageuse, la France se doit d'offrir des traitements fiscaux au moins aussi intéressants que ceux proposés par ses voisins européens et autres concurrents non-européens.

Pour ne concentrer le présent propos que sur les incorporels dits « technologiques[1]», et plus particulièrement sur les brevets d'invention, il convient de relever que l'effet de compétition fiscale se traduit par divers avantages visant, d'une part, la création, et, d'autre part, la détention de tels actifs. En effet, comme le signalent Emmanuel Picq et Pierre Escaut[2], les Etats développent et tendent à rendre sans cesse plus attractifs leurs systèmes d'aides à la recherche et développement (R&D), les possibilités d'amortissement du prix d'acquisition d'incorporels, ou encore les taux réduits sur les résultats dérivant de l'exploitation de ces mêmes incorporels, souvent désignés sous les termes de « Intellectual Property Box » (IP Box) ou « Patent Box ».

Si le choix de ne traiter que des brevets d'invention à l'exclusion des autres incorporels « technologiques » (marques, inventions brevetables, etc.) peut poser question, ce choix résulte de trois observations. La première tient au fait que les brevets constituent un facteur déterminant de la compétitivité national et internationale des entreprises, bien plus que les autres incorporels. La deuxième résulte de la constatation selon laquelle les mesures fiscales adoptées en matière d'incorporels dans les différents pays leurs sont avant tout destinées. Enfin, la dernière observation conduisant à ne traiter que des brevets tient à ce qu'ils suscitent une controverse particulière en matière de logiciels informatiques sur laquelle il conviendra de s'arrêter.

Dans le cadre de l'étude comparative qui va suivre et portant sur les régimes fiscaux français et étrangers applicables en matière de brevets d'invention,

1 Création, acquisition et exploitation des actifs incorporels en France ou à l'étranger : problématiques fiscales internes et internationales, Emmanuel Picq et Pierre Escaut, Dr. fisc. n°44, 4 novembre 2010, 540..

2 Ibidem

il conviendra d'analyser dans quelle mesure le dispositif français destiné à favoriser la recherche et développement – le crédit impôt-recherche – ou encore le taux réduit d'imposition prévu à l'article 39 terdecies du Code général des impôts (CGI) constituent des dispositions attractives pour les entreprises, soumises à l'impôt sur les sociétés, désireuses de développer des brevets. Il s'agira également de constater si ces dispositions permettent d'atteindre les résultats escomptés et s'ils ne tendent pas à devenir obsolètes eu égard aux régimes fiscaux développés à l'étranger. Enfin, comme annoncé précédemment, cette étude sera l'occasion d'aborder le cas particulier des logiciels informatiques dont la question de la brevetabilité implique des conséquences fiscales non négligeables.

La réflexion qui va suivre aura donc pour objet de s'interroger sur le point de savoir si la fiscalité française incite les entreprises au développement et à l'exploitation de brevets d'invention en France, ou si les régimes existants à l'étranger s'avèrent être plus compétitifs.

Bien qu'il soit incontestable qu'il existe en France des dispositions fiscales invitant, a priori, à l'exploitation des brevets d'invention sur le territoire français (I), l'analyse des régimes étrangers révèle que ceux-ci incitent, a posteriori, à un transfert de ces incorporels (II).

I. DES DISPOSITIONS FISCALES INVITANT, A PRIORI, À L'EXPLOITATION DES BREVETS D'INVENTION EN FRANCE

Grâce à des dispositions dérogatoires favorables, les entreprises implantées en France qui exploitent des brevets d'invention voient leur taux effectif d'imposition allégé. En effet, la mise en place d'un système d'aides à la recherche et développement particulièrement attractif (A) ainsi qu'un taux réduit d'imposition des produits de cession et de concession de brevets (B) sont autant de mesures permettant aux entreprises exploitant des brevets d'invention d'atténuer le manque d'attractivité du taux nominal de l'impôt sur les sociétés français, actuellement l'un des plus élevé d'Europe avec ses 33,1/3%.

A. Un système d'aides à la recherche et développement particulièrement attractif

Le crédit impôt-recherche[3], dont l'objet est d'accroitre la compétitivité des entreprises, principalement industrielles, sur le marché international, s'inscrit comme une disposition de la fiscalité proprement incitative à l'élaboration de brevets d'invention.

