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

REVUE DE FISCALITE DE L'ENTREPRISE

Fiscalit□ interne
La nouvelle gestion des déficits fiscaux de l'entreprise
Par D. Kany-Bourcart et B. Knadjian

L'imprécise portée de la condition de durée de détention des titres du régime mère-fille
Par D. Moati-Marcozzi et J. Bourgeois

Fiscalit□ europ□enne
La libre circulation des pertes au sein de l'Union européenne
Par M. Sabonnadière et T. Lambert

Fiscalit□ internationale
Evasion / optimisation : une frontière à surveiller !
Par A. Abouth et A. Chastel

DAUPHINE UNIVERSITÉ PARIS

n□3
Juin 2013

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

"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

Taxons les entreprises déficitaires !

L'impôt sur les sociétés présente un inconvénient majeur : il suppose un bénéfice imposable. Si l'entreprise accuse des pertes, aucun impôt n'est en principe dû. Or l'entreprise a aujourd'hui une responsabilité sociétale accrue. Elle doit sauver la planète du réchauffement climatique, endiguer la faim dans le monde, apporter le bonheur à tous ses salariés, ses clients, ses fournisseurs. Elle est même tenue de lutter contre un mal redoutable, la cupidité. Traitement de choc pour les actionnaires, privés de leurs dividendes –et accessoirement de leurs plus-values-, diète rigoureuse pour les dirigeants. Ainsi devenue une citoyenne modèle, l'entreprise ne peut se soustraire à l'impôt, car payer des impôts est un honneur autant qu'une charge.

Fort heureusement, dans sa géniale créativité, le législateur a imaginé une imposition forfaitaire annuelle pour les sociétés déficitaires. Il faut avouer qu'une entreprise dont le chiffre d'affaires dépasse la rémunération astronomique d'Ibrahimovic est forcément suspecte lorsqu'elle annonce des pertes. La contribution réclamée est d'ailleurs d'un montant bien faible comparé à l'infâme trahison commise. Comment, en cette période de guerre contre les déficits publics, une société ose-t-elle afficher un déficit ? Le législateur aurait pu, et même dû, être beaucoup plus sévère contre ces entreprises antipatriotiques.

Contre toutes attentes, un gouvernement félon a voulu supprimer cette admirable disposition qui permettait, enfin, de taxer toutes les sociétés : les riches comme les pauvres, les biens portantes comme les agonisantes. En 2014, il n'y aura plus d'imposition forfaitaire annuelle. À moins, bien sûr, que la majorité parlementaire actuelle, dans sa clairvoyance quasi divine, ne décide de la ressusciter. Car les différentes réformes fiscales récentes présentées dans ce numéro nous enseignent une chose : tout est possible, le pire comme le bien pire.

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

N° ISSN : 2117-5756

Directeur de la publication et de la rédaction :
Thibaut Massart

Comité Scientifique :
J□r□me BARR□, Avocat, Franklin, Associ□, D□partement Droit Fiscal
Beno□t BEC, Avocat Cabinet Ars□ne Taxand,
Xavier BERRE, Avocat Cabinet Baker & McKenzie
Dominique BOREL, Ma□tre de conf□rences □ Universit□ Paris Dauphine
Juliette BOURGEOIS, Senior Tax Director GE Power Conversion
Arnaud CHASTEL, Avocat, associ□ cabinet Landwell et associ□s
Franck DEMAILLY, Avocat, associ□ Ducellier Avocats
Fr□d□ric DOUET, Professeur à l'Université Paris-Dauphine
Gauthier HALBA, Directeur fiscal de JC Decaux
Bruno KNADJIAN, Avocat Cabinet Hogan Lovells LLP
B□rang□re LEFEBVRE, Fiscaliste groupe Total
Magali LEVY, Avocate Ernst & Young, société d'avocats
Thibaut MASSART, Professeur à l'Université Paris Dauphine
Mathieu MIDRIER, Fiscaliste, BNP Paribas SA
Laurence PASSERON, Fiscaliste internationale, Alcatel Lucent France
Philippe PREST, Avocat Cabinet CCPE
Jean-Marc PRIOL, Avocat, associ□ cabinet Landwell & Associ□s
Julien RIAHI, Avocat Cabinet Baker & McKenzie

SOMMAIRE

FISCALITE INTERNE

L'imprécise portée de la condition de durée de détention des titres du régime mère-fille
Par D. MOATI – MARCOZZI et J. BOURGEOIS P. 5

La nouvelle gestion des déficits fiscaux de l'entreprise
Par D. KANY-BOURCART et B. KNADJIAN P. 11

La limitation de l'exonération des plus-values de cession de participations : La fin de la niche Copé ?
Par I. BUTTIN et F. VIGNALOU P. 19

La nouvelle limitation générale de la déductibilité des charges financières
Par C. DELSOL et L. VÉDIE P. 27

La petite rétroactivité des lois de finances : les remèdes possibles à une perversion du droit fiscal
Par M. CHABBERT P. 35

FISCALITÉ EUROPÉENNE

La libre circulation des pertes au sein de l'Union Européenne
Par M. SABONNADIÈRE et T. LAMBERT P. 41

Transfert du siège social intracommunautaire et liberté d'établissement : une mise en conformité inachevée?
Par V. VIALARD et E. CHARTIER P. 49

Décisions de la CJUE et application par les juridictions suprêmes nationales contestée par le contribuable : des voies de recours restent ouvertes !
Par A. MERCERON et J.-L. DARDANNE P. 57

FISCALITÉ INTERNATIONALE

Evasion / optimisation : une frontière à surveiller !
par A. ABOUTH et A. CHASTEL P. 65

FATCA : La chaîne de paiements au cœur du dispositif de lutte active contre l'évasion fiscale
par E. GEOFFROY et D. CHRÉTIEN P. 73

L'arbitrage fiscal international : vers une solution aux différends fiscaux inter-états ?
Par C. PUISEUX et Ph. THIRIA P. 81

L'IMPRÉCISE PORTÉE DE LA CONDITION DE DURÉE DE DÉTENTION DES TITRES DU RÉGIME MÈRE-FILLE

Denis MOATI - MARCOZZI, *Master II Fiscalité de l'Entreprise, Université Paris Dauphine*

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

Pour être qualifiée de société « mère », et bénéficier de l'exonération des dividendes reçus, une société doit-elle vraiment détenir pendant deux ans chacun des titres de participation de ses filiales ? L'absence de précision quant à la notion de « titres de participation » permet à l'Administration fiscale d'adopter une lecture particulièrement contraignante de la condition de durée de détention contestable au regard de la genèse du régime et des dispositions de la Directive mère-fille.

L'importance des groupes de sociétés dans notre économie impose au Législateur de s'assurer de la neutralité fiscale des structures de groupe, afin que la fiscalité ne constitue pas un obstacle à leur formation. Cette neutralité suppose la suppression des frottements fiscaux lors de la remontée des bénéfices depuis les filiales vers la société mère. Elle est assurée par la combinaison des articles 145 et 216 du Code général des impôts (CGI), dont résulte le régime mère-fille. Ce régime prévoit que les dividendes versés par une filiale à sa société mère sont retranchés du bénéfice net total de l'exercice, à l'exception d'une quote-part de frais et charges de 5 % du montant de ces dividendes. Autrement dit, les dividendes versés sont exonérés entre les mains de la société mère, à l'exception d'une quote-part de 5 % de ces dividendes qui est imposée au taux normal de l'impôt sur les sociétés (IS)[1]. Cette exonération entraine, au-delà de l'objectif de neutralité fiscale de la structure des groupes, un manque à gagner important pour l'Etat [2]. C'est pourquoi le souci d'éviter les fraudes à l'impôt fut au centre des débats dès la création du régime et, afin d'éviter la détention de titres « *dans un simple but de spéculation* », le champ d'application du régime a été limité. Pour pouvoir bénéficier du régime d'exonération des dividendes, la société mère doit ainsi pouvoir répondre aux conditions prévues au 1° de l'article 145 du CGI qui précise que le régime fiscal des sociétés mères est applicable aux sociétés qui détiennent des participations qui représentent 5 % du capital social de la société émettrice. Le c du 1° de l'article 145 ajoute que «*les titres de participation doivent avoir été conservés pendant un délai de 2 ans*».

Une fois les conditions d'entrée dans le régime vérifiées (article 145), celui-ci s'applique à la société ainsi qualifiée de société mère (article 216).

Les conditions d'entrée au régime ont fait l'objet de modifications, notamment en 2005[3] avec la suppression de la distinction entre les parts non souscrites à l'émission, qui ne pouvaient bénéficier de l'exonération qu'à la condition pour la société mère de prendre l'engagement de détenir pendant deux ans ces titres, et les parts souscrites à l'émission qui n'étaient pas

1 CGI, Art. 216 : « Les produits nets des participations, ouvrant droit à l'application du régime des sociétés mères et visées à l'article 145, touchés au cours d'un exercice par une société mère, peuvent être retranchés du bénéfice net total de celle-ci, défalcation faite d'une quote-part de frais et charges.
La quote-part de frais et charges visée au premier alinéa est fixée uniformément à 5 % du produit total des participations, crédit d'impôt compris ».

2 Conseil des prélèvements obligatoires. (2010). Entreprises et «niches» fiscales et sociales. Paris: Cour des Comptes : Le régime mère-fille est couteux, et l'évolution du coût de la mesure est exponentiel depuis les années 1990, étant passé de 2,5 milliards de Francs en 1990 à 34,9 milliards d'Euros en 2009, soit un passage de 0,1 % du PIB à 1,8 % du PIB.