Créé par la loi de finances pour 1983, puis modifié à de nombreuses reprises par le Parlement, ce dispositif optionnel permet, en principe[4], aux entreprises à l'origine d'une invention brevetée d'imputer sur le montant de l'impôt sur les sociétés un crédit d'impôt au titre des dépenses de recherche qui ont été exposées, après prise en compte des prélèvements non libératoires et autres crédits d'impôts. Le crédit excédentaire non imputé constitue une créance sur l'Etat (non imposable) imputable sur le paiement de l'impôt des trois années suivant celle au titre de laquelle elle est constatée. Le solde subsistant à l'expiration de ce délai fait, quant à lui, l'objet d'un remboursement.

Calculé à l'origine en proportion de l'accroissement annuel des dépenses de recherche, le crédit d'impôt recherche est aujourd'hui assis sur le volume absolu des dépenses de recherches engagées, ce qui en augmente considérablement l'assiette. En outre, son taux est particulièrement attrayant. Le crédit d'impôt recherche s'élève en effet à 30% de la fraction des dépenses de recherche n'excédant pas 100 millions d'euros et à 5% au-delà de ce seuil.
Ce taux de 30% est d'ailleurs porté à 40% la première année et à 35% la deuxième année pour les entreprises qui n'ont pas bénéficié du crédit d'impôt au titre des cinq années précédentes et qui n'ont pas

3 Cette mesure figure à l'article 224 quater B du CGI.

4 CAA Paris, 6 mai 2010, (n° 08PA04057, Société GEMT : BCIR oct. 2010, p. 2, note J-L. Pierre) reconnait l'absence de lien automatique entre le dépôt d'un brevet et l'éligibilité des travaux de recherche de l'entreprise au crédit d'impôt fixé à l'article 244 quater B du Code général des impôts.

de lien de dépendance[5] avec une autre entreprise en ayant bénéficié au cours de la même période. Un dernier avantage du crédit impôt-recherche est qu'il n'est plus soumis, depuis 2008, à aucun plafonnement, alors qu'un plafonnement global annuel existait auparavant, faisant ainsi tomber en non-valeur l'excédent éventuel.

Conçu de la sorte, le régime français du crédit impôt-recherche constitue un dispositif très compétitif, notamment comparé aux dispositifs ayant la même fonction à l'étranger. Aux Etats Unis, par exemple, le crédit impôt-recherche fédéral est un système en accroissement qui est accordé à raison de 14% de l'excédent des dépenses de l'année par rapport à un montant égal à la moitié de la moyenne des dépenses de recherche des trois années précédentes. En outre, ce crédit d'impôt est temporaire, son existence nécessitant un renouvellement annuel par le Congres[6]. L'Italie autorise, quant à elle, la déduction de 10% des coûts de recherche et développement, et 40% des coûts de recherche et développement liés à des contrats avec des universités ou des centres de recherche publics, dans la limite de 50 millions d'euros par exercice. Enfin, s'agissant des mesures existantes en Espagne, le taux du crédit impôt-recherche varie entre 10% et 50%, selon le type de dépenses engagées.

Bien que le système du crédit impôt-recherche français constitue à l'évidence une mesure fiscalement incitative à l'élaboration, et par voie de conséquence à l'exploitation, de brevets en France, il convient de se demander s'il est suffisant pour atteindre les objectifs fixés et s'il constitue fondamentalement la bonne technique pour les atteindre. Effectivement, malgré la réformite subie par le dispositif, l'investissement privé en recherche et développement de la France demeure aujourd'hui sensiblement inférieur à celui constaté chez ses principaux concurrents (pays nordiques, Allemagne, Etats-Unis, Japon). De plus, selon l'OCDE, il semblerait que les crédits impôt-recherche n'ont qu'un impact faible sur le niveau des dépenses de recherche et de développement et la productivité globale des facteurs. Dès lors, cela permet de comprendre le souci qu'a la France d'offrir à ses contribuables des dispositifs supplémentaires favorisant l'élaboration de brevets tels qu'un taux réduit d'imposition sur les produits de cession ou de concession de tels incorporels.