3 Loi n° 2005-1720 du 30 décembre 2005 de finances rectificative pour 2005, art. 39.

soumises à une telle condition de durée de détention. Désormais, la distinction ainsi que l'engagement formel de détention sont supprimés, mais le bénéfice définitif de l'exonération est conditionné à la détention des titres de participation pendant une durée de deux ans. Si une instruction administrative de 2007 est venue préciser les modalités d'application de ce texte[4], une question persiste en raison de l'imprécise rédaction de la loi et de l'instruction : quels sont les titres auxquels la condition de détention pendant deux ans vise à s'appliquer ? Soit le législateur a imposé une condition de détention de deux ans portant sur un niveau global de participation de 5 %, soit cette condition doit être appliquée individuellement aux titres qui composent cette participation. La première conception est plus souple en ce qu'elle permet à une société une totale liberté de gestion de ses titres. En effet, dès lors que la condition de détention d'un niveau de participation de 5 % est vérifiée pendant deux ans, elle bénéficie de l'exonération des dividendes versés sur l'intégralité des titres détenus, même si certains sont vendus avant 2 ans. Une telle possibilité n'est pas ouverte si les titres doivent individuellement répondre à la condition de détention de deux ans.

Pourtant, c'est cette seconde approche qui est retenue par l'Administration fiscale, dont l'interprétation des conditions de l'article 145 du CGI soulève des difficultés (I) et contredit les dispositions de la Directive mère-fille, dont les articles 145 et 216 du CGI doivent pourtant assurer la transcription en droit interne (II).

I. L'INTERPRÉTATION DE L'ADMINISTRATION

La rédaction imprécise de l'article 145 du CGI a conduit l'Administration fiscale à interpréter la portée de la condition de détention des titres de participation (A), mais cette lecture semble contraire à l'intention du législateur (B).

A. La condition de durée de détention vue par l'Administration fiscale

Dans un arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Versailles du 16 juillet 2012[5], l'Administration fiscale défend la thèse selon laquelle les titres de participation détenus par la société mère doivent individuellement répondre à la condition de détention de deux ans afin de bénéficier du régime mère-fille. Bien que rendue sous l'égide de l'ancienne rédaction de l'article 145 du CGI, la solution peut être étendue à sa nouvelle rédaction, du moins en ce qui concerne la conception retenue par l'Administration fiscale des participations éligibles au régime mère-fille.

Dans cette affaire, la société Artémis Conseil détient une participation de plus de 5 % des titres de la société PPR dont elle souscrit à une augmentation de capital. Avant le terme de l'engagement de détention de deux ans sur les titres de participation, elle souscrit sur ces titres une convention de prêt pour une durée de trois mois, mais conserve une participation de plus de 5 % dans la société PPR la rendant, selon elle, éligible au régime des sociétés mères. L'Administration fiscale remet cependant en question le bénéfice des dispositions de l'article 216 du CGI, considérant que, suite au prêt de certains de ses titres, la société Artémis Conseil ne disposait plus de 5 % des titres de participation. Les modalités de calcul du niveau de participation retenu par l'Administration révèlent la manière dont elle entend la notion de participation au sens de l'article 145 du CGI.

En effet, l'arrêt indique que "*pendant cette période de trois mois, et déduction faite des 202 475 actions PPR souscrites à l'émission et libres de tout engagement, le taux de participation au capital de la société Pinault Printemps Redoute n'était plus que de 4 % ;*", et d'ajouter, "*et déduction faite des actions souscrites à l'émission, la SA Artémis Conseil ne justifie par d'avoir détenu au moins 5 % du capital de la société émettrice, sans discontinuité, pendant une période de deux ans*". Il ressort des termes de l'arrêt que, exclusion faite des titres prêtés, la société Artémis Conseil pouvait justifier d'un niveau de détention de 5 % dans la société PPR. Cependant l'Administration considère que ce niveau de détention durant deux ans doit s'apprécier "*déduction faite des actions souscrites à l'émission*", distinguant ainsi différentes lignes de titres pour l'application de la condition de durée de détention de deux ans.

4 BOI 4 H307, n° 39 du 19 mars 2007.
5 CAA Versailles 16 juillet 2012 n°10VE02622, 3e ch., SA Artémis Conseil.

Cette distinction impose, *de facto*, une obligation de détention de deux ans portant individuellement sur chacun des titres composant la participation.

Cependant, il résulte de l'articulation des articles 145 et 216 du CGI que l'objet de l'article 145 est de définir les sociétés éligibles au régime mère-fille. En effet, en l'absence de définition unique des sociétés mères[6], leur qualification dépend du régime étudié et donc, dans le cas du régime mère-fille, de la définition de la notion de participation. Cette notion ne fait pas l'objet d'une définition fiscale propre, et demande donc que l'on revienne à la lettre du texte. A ce titre, il convient de relever que les articles du CGI relatifs au régime mère-fille emploient les termes de « *participations détenues* » et non de « *titres détenus* », les deux notions devant donc être distinguées [7]. Celle de participation doit s'entendre comme un ensemble au sein duquel les titres peuvent entrer et sortir librement, et non comme des titres considérés de manière compartimentée qui doivent individuellement être détenus au moins pendant deux ans. Cet ensemble de titres donne droit à la qualification de société mère dès lors que le niveau de détention global de 5 % est atteint, tout en permettant la libre entrée et sortie des titres qui composent cet ensemble, qualifié de « *participation* ». Imposer une condition de détention de deux ans à chaque titre revient à confondre les notions de titre et de participation, et entraine des conséquences majeures quant aux possibilités de restructuration du groupe ou quant aux modalités de détention des titres de participation par la société mère.

B. Une lecture aux conséquences majeures, contraires à l'esprit de la loi

La principale conséquence de la lecture faite par l'Administration fiscale des conditions de détention consiste en des difficultés majeures de restructuration pour les groupes, notamment dans le cadre d'une réduction de capital de la filiale. Lorsqu'elle n'est pas motivée par les pertes, celle-ci peut être réalisée par diminution de la valeur nominale des titres ou par annulation des titres. Cependant, la réduction du capital social via la diminution de la valeur nominale des titres nécessite l'accord unanime des associés. Dès lors, en présence de minoritaires, une telle réduction s'avère, en pratique, impossible et la société mère doit avoir recours à l'annulation de ses titres qui est possible sans l'accord des minoritaires[8]. Dans cette situation, la société mère qui conserverait néanmoins un niveau de détention de 5 % des titres de sa filiale après la réduction du capital se verrait toutefois remettre en cause le bénéfice de l'exonération des dividendes si les titres annulés étaient détenus depuis moins de deux ans … alors même qu'elle pourrait avoir maintenu une participation similaire dans ladite filiale.

Or ajoutons que la réduction du capital social est considérée comme une opération préalable permettant de faciliter une fusion[9]. Ainsi, alors même que la fusion de deux sociétés ne remet pas en cause l'exonération antérieure des dividendes versés si la fusion a lieu avant l'échéance des deux ans[10]… une réduction de capital

6 CE 20 février 2012 n° 321224, 10e et 9e s.-s., Sté civile Participasanh, RJF 5/12 n° 454, conclusions du rapporteur public.

7 Art. 145, 9 CGI : 9. Une participation détenue en application des articles L. 512-47, L. 512-55 et L. 512-106 du code monétaire et financier ou de l'article 3 de la loi n° 2006-1615 du 18 décembre 2006 ratifiant l'ordonnance n° 2006-1048 du 25 août 2006 relative aux sociétés anonymes coopératives d'intérêt collectif pour l'accession à la propriété qui remplit les conditions ouvrant droit au régime fiscal des sociétés mères autres que celle relative au taux de participation au capital de la société émettrice peut ouvrir droit à ce régime lorsque son prix de revient, apprécié collectivement ou individuellement pour les entités visées ci-dessus, est au moins égal à 22 800 000 €.

8 R. Mortier, Opérations sur capital social, aspects juridiques et fiscaux, toutes sociétés, Lexis Nexis, Litec, 2010, p. 470.

9 Les réductions de capital social sont utilisées préalablement aux fusions, de telle sorte que le code de commerce prévoit une procédure simplifiée pour cette réduction lorsqu'elle est préalable à une fusion. Article R225-156 Code de commerce : « Les dispositions des articles R. 225-153 à R. 225-155 ne sont pas applicables lorsque l'assemblée générale, pour faciliter une augmentation du capital, une émission de valeurs mobilières donnant accès au capital, une fusion ou une scission, a autorisé le conseil d'Administration ou le directoire, selon le cas, à acheter un petit nombre d'actions en vue de les annuler.
L'achat réalisé dans les conditions prévues à l'alinéa précédent ne peut porter, au cours d'un même exercice, que sur un nombre d'actions représentant au plus 0,25 % du montant du capital social.
Les commissaires aux comptes donnent, dans leur rapport sur l'opération projetée, leur avis sur l'opportunité et les modalités de l'achat d'actions envisagé. »

10 CGI, art. 145, 1, c.

permettant de faciliter cette même fusion entrainerait, au contraire, la remise en cause de ladite exonération. Dès lors, la conception de l'Administration de la notion de participation éligible ne peut être retenue pour des questions de cohérence fiscale, mais également en raison des freins aux restructurations qu'elle crée, ce en dépit même des objectifs du régime.

Issu de la loi du 31 juillet 1920, le régime mère-fille vise en effet à favoriser le développement des sociétés qui «*créent des filiales dont elles gardent les titres dans leur portefeuille. Ces organismes financiers, qui se composent d'une part de la société mère, « l'omnium », d'autre part des sociétés filiales, rendent possibles des ententes entre sociétés pour favoriser leur développement commun*[11] ». L'objectif affiché est donc de favoriser les synergies entre la mère et ses filiales afin d'accélérer leur expansion. Cela passe par la suppression des frottements fiscaux lors de la distribution des dividendes entre sociétés du groupe, mais également par la possibilité de structurer le capital des sociétés filiales librement, s'il existe bien un lien entre la mère et sa filiale. Pour s'assurer de la réalité de ce lien et exclure les prises de positions spéculatives, le Législateur a limité le champ d'application du régime aux seules sociétés qui exercent un réel contrôle sur leurs filiales[12].

Cependant, la nécessité de lutter contre les possibilités de fraudes fiscales ouvertes par le régime mère-fille ne doit pas pour autant conduire le Législateur à des excès inverses, en supprimant le bénéfice à certaines sociétés dont les liens capitalistiques sont tels que la relation mère-fille ne peut être remise en question. Les conditions d'entrée au régime ont de nombreuses fois été assouplies, permettant une certaine liberté dans la structuration des titres de participation par la société mère. Tel est le cas de la suppression de « *l'exigence d'un droit de vote attaché à chacun des titres de participation, dès lors que la société mère détient par ailleurs des titres représentatifs d'au moins 5 % du capital et des droits de vote de la société émettrice*" opérée par la loi de finances rectificative pour 2005[13]. En effet, dès lors que la société mère dispose de suffisamment de droits de vote pour assurer son contrôle effectif sur la filiale, le fait de sortir les titres sans droit de vote du bénéfice du régime ne permet en rien de limiter les possibilités de fraude au régime.

Si le contrôle de la filiale a bien été démontré par le respect de conditions portant sur le niveau de détention de capital et de droit de vote, le fait d'imposer des exigences supplémentaires conduirait à freiner la constitution de groupes et les possibilités de restructuration, objectif pourtant affiché. C'est pourquoi la condition de droit de vote attachée individuellement aux titres pour bénéficier du régime a été supprimée.

Le Législateur montre ainsi que les conditions posées par l'article 145 du CGI ont vocation à s'appliquer à un niveau global de détention, mais sans pour autant exiger que les titres de cette participation soient individuellement soumis à des conditions particulières. En effet, de telles mesures sont inutiles pour s'assurer de la réalité des relations entre la mère et la fille, qui ne sont influencées que par un niveau global de détention. Un tel raisonnement doit être étendu à la condition de durée de détention des titres de participation, dont le but est de garantir la stabilité et la pérennité des relations entre la mère et sa fille. Imposer une condition individuelle de durée de détention aux titres ne permet en rien d'assurer un tel objectif, son exigence est donc superflue et ajoute à la loi.

Il ressort de cette première analyse que la lecture de l'Administration des conditions de détention des

11 Loi du 31 juillet 1920 portant fixation du budget général de l'exercice 1920, art. 27.

12 Voir en ce sens l'arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Versailles du 29 janvier 2013 (CAA Versailles n° 11VE03279, 29 janvier 2013) qui exclut les cessions d'actions d'autocontrôle du bénéfice du régime mère-fille, en application du b. ter du 6° de l'article 145 du CGI, qui prévoit que les titres sans droit de vote ne bénéficient en principe pas du régime prévu à l'article 216 du CGI, et de l'article L233-31 du Code de commerce qui ajoute que « *lorsque des actions ou des droits de vote d'une société sont possédés par une ou plusieurs sociétés dont elle détient directement ou indirectement le contrôle, les droits de vote attachés à ces actions ou ces droits de vote ne peuvent être exercés à l'assemblée générale de la société. Il n'en est pas tenu compte pour le calcul du quorum* ». Dès lors les droits de votes détenus par une première société dans une seconde ne sont pas pris en compte pour le calcul du niveau de participation si la première société est, en fait, détenue par la seconde. Cela montre que les conditions d'entrée au régime des sociétés mères permettent d'assurer un contrôle effectif de la mère sur ses filiales, comme le précise le considérant n°8 de l'arrêt précité : « *le législateur a entendu réserver le bénéfice de ce régime de faveur aux sociétés mères exerçant un certain contrôle sur la gestion de leurs filiales par l'exercice du droit de vote attaché aux titres qu'elles possèdent* ».

13 Loi n° 2005-1720 du 30 décembre 2005 de finances rectificative pour 2005, art. 39.

titres ajoute à la loi, et résulte d'une imprécision dans la rédaction des textes applicables. En présence d'une telle imprécision, il convient de se reporter à la Directive mère-fille[14], dont les articles 145 et 216 doivent permettre la transcription en droit interne.

II. L'ÉCLAIRAGE DE LA DIRECTIVE

Face aux imprécisions du droit interne, la lecture de la Directive permet de déterminer les conditions de la mise en œuvre du régime mère-fille (A), dont le législateur a considéré que la transposition en droit interne ne demandait pas d'adaptation, le jugeant d'ores et déjà compatible avec les dispositions de la Directive (B).

A. La Directive mère-fille infirme la lecture de l'Administration

La Directive du Conseil 90/435/CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents a pour objectif d'éliminer les obstacles fiscaux liés à la distribution des bénéfices entre sociétés mères et filiales d'Etats membres différents, via l'élimination des retenues à la source sur les dividendes versés et la prévention des doubles impositions. Pour bénéficier de l'exonération, les sociétés doivent répondre à la définition de société mère, telle qu'elle ressort des critères imposés aux articles 2 et 3 de la Directive, notamment l'obligation faite à la société mère de détenir un pourcentage minimum de 10 % du capital de sa filiale. A ce titre, la Directive donne la possibilité aux Etats membres de durcir, au moment de la transposition en droit interne, les conditions imposées pour répondre à la qualification de société mère en remplaçant le critère de détention dans le capital par celui de détention de droits de vote. Elle permet également d'imposer la détention durant deux ans au moins "*d'une participation donnant droit à la qualité de société mère*" [15].

Tout comme l'article 145 du CGI, l'article 3 de la Directive mère-fille est rédigé en deux temps et doit être lu de la manière suivante : les sociétés mères sont en principe définies comme celles qui détiennent une participation de 10 % au moins dans le capital de la filiale. Par dérogation cependant les Etats peuvent ajouter une condition de détention de deux ans sur la « *participation donnant droit à la qualité de société mère* ». L'article 3 définit donc la participation rendant éligible comme un niveau global de détention puis, dans un second temps, permet l'ajout de conditions supplémentaires portant sur cette participation éligible, c'est-à-dire un niveau de détention global de 10 %.

L'analyse des termes de la Directive permet donc de conclure que la condition de durée de conservation de la participation qualifiante porte sur la quote-part de 10 % et non sur les titres qui composent cette quote-part. Or les articles 145 et 216 du CGI constituent la transposition en droit interne de la Directive, et le principe d' «*interprétation conforme*» impose aux Etats membres de transposer en droit interne les Directives en utilisant un vocabulaire conforme au sens communautaire, et ce indépendamment de toute qualification préexistante en droit interne [16]. Dès lors, la notion de participation au sens de l'article 145 du CGI doit nécessairement correspondre à celle de la Directive.

S'agissant de l'obligation de détention depuis deux ans de la participation éligible, la CJUE a affirmé, dans l'arrêt Denkavit International BV du 17 octobre 1996 "*[...] que la faculté, pour les Etats membres, de prévoir une période minimale pendant laquelle la société mère doit détenir une participation dans la filiale, dès lors qu'elle constitue une dérogation au principe de l'exemption de la retenue à la source prévu à l'article 5 § 1 de la Directive, doit faire l'objet d'une interprétation stricte. Elle ne saurait donc recevoir, au détriment des entreprises bénéficiaires, une interprétation allant au-delà des termes mêmes de l'article 3 § 2"* [17].

Or, à la lecture de l'article 3 de la Directive, force est de constater que celle-ci ne permet en aucune façon d'appliquer la condition de détention de deux ans à l'intégralité des titres qui composent la participation.

14 Directive 90/435/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents

15 Directive 90/435/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, art. 3.

16 Rep. Communautaire Dalloz, Directive, n°38 et s.

17 CJCE 17 oct.1996 Denkavit International BV et autres C-283/94, C-291/94, C292/94 § 27.

Seule une référence explicite est faite à la participation éligible de 10 %. Dès lors, les Etats qui imposent une condition de détention individuelle interprètent la Directive en allant au-delà de ses termes et adoptent par là même une mesure unilatérale restrictive. En effet, pour répondre aux exigences communautaires de transposition des Directives, seules sont permises les dérogations prévues par le texte de la Directive et toute condition supplémentaire est prohibée[18]. Autrement dit, la transposition peut être faite de manière moins restrictive, mais ne peut en aucun cas aller au-delà des exceptions prévues et se révéler plus stricte que la Directive.

B. L'article 145 du CGI : un dispositif supposé moins strict que la Directive

Selon les travaux préparatoires de la loi de finances rectificative pour 1991, la Directive dispose que « *les Etats membres doivent s'abstenir de taxer, au nom de la société mère, les bénéfices qui sont versés par les filiales. Toutefois, la législation française comporte déjà un dispositif permettant de répondre à ce deuxième impératif. Institué par les articles 145 et 216 du CGI, le régime mère-fille [...] présente en outre des conditions d'accès moins restrictives que celles envisagées au plan européen. Dans ces conditions les seules adaptations qu'il est indispensable d'introduire dans notre législation portent sur la retenue à la source »*[19].

Autrement dit, selon le Législateur, la transposition en droit interne de la Directive mère-fille ne demandait pas d'aménagement particulier dans la mesure où le régime préexistant en droit français permettait d'ores et déjà la mise en œuvre de ses dispositions, et ce de manière moins restrictive. Il faut donc entendre que, dans l'esprit du Législateur, les conditions imposées par l'article 145 du CGI permettent au moins aux sociétés éligibles au régime de la Directive de bénéficier de l'exonération prévue à l'article 216 du CGI, voire même à plus de sociétés. Dès lors que la Directive permet aux Etats de poser des conditions portant sur un niveau de participation et non sur les titres qui la composent individuellement et que le régime français est supposé être moins restrictif, comment justifier l'application de cette condition sur les titres qui composent la participation ? Si le Législateur n'a pas modifié l'article 145 du CGI suite à la Directive, c'est de manière évidente parce qu'il considérait que les sociétés éligibles selon la Directive bénéficiaient déjà du régime des sociétés mères en France.