B. Un taux d'imposition des produits de cession ou de concession de brevets incitatif

Avant d'aborder plus en détail le régime fiscal de faveur applicable aux produits de l'exploitation des brevets d'invention, il est important de rappeler que la fiscalité française permet aux entreprises exposant des frais en vue de développer des brevets d'invention, de choisir soit la déduction immédiate de ces dépenses, soit leur immobilisation. Dans le premier cas, l'entreprise bénéficie d'un avantage de trésorerie mais elle ne peut pas par la suite faire figurer le brevet parmi ses immobilisations incorporelles. Si l'entreprise choisit en revanche l'immobilisation des dépenses, elle renonce à une déduction immédiate au profit d'une déduction fractionnée sous la forme d'un amortissement ultérieur. Le brevet qu'elle obtiendra pourra alors être immobilisé et bénéficier des dispositions prévues à l'article 39 terdecies du CGI.

Dès 1965[7], la France a mis en place un régime de faveur applicable aux produits de cession ou de licence d'inventions modifiant ainsi l'imposition des entreprises et des revenus de capitaux mobiliers. L'article 10 de la loi, devenu l'article 39 terdecies-1 du CGI, a prévu l'application d'un régime des plus-values à long terme aux produits de cessions de brevets, de procédés et de techniques ainsi qu'à ceux des concessions de licences exclusives de brevets. Les licences simples de brevets rentrent également dans ce dispositif, sous condition d'un dessaisissement du titulaire du brevet pour un secteur géographique déterminé ou pour une application particulière. Les droits cédés ou concédés doivent toutefois avoir le caractère d'éléments de l'actif immobilisé, et ils ne doivent pas avoir été acquis à titre onéreux moins de deux ans auparavant.

5 Au sens de l'article 39,12 du CGI.
6 Rapport 2009 du Conseil des prélèvements obligatoires.
7 Loi n°65-566 du 12 juillet 1965.

En vertu de ce régime de faveur qui vise à encourager la politique de recherche des sociétés françaises et à éviter que les actifs incorporels ne soient artificiellement localisés par les groupes dans des pays à taux d'impôt sur les sociétés substantiellement plus bas que le taux français ou adoptant des régimes plus favorables de taxation des brevets, le taux de l'impôt sur les sociétés pour les plus values à long terme est aujourd'hui en France de 15%, contre 19% auparavant.

Il est à noter que la politique fiscale française n'a cessé, au cours des années récentes, de renforcer le régime de faveur des brevets. En effet, le taux de 15% n'est applicable aux cessions de brevet que depuis la loi de finances pour 2008. De plus, la loi de finances pour 2011 est venue, à bon escient, étendre le régime aux sous-concessions de licences d'exploitation de brevets lorsque l'entreprise sous-concédante est la première à bénéficier du régime des plus-values à long terme et que la sous-concession est suffisamment rentable.

S'il apparait indéniable que le régime fiscal français des incorporels présente des atouts majeurs pour les entreprises, s'agissant de la recherche et développement et des revenus de cession ou de concession de brevets, ces avantages semblent s'être érodés au fil du temps, face à la prolifération des régimes fiscaux étrangers devenus sensiblement plus attrayants.

II. DES RÉGIMES FISCAUX ÉTRANGERS INCITANT, A POSTERIORI, AU TRANSFERT DES BREVETS D'INVENTION

Bien que précurseur dans la mise en place de régimes fiscaux incitant à l'exploitation de brevets d'invention sur son territoire, la France tend aujourd'hui à se faire dépasser par ses adversaires étrangers. La profusion de « Patent Box » concurrentiels en Europe (A) ainsi que le frein posé par la non-brevetabilité des logiciels en France (B) semblent, en effet, faire du tort à la compétitivité fiscale du pays.

A. La profusion de « Patent Box » concurrentiels en Europe

Sans qu'il soit nécessaire d'aborder la concurrence par le taux, dont des pays comme l'Irlande, Chypre, ou encore Singapour[8], se sont fait les champions, la directive européenne « Interest & Royalty » (2003/49/CE) donne la possibilité de réduire ou d'être exempté du paiement des taxes relatives aux droits incorporels dans les Etats membres de l'Union Européenne. Ce régime, généralement désigné sous les termes d'« Intellectual Property Box » (« IP Box ») ou « Patent box », est d'autant plus intéressant qu'il est compatible avec des déductions fiscales relatives aux activités de recherche et développement, tel que le crédit impôt-recherche français. Dès lors, il n'est guère surprenant de constater le succès que connaissent ces « Box » chez certains partenaires européens tels que les Pays-Bas, le Luxembourg, la Belgique ou encore, bientôt, le Royaume-Uni.

Afin de comprendre en quoi les autres Etats européens ayant adopté des régimes fiscaux de faveur en matière de brevets s'avèrent être plus compétitifs que la France dans ce domaine, il apparaît intéressant de développer le fameux régime néerlandais, ainsi que le futur régime britannique qui entrera en vigueur à compter du 1er avril 2013.

Le régime d'« IP Box » adopté par les Pays-Bas est désormais bien connu des entreprises et des fiscalistes et fait l'objet d'une évolution encourageant particulièrement l'innovation et l'investissement dans la recherche et développement.

Initialement limitée aux brevets d'inventions, la « Patent Box » néerlandaise est devenue, depuis le 1er janvier 2010, l'« Innovation Box » dont les dispositions tendent à bénéficier à une plus large catégorie d'incorporels. Ce régime de faveur étendu instaure une nouvelle réduction du taux d'impôt sur les sociétés afférent aux profits issus de l'exploitation d'incorporels (licences, cessions, etc.), celui-ci passant de 10% à 5%, et réduisant l'assiette taxable d'environ 80%. L'autre avantage considérable intro-

8 A travers le régime du « Development & Expansion Incentive (DEI) » Singapour offre, sous certaines conditions, la possibilité aux entreprises locales développant des brevets d'invention de négocier un taux d'imposition à l'impôt sur les sociétés de 5% contre un taux de droit commun de 17%.

duit par l'« Innovation Box » est que, à la différence de la « Patent Box », elle ne fixe aucun plafond au-delà duquel la réduction d'impôt ne s'appliquerait plus. Dès lors, un profit important émanent d'une vente ou de la concession d'une licence de brevet pourra également bénéficier de ce taux avantageux.

Ce dispositif favorable n'est cependant pas sans limite. Son bénéfice est en effet soumis à la condition que le brevet à l'origine des profits, d'une part, soit développé par l'entreprise elle-même et non acquis par celle-ci, et d'autre part, qu'il contribue à au moins 30% des profits globaux générés par l'actif incorporel de l'entreprise.

Malgré ces exigences, le régime des incorporels néerlandais demeure l'un des plus attractifs en Europe, ce qui explique pourquoi il n'est pas rare de voir des entreprises françaises transférer leurs brevets d'inventions et autres incorporels vers des sociétés hollandaises dédiées.

S'agissant du Royaume-Uni, la loi de finance pour 2012 est venue introduire un régime de « Patent Box » comparable à ceux existant chez les voisins européens, et dont les effets s'appliqueront aux revenus réalisés à compter du 1er avril 2013.

Tout comme le régime néerlandais détaillé précédemment, le dispositif britannique se révèle plus compétitif que les mesures visées à l'article 39 terdecies du CGI. En effet, ce nouveau dispositif de faveur, dont le but visant à favoriser l'exploitation des brevets au Royaume-Uni et à éviter les transferts d'incorporels à l'étranger est clairement exposé dans le projet de loi, permettra aux entreprises d'opter pour un taux d'imposition de 10% sur tous les revenus issus de la cession ou de la concession des brevets d'invention délivrés par le « UK Intellectual Property Office » (IPO) et l'Office Européen des Brevets.

Face aux régimes de faveur existant dans les autres Etat membres de l'Union Européenne, il semblerait que le taux réduit de 15% existant actuellement en France ne soit plus tellement en phase avec les évolutions actuelles. C'est ce même défaut d'évolution de la législation qui se fait ressentir à l'égard des logiciels informatiques.

B. Le frein de la non-brevetabilité des logiciels en France

Face au développement sans cesse plus rapide de l'informatique, il conviendrait de s'attendre à ce que les logiciels bénéficient en France d'un traitement juridique et fiscal au moins aussi avantageux que celui dont bénéficient les brevets d'invention. Pourtant, force est de constater que les mesures prises en la matière par le Parlement français et les autorités européennes restent peu intéressantes voire pénalisantes par rapport à celles qui existent dans d'autres pays non-européens.