Abonde en ce sens l'introduction par la loi de finances rectificative pour 1991 de l'article 119 ter du CGI permettant l'exonération de retenue à la source les dividendes versés à une société d'un autre Etat membre[(20)], dont la rédaction ne laisse pas place au doute quant à la définition de participation qualifiante. Cet article prévoyait, dans sa rédaction initiale de 1991, que la société bénéficiaire devait «*Détenir directement, de façon ininterrompue depuis deux ans ou plus, 25 p. 100 au moins du capital de la personne morale qui distribue les dividendes*». Le Législateur a, dans ce cas, très clairement précisé la notion de participation à laquelle la condition de durée de détention doit être appliquée : la participation correspond au niveau de détention de 25 % du capital et ne vise pas à s'appliquer individuellement aux titres qui la composent.

Ainsi, il ressort de la rédaction sans ambiguïté de l'article 119 ter du CGI et des travaux préparatoires de la loi de finances rectificative pour 1991 que la notion de participation au sens de l'article 145 du CGI doit être entendue comme un niveau de détention global auquel soit s'appliquer la condition de détention de deux ans. Le Législateur a eu, à de multiples occasions, l'opportunité de clarifier sa position, mais a considéré que le régime n'avait pas besoin d'adaptation en raison de son caractère supposé moins restrictif que la Directive. S'agit-il d'une négligence ou d'une véritable intention? La seule certitude est qu'à défaut d'une clarification, par le Législateur lui-même ou par le juge, il résulte de la lecture de l'article 145 du CGI une ambiguïté dommageable pour les groupes de sociétés.

18 CJCE, 23 nov. 1989, ParfümerieFabrik 4711 c/Provide, aff. 150/88, Rec. 3891.
19 Rapport Sénat, N° 175, fasc. 1 – 7 du 12 décembre 1991.

LA NOUVELLE GESTION DES DÉFICITS FISCAUX DE L'ENTREPRISE

Diane KANY-BOURCART, *Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris Dauphine*

Bruno KNADJIAN, *Avocat à la Cour, Hogan Lovells LLP*

Source potentielle d'économie d'impôts, les déficits fiscaux constituent un enjeu primordial de la stratégie fiscale des entreprises. Les marges de manœuvres offertes par la législation pour les utiliser de manière optimale sont nombreuses et permettent notamment de réduire la base imposable des entreprises par l'imputation des pertes fiscales sur les exercices antérieurs ou suivants[1]. Dès lors, si économiquement la vision d'une société déficitaire renvoie à une situation défavorable, celle-ci n'est pas nécessairement subie d'un point de vue fiscal[2]. S'ils sont maîtrisés, les déficits fiscaux deviennent de véritables outils permettant une gestion optimale de la fiscalité de l'entreprise.

Bien conscient de l'avantage qu'ils procurent et des diminutions de recettes qu'ils engendrent pour l'Etat, le législateur avait pourtant fait le choix d'un régime particulièrement favorable aux entreprises. Le droit au report des pertes fiscales n'était l'objet que de très faibles restrictions, rendant ainsi le régime français particulièrement attractif. Depuis, l'Etat français a dû affronter la crise et son déficit public atteignant aujourd'hui 87,2[3] milliards d'euros. De nombreuses réformes ont ainsi été mises en œuvre ces deux dernières années afin de répondre à l'exigence de réduction budgétaire[4]. Dans la chasse aux abus fiscaux, le droit au report des déficits n'a pas été oublié. L'évolution défavorable des règles en la matière a ainsi eu un impact négatif pour les entreprises sur le montant de l'impôt sur les sociétés (I.) mais aussi, par ricochet, sur les autres impôts assis sur l'IS (II.). Ces dernières réformes incitent donc les entreprises à revoir la gestion de leurs déficits fiscaux.

I. LES RESTRICTIONS CROISSANTES AU DROIT AU REPORT DES DÉFICITS

Point de départ d'une série de réformes, la deuxième loi de finances rectificative pour 2011 du 19 septembre 2011[5] a considérablement restreint le régime d'imputation des déficits fiscaux (**A.**). De nouvelles contraintes ont également été introduites lorsque l'entreprise opère un changement d'activité ou une restructuration (**B.**).

A. L'évolution défavorable des règles d'imputation des déficits

De l'aveu même de l'administration fiscale, la maîtrise des déficits par l'entreprise est de « saine gestion »[6]. Les anciennes règles constituaient un levier de gestion fiscale important pour les entreprises. En effet, depuis 2004[7] et avant 2011, le principe avait été posé que les déficits étaient reportables en avant de manière illimité à la fois dans le temps et dans

1 Articles 209, I, alinéa 3 et 220 quinquies du Code Général des Impôts (ci-après « **CGI** »)
2 Gestion des déficits, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, dernière édition à jour du 1er février 1998, p.11.
3 Communiqué de presse, Ministère de l'Economie et des finances, 14 janvier 2013.
4 *Réforme du report des déficits fiscaux : les entreprises prises à revers*, Frédéric Gerner, Option finance n°1139, lundi 12 septembre 2011.
5 Loi de finances rectificative pour 2011, n°2011-11117, art. 2
6 Tables rondes avec la DVNI et les fiscalistes d'entreprises, Droit Fiscal n°50, 13 décembre 2012, 561
7 Avant 2004, le report n'était admis que sur les cinq exercices suivants.

leur montant[9]. Ce régime d'imputation illimitée des déficits fiscaux était très favorable en comparaison avec nos voisins européens. En Allemagne par exemple, le mécanisme de report en avant des déficits fiscaux (ou « carry forward ») est plafonné, tandis qu'il est limité à cinq ans en Italie. Le report en arrière des déficits fiscaux (ou « carry back »), quant à lui, permettait d'opter pour l'imputation sur les bénéfices des déficits de l'antépénultième exercice. Ceux-ci étaient imputables à hauteur de la fraction des bénéfices non distribuée[10]. Ce régime s'inspirait de ceux existant dans de grands Etats industriels comme le Japon, l'Allemagne et les Etats-Unis. Il était en outre le régime le plus favorable de l'Union européenne[11]. Cependant, dans ces pays, le Trésor rembourse aussitôt l'impôt antérieurement payé[12]. En France, la créance constatée est imputable sur l'IS dû ou remboursée cinq ans plus tard.

Sous l'impulsion de la convergence franco-allemande, la deuxième loi de finances rectificative pour 2011 est venue modifier les règles de report des déficits fiscaux. Pour les exercices clos à compter du 21 septembre 2011, l'article 220 quinquies, I, alinéa 1er du CGI prévoit désormais que le report en arrière ne porte que sur l'exercice précédent celui de l'apparition du déficit[13]. De plus, son montant est aujourd'hui limité à un million d'euros. Au regard du montant de leur résultat, cette limitation supprime l'intérêt de ce dispositif optionnel pour les grandes entreprises. En revanche, pour les petites et moyennes entreprises (« PME »), le « carry-back » reste un dispositif intéressant permettant de minorer leur bénéfice imposable.

S'agissant du report en avant des déficits, l'article 209, I, a. 3 du CGI modifié en 2011 a introduit un plafonnement du montant des déficits reportables. Désormais, les déficits sont intégralement imputables jusqu'à un million d'euros sur les résultats de l'exercice suivant. Au-delà de ce montant, la loi de finances avait prévu de limiter l'imputation à 60% de la fraction du bénéfice imposable qui excède un million d'euros. Depuis le 1er janvier 2013, ce pourcentage a été abaissé à 50% de la fraction du bénéfice imposable dépassant un million d'euros[14]. Cette modification résulte des débats sur le faible taux de taxation des grandes entreprises et établit ce que certains auteurs appellent un « impôt minimum » à hauteur de la moitié du bénéfice dépassant un million d'euros[15].

Si pour la majorité des entreprises, cette mesure provoque un effet timing sur la trésorerie en décalant le report des déficits dans le temps, elle a une incidence majeure sur certaines entreprises, et en particulier sur les sociétés ayant une activité de gestion immobilière. L'activité de ces sociétés est caractérisée par un résultat évolutif au cours de plusieurs périodes. Tout d'abord, ces sociétés connaissent une première phase au cours de laquelle elles réalisent d'importants investissements et par conséquent d'importants déficits. Lors d'une seconde phase d'exploitation, le résultat imposable issu de la perception de loyer est minoré par les charges d'intérêts, les amortissements et les déficits générés lors de la première période. Pour ces entreprises, le nouveau dispositif mis en œuvre ne crée pas seulement un coût de trésorerie dans le temps, mais aussi la perte définitive d'une partie des déficits disponibles lors de la cession de l'immeuble. En effet, si la société est créée uniquement pour les besoins de l'opération sur l'immeuble et que son activité cesse à la cession de celui-ci, le nouveau régime de l'article 209, I, a. 3 du CGI ne permet

8 Article 209, I, a. 3 du CGI dans sa rédaction en vigueur au 1er janvier 2004.
9 *Durcissement des mécanismes de report en avant et en arrière des déficits constatés par les entreprises soumises à l'IS*, RDF 2011, n°38, comm. 517.
10 Article 220 quinquies du CGI dans sa rédaction en vigueur au 1er janvier 1985.
11 Comm. fin. AN : Rapp. AN n° 3718, 31 août 2011
12 Précis de fiscalité des entreprises, M. Cozian, F. Deboissy, édition 2011/2012, 35ème édition, p.321
13 Loi de finances rectificative 2011, n°2011-1117, Article 2
14 Loi de finances pour 2013, n°2012-1509, 29 décembre 2012
15 *La gestion fiscale des déficits au sein du groupe, du point de vue national*, Philippe Neau-Leduc, RDF 2012, n°50, comm. 554.

pas de déduire les déficits résiduels qui sont alors définitivement perdus[16].

En outre, ces nouvelles règles d'imputation ont un impact dans le cadre d'un groupe fiscal intégré. Le régime d'intégration fiscale permet d'imputer les déficits sur le résultat d'ensemble déterminé au niveau de la société tête de groupe en utilisant le mécanisme de report en arrière ou report en avant des déficits fiscaux. Cependant, cette règle ne s'applique qu'aux déficits constatés à compter de la mise en place du groupe fiscal intégré. Les déficits antérieurs à l'intégration fiscale restent isolés au sein de la filiale déficitaire, celle-ci pouvant uniquement les utiliser pour la détermination de son résultat individuel.