En droit français, les codes sources sont traditionnellement protégés par le droit d'auteur, protection limitée à la forme. Les limites importantes posées par une telle protection ont conduit à suggérer d'étendre la législation des brevets d'invention aux logiciels. A ce jour, la brevetabilité de logiciels demeure toutefois interdite partiellement en ce qu'un logiciel n'est brevetable que s'il est intégré dans un ensemble plus vaste[9].

Sur le plan communautaire, l'article 52 de la Convention de Munich est similaire au droit français et édicte une prohibition de brevetabilité des logiciels. Néanmoins, l'Office Européen des Brevets (OEB) a déjà pu admettre – contrairement à ce que prévoit la convention -, une telle brevetabilité. Cette brevetabilité est toutefois limitée car en pratique ce n'est pas le programme dans son ensemble qui est brevetable, mais les mécanismes originaux mis en œuvre.

Ces conceptions restrictives – françaises et européennes – de la brevetabilité se distinguent de celle adoptée par les Etats-Unis, le Japon ou encore l'Australie, qui utilisent largement ce type de protection pour les logiciels. C'est ainsi que depuis 1995 l'office des brevets américains (United States Patent and Trademark Office) accepte de délivrer des brevets pour des logiciels s'ils satisfont aux critères généraux en vigueur que sont la nouveauté et l'utilité.

Face à ces divergences de traitement, se pose la question du régime fiscal applicable aux produits de logiciels. Cette problématique trouve d'ailleurs

9 Article L.611-10, 2e du Code de la propriété intellectuelle.

à se dédoubler en ce qu'elle implique, d'une part, de savoir si les brevets de logiciels étrangers sont éligibles au régime de faveur des brevets énoncé à l'article 39 terdecies du CGI, et d'autre part, de connaitre quel est le traitement fiscal français des revenus de source étrangère perçus par des sociétés françaises exploitant des brevets de logiciels.

Eu égard à l'applicabilité de l'article 39 terdecies du CGI aux brevets de logiciels étrangers, il convient de relever que l'article en question se réfère exclusivement aux plus-values de cession et au résultat net de la concession de « licence d'exploitation de brevets », sans distinguer selon que ceux-ci sont délivrés en France ou à l'étranger, qu'ils concernent des logiciels ou non. Sur ce fondement, l'application du régime des brevets pour les brevets de logiciels étrangers peut apparaitre légitime. La rédaction de la doctrine administrative ne semble pourtant pas aller dans ce sens. L'administration admet, en effet, que les brevets délivrés par voie nationale dans les pays étrangers entrent dans le champ d'application de l'article 39 terdecies, 1 du CGI, à condition qu'ils concernent une invention qui a également fait l'objet de la délivrance d'un brevet français[10]. Par conséquent, les produits de cession ou de concession d'un logiciel breveté et enregistré dans un pays ayant une conception moins restrictive de la brevetabilité ne peuvent en principe bénéficier en France d'une imposition au taux réduit. Comme le signale Franck Le Mentec dans son étude intitulée « Brevets de logiciels détenus par des sociétés françaises : aspects fiscaux », une telle analyse peut apparaitre contestable « en ce qu'elle introduit une restriction qui n'est pas prévue par la loi[11]».

S'agissant désormais du traitement fiscal des revenus de source étrangère perçus par des sociétés françaises exploitant des brevets de logiciels, l'analyse française du traitement des produits de logiciels de source étrangère peut conduire à des conflits de qualification lorsque le logiciel en question est breveté à l'étranger. Dans cette hypothèse, l'Etat de la source peut considérer que le revenu en cause constitue des redevances de brevet tandis que l'administration française peut potentiellement retenir les qualifications de redevances de droit d'auteurs ou bien de bénéfices d'entreprises. Dans le premier cas, les conventions fiscales prévoient parfois des traitements fiscaux plus intéressants qu'en matière de brevets. Tel est notamment le cas de la convention Franco-canadienne qui prévoit une exonération de retenue à la source pour les droits d'auteurs, alors qu'un taux de 15% s'applique pour les redevances de brevets. Dans le second cas, l'Etat de la source pourra prélever une retenue à la source, qualifiant les paiements de redevances de brevet, et la France refuser l'imputation d'un crédit d'impôt en les considérant comme des bénéfices d'entreprises. Il résultera donc de cette situation une double imposition particulièrement contrariante.