Dans un contexte international, la question s'est posée de savoir si un groupe fiscal pouvait intégrer des filiales ou succursales à l'étranger. La CJUE dans un arrêt Marks & Spencer[17] a jugé que l'impossibilité pour un groupe fiscal d'intégrer une filiale étrangère dans l'objectif d'imputer ses pertes était contraire à la liberté d'établissement dès lors que les déficits en cause n'étaient pas utilisables dans l'Etat de résidence de la filiale étrangère. En France cette jurisprudence a eu un écho contrasté. D'une part, concernant surtout les grandes entreprises, les articles 223 A et 209 du CGI rendent impossible l'intégration d'une filiale ou d'une succursale étrangère. Cependant, depuis l'arrêt Papillon[18], un groupe fiscal français peut intégrer sa sous-filiale française détenue par l'intermédiaire d'une société située dans l'Union Européenne. Une fois intégrée, la sous-filiale pourra ainsi faire remonter ses déficits au niveau du résultat d'ensemble. D'autre part, le législateur a instauré un régime fiscal spécifique aux PME. En effet, l'article 209 C du CGI introduit par la loi de finances pour 2009 prévoit un régime en faveur du développement des PME à l'international. Ce régime permet aux PME françaises d'imputer sur leurs résultats imposables les déficits subis par leurs succursales ou filiales implantées à l'étranger. Les déficits étrangers imputés sont ensuite réintégrés au résultat imposable en France dès que l'entité étrangère génère des bénéfices, et dans la limite du cinquième exercice suivant celui de leur déduction.

Ainsi, les restrictions du droit au report des déficits ont un impact significatif sur le pilotage du résultat par les entreprises. En particulier, il est devenu très difficile pour les grandes entreprises de réduire leur charge fiscale à néant. Cela l'est d'autant plus lorsque l'entreprise entre dans un processus de réorganisation interne ou externe.

B. L'utilisation incertaine des déficits fiscaux en cas de changement d'activité ou de restructuration de l'entreprise

Le droit au report des déficits fiscaux est par principe exclut lors d'un changement réel d'activité et en cas de restructurations. Certaines précisions doivent cependant être apportées pour préciser les contours de ces régimes et les exceptions qu'ils comportent.

Selon l'article 221, alinéa 5 du CGI, le changement réel d'activité d'une entreprise emporte cessation d'activité, c'est-à-dire notamment la perte des déficits fiscaux en report. Toutefois, jusqu'à la deuxième loi de finances rectificative pour 2012[19], la notion de changement réel d'activité était floue. La jurisprudence adoptait une définition souple de cette notion. Dans un arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Douai du 21 juin 2012, la Cour a rappelé sa position selon laquelle il y a cessation d'entreprise lorsque que le changement d'activité est « profond »[20]. Cette définition a permis à la jurisprudence d'avoir une appréciation in concreto de cette notion, et de tenir compte des réalités économiques[21]. Dans cette affaire elle avait ainsi jugé que ce changement d'activité avait eu

16 *Durcissement des règles d'imputation des déficits : quel impact pour les professionnels de l'immobilier ?*, Vincent Daniel-Mayeur, Alexandre Groult, Businessimmo, décembre 2011, n°77
17 CJUE, 13 décembre 2005, aff. C-446/03, *Marks & Spencer*
18 CJUE, 27 novembre 2008, aff. 418/07, *Société Papillon*
19 Deuxième loi de finances rectificative pour 2012, n°2012-958, 16 août 2012
20 CAA Douai, 3ème chambre, 21 juin 2012, n°11DA00515, *min. c/ Sté Sefival*
21 *Changement d'activité réelle entraînant la perte du droit au report des déficits* : illustration, RDF 2012, n°42, comm. 484

lieu au regard notamment de la nature de l'activité nouvelle et du changement de clientèle. D'autres arrêts illustrent cette approche in concreto de la jurisprudence. Dans le célèbre arrêt Sophie B[22], le Conseil d'Etat avait estimé que l'interruption d'une activité pendant une période de trente et un mois n'était pas constitutive d'une cessation d'activité[23]. A l'inverse, la jurisprudence a pu décider qu'il existait bien un changement réel d'activité en cas de changement de branche d'activité[24]. De même, l'adjonction d'une activité nouvelle n'emportait cessation d'activité que lorsque l'activité initiale était devenue marginale au regard du chiffre d'affaires[25].

La deuxième loi de finances rectificative pour 2012 du 16 août 2012 a complété la lettre de l'article 221, alinéa 5 du CGI en fixant deux situations non limitatives dans lesquelles le changement d'activité emporte cessation d'entreprise. D'une part, l'adjonction d'activité entraînant une augmentation de plus de 50% du chiffre d'affaires, ou de l'effectif moyen du personnel et du montant brut des éléments de l'actif immobilisé, par rapport à l'exercice précédent celui de l'adjonction, entraîne cessation d'activité. D'autre part, les mêmes conséquences sont à prévoir en cas de disparition des moyens de productions humains et matériels nécessaires à la poursuite de l'activité pendant plus de douze mois. Cependant, pour sécuriser le dispositif dans chacune de ces hypothèses, un agrément peut être obtenu et permet d'éviter les conséquences d'une cessation d'entreprise. Dans le premier cas, les opérations devront pour cela être indispensables à la poursuite de l'activité à l'origine des déficits et à la pérennité des emplois. Dans le second cas, l'interruption et la reprise de l'activité devront être motivées par des raisons autres que fiscales. Cette réforme semble très rigoureuse pour les sociétés mais présente au moins le mérite de la clarté. Elle repose en effet sur des critères purement objectifs[26] et fait échec au courant jurisprudentiel qui existait jusqu'alors. Dans l'attente d'une instruction, il faut espérer que l'Administration gardera une certaine souplesse dans l'appréciation de ces critères, conforme à l'esprit de la réforme.

Par ailleurs, en cas de fusions ou autres opérations de restructurations, l'article 209, II du CGI permet le transfert des déficits non utilisés de la société absorbée à la société absorbante, sous réserve de la délivrance d'un agrément par l'Administration. Cet agrément est accordé après réalisation de plusieurs conditions. D'une part, l'opération doit être placée sous le régime fiscal de faveur de l'article 210 A du CGI. D'autre part, l'opération doit être motivée par des raisons principalement économiques et non fiscales. Enfin, l'activité à l'origine des déficits dont le transfert est demandé doit être poursuivie pendant au moins trois ans. Depuis le 4 juillet 2012, la condition relative à la poursuite de l'activité a été durcie. Désormais l'activité à l'origine des déficits ne doit avoir fait l'objet d'un changement significatif pendant la période au titre de laquelle les déficits ont été constatés. Ce changement s'apprécie en particulier en termes de clientèle, d'emploi, de moyens d'exploitation, de nature et de volume d'activité. Ce changement ne doit pas non plus être observé dans les trois ans suivants le transfert des déficits à la société absorbante. Là encore, la réforme semble aller au-delà des hypothèses d'abus[27] et faire peser de lourdes exigences sur les entreprises dans une période économique déjà délicate. Les entreprises devront en tout cas être particulièrement attentives à l'origine de leurs déficits fiscaux lors du dépôt des demandes d'agrément[28].

Le report des déficits connait ainsi de plus en plus de restrictions. Par le renforcement récent de ces limitations le législateur a instauré un impôt

22 CE, 8è et 3è ss-sect., 18 mai 2005, n°259275, *SARL Sophie B.*.
23 *Changement d'activité réelle entraînant la perte du droit au report des déficits : illustration,* RDF 2012, n°42, comm. 484
24 CE, 8è et 7è ss-sect., 28 novembre 1986, n°41525 et n°43588
25 CE, 8è et 3è ss-sect., 10 juillet 2007, n°288484, *SARL Final*
26 *La gestion fiscale des déficits au sein du groupe, du point de vue national,* Philippe Neau-Leduc, RDF 2012, n°50, comm. 554.
27 *La gestion fiscale des déficits au sein du groupe, du point de vue national,* Philippe Neau-Leduc, RDF 2012, n°50, comm. 554.
28 *Quels déficits fiscaux peuvent être transférés par la société absorbée à la société absorbante ?,* Antoine Colonna d'Istria, Option Finance n°1138, lundi 5 septembre 2011.

sur les sociétés minimum. Par la même occasion, il a augmenté l'assiette des impôts assis sur l'IS, démultipliant alors l'impact sur la trésorerie des entreprises.

II. LES DOMMAGES COLLATÉRAUX SUR LES AUTRES IMPÔTS DE LA LIMITATION DU DROIT AU REPORT DES DÉFICITS

La chasse aux déficits fiscaux engagée par le législateur impacte les entreprises à plusieurs niveaux. Le montant de l'IS dû est plus important et augmente par ricochet le montant des autres impôts assis sur l'IS (A.). L'ensemble de ces mesures oblige donc les entreprises à engager une réflexion nouvelle sur la gestion de leurs déficits fiscaux (B.).

A. L'augmentation des autres impôts assis sur l'IS

La perte du droit au report des déficits a eu pour conséquence d'augmenter le montant des autres impôts assis sur l'IS.

Est ainsi visée la contribution exceptionnelle sur l'IS prévue à l'article 235 ter ZAA du CGI qui institue une contribution supplémentaire de 5% assise sur le montant d'IS des sociétés réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 250 millions d'euros. Cette mesure provisoire s'applique sur les exercices clos à compter du 31 décembre 2011 et ce jusqu'au 30 décembre 2015. De plus, cette contribution est calculée avant imputation des éventuels crédits d'impôt. A nouveau, ce sont surtout les grandes entreprises qui sont mises à contribution.

Par ailleurs, les entreprises ayant un chiffre d'affaires hors taxe supérieur à 7 630 000 euros sont soumises à une contribution sociale dont le montant est égal à 3,3% de l'IS. Les entreprises ayant un chiffre d'affaires de moins de 7 630 000 euros par exercice sont exonérées de cette taxe si elles satisfont certaines conditions de détention de leur capital. Pour bénéficier de l'exonération, le capital de ces sociétés doit être détenu de manière continue à 75% au moins soit par des personnes physiques, soit par une société elle-même détenue au moins à 75% par des personnes physiques. Seules 4 000 sociétés[29] seraient assujetties à cette contribution sociale, ce qui témoigne à nouveau de la volonté des pouvoirs publics d'épargner les PME.

Les nouvelles règles en matière d'imputation des déficits entraînent aussi et plus particulièrement des conséquences collatérales sur le calcul de participation des salariés. L'article L. 3324-1 du Code du travail dispose que les entreprises sont tenues de constituer une réserve spéciale de participation des salariés. Il s'agit d'une règle impérative pour les entreprises de plus de cinquante salariés. Elle est facultative pour les autres entreprises. La participation des salariés aux résultats de l'entreprise se calcule selon la formule légale suivante : ½ (bénéfice – 5% des capitaux propres) x (salaires/valeur ajoutée). Le bénéfice à prendre en compte est le bénéfice net, c'est-à-dire le bénéfice net correspondant au résultat fiscal après imputation des déficits, minoré de l'impôt correspondant.

Dans la mesure où le calcul de la participation s'effectue sur le bénéfice fiscal de l'entreprise, la limitation du report en avant conduit à une augmentation du montant de la participation lorsque la société réalise un résultat fiscal supérieur à un million d'euros. Il y a donc là un coût social supplémentaire pour l'entreprise. La question a été posée de savoir si le législateur avait anticipé cette charge supplémentaire pour les entreprises de plus de cinquante salariés. La réponse semble négative au regard des débats parlementaires sur la loi de finances rectificative pour 2011[30].

Ainsi, la réflexion du législateur lors des réformes relatives au droit au report des déficits semble s'être concentrée sur la nécessité d'augmenter les ressources fiscales de l'Etat. Les conséquences de ces nouvelles règles sur le montant de l'impôt des entreprises ont alors conduit à repenser la gestion fiscale des déficits, et à imaginer des solutions

29 *Précis de fiscalité des entreprises*, M. Cozian, F. Deboissy, édition 2011/2012, 35ème édition, p.318
30 Rapport n°3805, déposé le 12 octobre 2011.

alternatives permettant de réduire ce coût définitif supplémentaire.

B. La difficulté de la nouvelle gestion des déficits fiscaux

La fin des pertes fiscales « illimitées »[31] a obligé les entreprises à adapter leur gestion des déficits. Cela a été d'autant plus difficile en raison du caractère rétroactif de ces mesures. En effet, pour les entreprises ayant un exercice calendaire, la petite rétroactivité des mesures adoptées n'a pas permis d'anticiper l'impôt supplémentaire subit. Plusieurs solutions restent néanmoins envisageables pour limiter à l'avenir l'impact de la restriction du droit au report des déficits.

En tout premier lieu, l'entreprise peut gérer ses déficits en choisissant le mode de report le plus adapté à sa situation. Le report en arrière, tout d'abord, présente l'avantage de donner la certitude de réaliser effectivement l'économie d'impôt générée par le déficit en cause. En effet, si la créance fiscale n'est pas imputée sur les impôts futurs, elle est remboursable cinq ans plus tard[32]. Par ailleurs, la créance de carry-back est utilisable pour le paiement de l'IS calculé au taux normal ou au taux réduit applicable aux plus-values à long terme. Ce mécanisme d'imputation « impôt sur impôt »[3)] permet de supprimer toute charge de trésorerie au titre de l'IS jusqu'à son apurement complet. De même, l'option pour le report en arrière des déficits présente un intérêt comptable et financier. La créance de report en arrière doit être inscrite à l'actif du bilan et améliore ainsi la présentation de la situation de l'entreprise. Enfin, l'entreprise qui anticipe une opération tel qu'un changement d'activité emportant cessation d'entreprise, a tout intérêt à opter pour le report en arrière et préserver de la sorte ses déficits. Le report en avant, quant à lui, présente surtout l'avantage de diminuer le coût des contributions additionnelles. En effet, nous l'avons vu, ces contributions assises sur l'IS représentent un coût définitif important pour les entreprises. En dépit de son augmentation inhérente suite aux réformes successives, l'entreprise a tout intérêt à continuer à utiliser le report en avant des déficits pour réduire, dans la mesure du possible, la charge globale d'impôt.

En second lieu, lorsque l'entreprise dispose de déficits à reporter et de crédits d'impôts de source étrangère, les nouvelles règles d'imputation permettent à l'entreprise d'en faire usage. En effet, auparavant, les entreprises pouvaient grâce à l'imputation des déficits réduire leur charge fiscale à néant. Dès lors, en l'absence d'IS, les crédits d'impôt n'étaient pas utilisables et il en résultait une double imposition[34]. L'IS minimum au-delà d'un million d'euros permet désormais d'utiliser les crédits d'impôt que l'entreprise possède, et de réduire la charge de l'impôt, voire même de l'annuler.

En outre, l'entreprise peut diminuer son résultat imposable par le biais de la constatation de charges et de provisions. En effet, les sociétés sont tenues de constituer des provisions pour faire face aux charges et aux pertes devenues probables au cours d'un exercice. Comptablement, le principe d'image fidèle suppose que l'entreprise procède aux provisions nécessaires. Toutefois, la déduction fiscale des provisions n'est cependant admise que dans le respect de l'article 39-1-5° du CGI. Selon les termes de cet article, les provisions sont fiscalement déductibles si elles sont « constituées en vue de faire face à des pertes ou charges nettement précisées et que des évènements en cours rendent probables »[3)]. Les entreprises peuvent donc constituer des provisions qui, dès lors qu'elles seront déductibles fiscalement, permettront de réduire le résultat

31 *Impôt sur les sociétés : la fin des pertes fiscales « illimitées »*, Frédéric Donnedieu de Vabres, François Lugand, Le Magazine des Affaires, n°64, septembre 2011.
32 *Précis de fiscalité des entreprises*, M. Cozian, F. Deboissy, édition 2011/2012, 35ème édition, p.321-322.
33 *Gestion des déficits*, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, dernière édition à jour du 1er février 1998, p.76
34 *Les nouvelles perspectives d'utilisation des crédits d'impôt étrangers après la réforme des déficits*, Yves-Charles Zimmerman, Coralie Dedieu, Option Finance n°1147, 7 novembre 2011.
35 Article 39-1-5° du CGI

imposable. Une interrogation demeure cependant depuis le plafonnement de la déduction des déficits en avant. Certains auteurs se sont interrogés sur le traitement de la réintégration d'une provision ayant participé à la constatation d'un déficit dont le montant n'aura pas pu être imputé totalement sur un exercice bénéficiaire ultérieur. Cette provision doit-elle être réintégrée totalement ou seulement à hauteur de son imputation sur le bénéfice ? En l'absence de réponse certaine, l'utilisation des provisions par les entreprises doit être prudente[36].

Enfin, une fusion à l'envers peut être envisagée dans certaines hypothèses. En principe, sauf en cas d'obtention d'un agrément de l'administration fiscale, les déficits subis par la société absorbée avant la fusion ne sont pas transférés à la société absorbante. Pour éviter la procédure d'agrément qui peut s'avérer longue et infructueuse au regard du durcissement des critères, la fusion à l'envers peut constituer une alternative simple. Il y a fusion à l'envers lorsque l'actionnaire principal de la société absorbée prend le contrôle de la société absorbante après la fusion. C'est le cas notamment lorsque la société absorbante, cible réelle de l'opération, est de taille inférieure à la société absorbée. La société absorbante qui possède des déficits absorbera une société bénéficiaire et les déficits pourront ainsi être conservés. Traditionnellement, l'administration estimait que cette opération relevait du domaine de l'abus de droit, et qu'elle pouvait par conséquent contester le report des déficits. Le Conseil d'Etat, quant à lui, s'est positionné en faveur des entreprises en considérant depuis une jurisprudence ancienne que la fusion à l'envers ne constituait pas un abus de droit[37] dès lors que l'opération n'avait pas un caractère fictif, et qu'elle répondait à un intérêt économique. La mise en œuvre de la solution la plus fiscalement avantageuse ne constituant pas en soi un abus de droit, le risque d'une remise en cause de cette opération est minime[38].

Les entreprises disposent donc d'outils leur permettant de gérer leurs déficits fiscaux, tant dans leur montant que dans leur utilisation. Pour autant, les récentes réformes et leur imprévisibilité montrent qu'il existe une forte insécurité juridique en matière de report des pertes. D'une manière générale, l'enjeu de la réduction du déficit budgétaire soumet les entreprises à une forte pression fiscale et fait peser sur les entreprises de nombreuses incertitudes. En particulier, il sera nécessaire de suivre de près le projet ACCIS visant à établir une assiette commune de l'impôt sur les sociétés dans les Etats membres de l'Union Européenne. S'il est mené à bien, ce projet pourrait en effet remettre en cause une fois de plus les règles d'utilisation des déficits.

36 *La gestion fiscale des déficits au sein du groupe, du point de vue national*, Philippe Neau-Leduc, RDF 2012, n°50, comm. 554.
37 CE, 7è et 9è ss-sect., 21 mars 1986, n°53002
38 *Gestion des déficits*, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, dernière édition à jour du 1er février 1998, p.237

A3F
Association Française
des Femmes Fiscalistes

Créée en 2005, A3F est un cercle de réflexion sur la fiscalité, un lieu d'échange sur les enjeux fiscaux mondiaux. A3F, un réseau de femmes professionnelles représentant l'ensemble des acteurs de la fiscalité.

L'A3F compte aujourd'hui 96 adhérentes ayant une expérience professionnelle reconnue et appartenant aux différents métiers de la fiscalité : directrices fiscales, fiscalistes d'entreprises, avocates associées, avocates of Counsel, membres de groupements professionnels, rédactrice de revues fiscales et professeurs de fiscalité.
64% des adhérentes sont en entreprises et 31% en cabinets d'avocats.