Ces difficultés de qualification proviennent essentiellement des multiples interprétations qui peuvent être données au terme de « brevet » dans les conventions fiscales internationales. En conséquence, demeure sans réponse précise le point de savoir si les brevets de logiciels déposés par des sociétés françaises dans un autre Etat peuvent bénéficier de la qualification de brevet au sens des conventions.

Comme l'indique Franck Le Mentec[12], une lecture stricte et littérale des conventions conduit normalement à considérer que lorsque le traité ne distingue pas selon que le brevet est enregistré dans l'Etat de la source, dans l'Etat de la résidence, ou dans un Etat tiers, alors il n'y a pas lieu de distinguer et la qualification de brevet s'impose partout. Par conséquent, sauf stipulation expresse contraire, le terme « brevet » utilisé dans les conventions couvre a priori les brevets de logiciels, quel que soit l'Etat dans lequel ils ont été enregistrés.

Bien que cette interprétation semble s'imposer, le droit positif ne permet pas de la confirmer. Par conséquent, reconnaitre la brevetabilité des logi-

10 BOI 4 B-2-92§ 4, in fine.

11 Brevets de logiciels détenus par des sociétés françaises : aspects fiscaux, Franck Le Mentec, Dr.fisc n°36, 3 septembre 2009, 435.

12 Ibid.

ciels en France et en Europe pourrait permettre, non seulement, de renforcer la compétitivité fiscale du pays à l'égard des entreprises exploitant des logiciels informatiques, mais encore de renforcer la sécurité juridique à laquelle elles aspirent.

Malgré des dispositions attractives, la fiscalité française applicable aux brevets d'invention semble actuellement souffrir d'un retard par rapport à celle de ses homologues étrangers dont les régimes peuvent inciter les entreprises à transférer leurs incorporels, et ce à plus d'un titre. Toutefois, le choix d'un tel transfert se heurte à la question de son coût. La solution d'une réforme pourrait donc s'avérer tout aussi profitable à l'Etat français qu'à ses contribuables.

UN JURISTE ?
UN COLLABORATEUR ?
UN STAGIAIRE ?

Des milliers de CV disponibles
sur carrières-juridiques.com
le site spécialisé des métiers du droit.

Carrières-Juridiques.com
OFFRES D'EMPLOI DES MÉTIERS DU DROIT

Conseil

Expertise

Défense

Notre cabinet est spécialisé en stratégies fiscales et juridiques.

Nos équipes d'avocats fiscalistes et juristes conseillent les entreprises en anticipant et en maîtrisant l'ensemble des enjeux auxquels elles se trouvent confrontées, tout en améliorant les performances de leurs activités, grâce à des solutions innovantes, globales et opérationnelles.

Taj est membre de Deloitte Touche Tohmatsu et à ce titre accompagne ses clients mondialement grâce à l'expertise des 25 000 fiscalistes de Deloitte.

taj SOCIÉTÉ D'AVOCATS

BORDEAUX
19, boulevard Alfred Daney
BP 80105
33041 Bordeaux cedex
Tel : 05 57 19 51 00
Fax : 05 57 19 51 01

LILLE
83, rue de Luxembourg
59777 Euralille
Tel : 03 20 14 94 20
Fax : 03 20 14 94 29

LYON
Immeuble « Park Avenue »
81, boulevard de Stalingrad
BP 41262
69608 Villeurbanne cedex
Tel : 04 72 43 37 85
Fax : 04 72 43 39 94

MARSEILLE
10, place de la Joliette
Les Docks – Atrium 10.4
BP 62544
13567 Marseille cedex 02
Tel : 04 91 59 84 75
Fax : 04 91 59 84 79

TOURS
19, rue Edouard Vaillant
BP 4314
37043 Tours cedex 1
Tel : 02 47 60 88 40
Fax : 02 47 60 88 41

Société d'Avocats inscrite au Barreau des Hauts de Seine

181, avenue Charles de Gaulle
92524 Neuilly-sur-Seine
Tel : 01 40 88 22 50
Fax : 01 40 88 22 17

www.taj.fr
www.taj-strategie.fr

Member of
Deloitte Touche Tohmatsu Limited