Dans le cadre de rencontres avec des personnalités du monde économique ou des femmes au parcours exemplaire, de réunions de réflexion autour de réformes fiscales, de benchmarking et enfin d'actions de formation ou d'information fiscale, l'A3F a pour vocation de la valorisation de l'expression et des compétences des femmes fiscalistes dans les institutions, les associations professionnelles et les médias et de s'ériger en acteur incontournable du monde de la fiscalité.

LA LIMITATION DE L'EXONÉRATION DES PLUS-VALUES DE CESSION DE PARTICIPATIONS : LA FIN DE LA NICHE COPÉ ?

Igor BUTTIN, Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris Dauphine
François VIGNALOU, Avocat Associé, Brunswick société d'avocats

Le régime d'exonération des plus-values de cession de participations a été à nouveau amendé par la loi de finances pour 2013 qui modifie l'assiette de la quote-part de frais et charges et rehausse son taux. Cette révision du régime réduit son bénéfice de telle manière que la question se pose de savoir s'il s'agit toujours d'une exonération.

Depuis 1965, les plus-values constituées par la cession de titres de participation des entreprises françaises bénéficient d'une imposition à un taux réduit. Ce taux réduit, qui était de 10% en 1965 a progressivement été relevé pour atteindre 19% en 1994. C'est en 2004, sous l'impulsion du sénateur Philippe Marini, alors Rapporteur de la Commission des Finances du Sénat, qu'un régime d'exonération des plus-values de cession de participations a été mis en place. Le soutien apporté à cette mesure par le Ministre du Budget de l'époque, Jean-François Copé a popularisé cette disposition sous la dénomination de « Niche Copé ».

Ce dispositif avait pour objet de renforcer la compétitivité fiscale de la France vis-à-vis de ses voisins européens et ainsi d'éviter que les sociétés françaises ne détiennent leurs participations par l'intermédiaire de sociétés étrangères. L'exonération a cependant été vivement contestée du fait de son coût (trop élevé) et de ses bénéficiaires (trop restreints). Ces critiques ont poussé le législateur à modifier par deux fois le régime, la première par l'intermédiaire de la seconde la loi de finances pour 2011 et la seconde à l'occasion de la loi de finances pour 2013. Ces modifications successives ont significativement limité l'exonération des plus-values de cession de titres de participation en relevant le montant de la quote-part de frais et charges à réintégrer et en asseyant cette quote-part sur le montant brut des plus-values. En addition à ces dispositions législatives limitant l'exonération, l'administration fiscale vient appliquer une doctrine contestable qui durcit encore plus le régime d'exonération des plus-values de cessions de titres de participation, posant la question de la réalité de cette exonération. En effet, depuis sa mise en place, le régime d'exonération a été plusieurs fois amendé (I), tant et si bien qu'en pratique, cette exonération n'est désormais plus que relative (II).

I. LA MISE EN PLACE PROGRESSIVE D'UN RÉGIME CRITIQUÉ

Si la mise en oeuvre de l'exonération des plus-values de cession de titres de participation a été faite de manière progressive (A), la limitation de l'exonération a, elle aussi, connu plusieurs stades (B).

A. Une adoption progressive de l'exonération d'impôt motivée par un impératif d'attractivité fiscale

Le régime d'exonération des plus-values de cession de participation a été instauré par la loi de finances rectificative pour 2004[1]. Cette mesure a pour objet d'exonérer d'impôt sur les plus-values, la cession de titres de participation opérée par des entreprises passibles de l'impôt sur les sociétés. Il faut, pour comprendre l'étendue de l'exonération, s'intéresser à la nature des titres concernés ainsi qu'à leur durée de détention.

1 Loi n°2004-1485 du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004

La première condition est relative à la nature des titres. Les titres de participation sont, d'après l'article 219 ter a du CGI, « les parts ou actions de sociétés revêtant ce caractère sur le plan comptable ». Ces titres ne sont néanmoins pas les seuls à ouvrir droit à l'exonération puisque sont également considérés comme des titres de participation par la loi fiscale, les parts de fonds communs de placement à risque ou de sociétés de capital risque. Notons que sont expressément exclus, les titres de sociétés à prépondérance immobilière cotées ou non cotées.

La deuxième condition imposée par le législateur concerne la durée de détention des titres. Pour prétendre à l'exonération de l'impôt sur la plus-value, le cédant doit avoir détenu les titres pendant une durée d'au moins deux ans.

La réforme de l'ancien régime de taxation des plus-values a consisté en une exonération progressive, entre 2005 et 2007, des plus-values de cession de titres. Le taux d'imposition des plus-values est tout d'abord passé de 19 à 15% à compter du 1er janvier 2005, puis à 8% au 1er janvier 2006. C'est à compter du 1er janvier 2007 que les plus-values de cession de participations ont bénéficié d'une exonération.

Le nouveau régime n'exonérait cependant pas totalement les plus-values puisqu'il avait été prévu la réintégration d'une quote-part de frais et charges de 5 % du résultat net des plus-values de cession. 5% des plus-values de cession devaient ainsi être réintégrés dans le résultat imposable de la société cédante, entrainant une imposition réelle des plus-values au taux de 1,67%[2]. La réintégration de cette quote-part de frais et charges est censée maintenir dans les bases de l'impôt sur les sociétés les frais et charges de gestion se rapportant aux participations dont les produits sont exonérés d'impôt. Elle traduit ainsi le principe général de non-déductibilité des dépenses ou charges afférentes à des revenus non soumis à l'impôt. Les plus-values de cession de participations étaient alors imposées de la même manière que les dividendes versés entre des sociétés bénéficiant du régime des sociétés mères et filiales des articles 145 et 216 du CGI, qui étaient eux aussi exonérés moyennant la réintégration d'une quote-part de frais et charges dans le résultat de la mère.

La mise en place de cette exonération se justifiait, selon le Rapporteur général de la Commission des Finances du Sénat, par la nécessité de redonner une place à la France dans la compétition fiscale entre les pays d'Europe. Il argue dans son rapport[3] que la France est le dernier pays d'Europe à imposer les plus-values de cession de participations puisque l'Italie et l'Allemagne ont mis en place le 1er janvier 2004 des dispositifs d'exonération.

En effet depuis le 1er janvier 2004, l'Allemagne exonère à hauteur de 95% d'impôt sur les sociétés les plus-values de cession de participation, nonobstant l'importance de la participation et la durée de détention des titres et l'Italie exonère totalement les plus-values de cession quelle que soit l'importance de la participation a condition que la durée de détention des titres soit supérieure à un an.

C'est donc un impératif de compétitivité fiscale vis-à-vis des autres grands pays d'Europe qui a motivé la mise en place d'un régime d'exonération en France, l'Etat ne souhaitant pas que la taxation des plus-values constitue un frein à l'investissement sur le territoire national. Si l'objectif de la mesure est louable, son coût a cependant été l'objet de nombreuses critiques de la part de l'opposition, poussant à plusieurs modifications du dispositif d'exonération.

B. Une limitation progressive de l'exonération motivée par des raisons budgétaires

La « niche Copé » a été l'épouvantail fiscal de l'opposition lors de la dernière campagne présidentielle. Les différents candidats n'ont pas manqué de critiquer ce qu'ils estimaient être un « cadeau fiscal » du gouvernement aux grandes entreprises et mis en avant le coût de l'exonération

2 5% x 33,33% soit 1,67%

3 Rapport n°114 (2004-2005) de M. Philippe Marini, fait au nom de la commission des finances, déposé le 15 décembre 2004

des plus-values de cession de titres de participation. A ce titre, plusieurs nombres ont été avancés. Certains candidats ont argué que cette mesure coutait 6 milliards d'euros par an à l'Etat quand d'autres parlaient de 22 milliards d'euros sur 3 ans[4]. Ces montants sont cependant à relativiser, le coût réel de la mesure étant bien inférieur à ces nombres.

Le chiffrage initial de l'exonération des plus-values de cession de titres de participation estimait son coût global à 900 millions d'euros sur 3 ans (2006, 2007 et 2008). Cette évaluation clairement sous-estimée a été revue à la hausse par le projet de lois de finances pour 2010 qui estimait alors que l'exonération couterait 12,5 milliards d'euros au titre de l'année 2008 et 8 milliards d'euros au titre de 2009[5]. Ces chiffrages, cette fois surestimés, ont été rectifiés par le Conseil des Prélèvements Obligatoires, qui indique dans son rapport d'octobre 2010[6] que l'estimation du projet de loi de finances pour 2010 était entachée d'une erreur : Le chiffrage avait été effectué en prenant en compte le taux d'impôt sur les sociétés de droit commun à 33, 33% au lieu du taux de 15% applicable aux plus-values à long terme avant la réforme.

Dès lors, le coût de la mesure qui avait été évalué à 20 milliards d'euros pour les exercices 2008 et 2009 ne serait que de 10 milliards d'euros au taux de 15%. En outre, ce nouveau montant est certainement toujours surévalué dans la mesure où la méthode de chiffrage du coût de l'exonération sur ces exercices demeure imparfaite. En effet, ce n'est qu'à partir du Projet de loi de finances pour 2012 qu'ont été exclues du chiffrage, les plus-values intra-groupes (dont le taux de taxation de référence est de 0 % et non 19% puisqu'elles sont neutralisées dans le résultat d'ensemble). Le coût réel de l'exonération sur les exercices 2008 et 2009 serait ainsi inférieur à 10 milliards d'euros et a fortiori inférieur aux montants avancés par les différents candidats à l'élection présidentielle de 2012.

Au-delà du coût de la mesure, différents rapports parlementaires critiquent le fait que l'exonération bénéficie principalement aux grandes entreprises. En effet le nombre d'entreprises bénéficiant de l'exonération s'élevait à 6200 en 2008. Sur ces 6200 entreprises, 250 seulement ont déclaré plus de 10 millions d'euros de plus-values de cession exonérées et ainsi concentré à elles seules, 96% du coût de l'exonération[7]. Les 10 premiers bénéficiaires concentreraient à eux seuls 44% du coût de la mesure[8].

Enfin, la dernière critique formulée à l'encontre du régime concerne son efficacité à l'égard du but poursuivi, à savoir le renforcement de l'attractivité fiscale du territoire français.

Si le Conseil des Prélèvements Obligatoires admet que le retour à une taxation des plus-values serait nuisible et « *conduirait à la réalisation d'un certain nombre de montages financiers à partir de holdings situés dans d'autres États de l'Union européenne, comme c'était le cas avant 2007* »[9], il n'admet pas pour autant que l'exonération des plus-values a permis d'attirer des entreprises et investisseurs étrangers sur le territoire national. Le Conseil des Prélèvements Obligatoires estime ainsi qu'aucun lien n'est établi entre l'augmentation du nombre de holdings gérées par la direction des grandes entreprises entre 2007 et 2010[10] et l'exonération des plus-values.

Toutes ces critiques ont conduit les gouvernements successifs à limiter l'exonération des plus-values de cession de participation.

Le premier coup de rabot est donné par la seconde loi de finances rectificative pour 2011 qui modifie le montant de la quote-part de frais et charges

4 Le Monde, 18 septembre 2012
5 Projet de loi de finances pour 2009, Tome II de l'annexe « Evaluation des voies et moyens »
6 Entreprises et niches fiscales et sociales : Des dispositifs dérogatoires nombreux – Octobre 2010
7 Ibidem
8 Rapport sur le projet de loi de finances pour 2013 n° 251 tome II
9 Entreprises et niches fiscales et sociales : Des dispositifs dérogatoires nombreux – octobre 2010
10 Selon une note de la DGFIP, le nombre de holdings gérées par la direction des grandes entreprises serait passé de 1112 à 1276 entre 2007 et 2010

devant être réintégrée en la portant à 10% du montant de la plus-value nette de l'exercice. Ce rehaussement de la quote-part, proposé par le Conseil des prélèvements obligatoires[11] porte le taux d'imposition des plus-values de cession de participations à 3,3% (au lieu de 1,67%). Le rapporteur de la commission des finances du Sénat estimait que ce rehaussement permettrait de produire une recette de 170 millions d'euros en 2011 et 250 millions d'euros en 2012[12]. Du fait du volume des plus-values, les recettes se sont avérées supérieures aux attentes en s'élevant à 423 millions d'euros au titre de l'exercice 2011[13].

Si ce rehaussement de la quote-part ne remet pas en cause l'exonération des plus-values, il va cependant à l'encontre du principe de la quote-part de frais et charges. En effet, la quote-part de frais et charges est censée maintenir dans l'assiette de l'impôt sur les sociétés, les frais de gestion relatifs aux participations dont les produits sont exonérés d'impôt. Ces frais de gestion étant déductibles, la quote-part de frais et charges traduit le principe selon lequel il n'y a de charges déductibles qu'en présence de produits imposables. Or, il est évident que les frais de gestion relatifs aux participations sont dans la plupart des cas, inférieurs à 10% du montant de la plus-value. Ce rehaussement du montant de la quote-part de frais et charges favorise ainsi le rendement fiscal au détriment de la logique économique.

La deuxième mesure visant à limiter l'exonération des plus-values est l'oeuvre de la loi de finances pour 2013 dont les dispositions portent la quote-part de frais et charges à 12% du montant de la plus-value brute de cession de participations[14].

Désormais, la quote-part de frais et charges est assise sur le montant brut des plus-values de cession de participations, empêchant ainsi les entreprises de bénéficier de l'imputation de leurs moins-values de cession qui venaient en diminution de l'assiette de la quote-part de frais et charges. Le rapport de la commission des finances de l'assemblée nationale sur le projet de loi de finances pour 2013 justifie cette mesure en indiquant que « *les modalités de calcul de la quote-part pour frais et charges doivent être indifférentes à la fortune des titres de participation* »[15]. En effet, selon la Commission, l'acquisition des titres de participation a généré des frais et charges déductibles qui doivent être « rattrapés » indépendamment du fait que la cession des titres dégage une plus ou moins value.

Ces limitations successives du régime d'exonération des plus-values de cession de titres de participation posent la question de la réalité de cette exonération.

II. UNE EXONÉRATION DÉSORMAIS RELATIVE EN PRATIQUE

Le ministre délégué auprès du ministre des Affaires étrangères, chargé du développement, indiquait le 27 février 2013 « *nous avons aboli la niche Copé, que Jean-François Copé avait mise en place en 2004* »[16] avant de revenir sur ses paroles et de concéder que la « niche Copé » avait été « *rabotée significativement plutôt qu'abolie* ».

Si l'exonération est toujours d'actualité dans le Code général des Impôts, on peut néanmoins s'interroger sur sa mise en oeuvre en pratique. En effet, la nouvelle mouture de l'article 219 du CGI fait l'objet d'une position particulièrement contestable de l'administration fiscale (A) et risque d'inciter les entreprises à conserver leurs titres de participation (B)

A. Une doctrine de l'administration fiscale attentatoire à l'exonération

L'administration fiscale a commenté la disposition de la loi de finances pour 2013 modifiant la base sur laquelle doit être déterminée la quote-part de frais et charges. *Elle considère ainsi que « l'assiette de la quote-part de frais et charges étant assise sur le seul montant brut des plus-values de cession de*

11 Proposition n° 51
12 Rapport Sénat n° 787
13 Rapport sur le projet de loi de finances pour 2013 n°251 Tome II
14 Article 22 de la loi n°2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013
15 Rapport sur le projet de loi de finances pour 2013 n°251 Tome II
16 Interview de Pascal Canfin sur France-Inter le 27 février 2013

titres éligibles au taux de 0%, cette quote-part est prise en compte dans le résultat imposable au taux normal de l'impôt sur les sociétés, quel que soit le résultat net des plus ou moins-values de cession de titres éligibles »[17].

Ainsi, si une société réalise au cours d'un même exercice, plusieurs cessions de titres de participation dégageant une moins-value nette, elle devra quand même s'acquitter d'une quote-part de frais et charges calculée sur le montant des plus-values brutes réalisées au cours de l'exercice.

En d'autres termes, l'administration fiscale estime qu'une quote-part de frais et charges doit être réintégrée alors même que l'entreprise n'a pas dégagé de plus-value de cession de titres de participation.

Cette interprétation de l'administration nous semble contestable. Tout d'abord, au regard de la lettre de l'article 219, I a quinquies du CGI : Si le deuxième alinéa de cet article prévoit désormais qu' « *une quote-part de frais et charges égale à 12% du montant brut des plus-values de cession est prise en compte pour la détermination du résultat imposable* », le premier alinéa du même article rappelle que pour les exercices antérieurs, c'est le montant net des plus-values à long terme qui fait l'objet d'une imposition. Ainsi, si la quote-part de frais et charges se calcule aujourd'hui sur le montant brut des plus-values de cession, c'est nécessairement à la condition qu'une plus-value nette ait été réalisée.

Si l'on se rapporte aux rapports parlementaires préalables à l'adoption de la loi de finances pour 2013[18], il n'est nulle part fait mention d'une volonté de taxer les plus-values brutes lorsqu'apparaît sur l'exercice une moins-value nette. En effet, il apparaît à la lecture des différents rapports préalables au projet de loi de finances pour 2013 que si la quote-part de frais et charges est désormais assise sur le montant brut des plus-values, cette imposition est cependant subordonnée à la constatation d'une plus-value nette au titre de l'exercice.

Le rapport établi par la Commission des Finances, de l'Economie Générale et du Contrôle Budgétaire de l'Assemblée nationale en vue de la lecture définitive du projet de loi de finances pour 2013 précise que :

« *Dès lors que des plus-values nettes de cession à long terme de titres de participation seront constatées au titre d'un exercice, le taux de 10 % frappera les plus-values brutes, sans que les moins-values en soient soustraites* »[19].

Par ailleurs, le rapport de la Commission des Finances du Sénat précise que seules les modalités de calcul de la quote-part sont retouchées par l'article 22 de la loi de finances qui ne modifie pas le régime d'exonération lui même. Le rapport ajoute que « *dès lors, l'exonération qui conditionne la réintégration d'une quote-part de frais et charges continue de s'appliquer aux plus-values nettes de long terme (...) ainsi, la quote-part, tout en s'appliquant elle-même, désormais, aux plus-values brutes, ne se déclenche que si l'entreprise enregistre une plus-value nette* »[20].

Enfin, le rapport de la Commission des finances de l'assemblée nationale précise également que « *l'indifférence à la fortune des titres n'est toutefois pas totale (...) la quote-part n'est réintégrée que si, au cours de l'exercice de cession, une plus-value nette a été constatée* »[21].

Il apparaît comme évident, à la lecture de ces textes, que le législateur, lors de l'élaboration de la loi de finances pour 2013, n'avait pas prévu de changer le régime d'exonération mais simplement le mode de calcul de la quote-part de frais et charges. La position de l'administration telle que présentée au BOFIP en date du 12 février 2013 apparaît ainsi fortement contestable. Cette position est opposée au texte de loi ainsi qu'à l'intention du législateur concernant l'application de la mesure. Il est dès lors certain qu'à défaut de revoir sa copie,

17 BOI-IS-BASE-20-10-10 n°125
18 Loi n°2012-1509 du 29 décembre 2012
19 Rapport AN n°485
20 Rapport Sénat n°148 tome II
21 Rapport AN n° 251 tome II

l'administration verra sa doctrine contestée par les contribuables.

Au-delà de la position contestable de l'administration fiscale, le durcissement même de la taxation des plus-values de cession de participation pose la question de savoir si le dispositif tel qu'il est abordé aujourd'hui, permet encore la poursuite de son objectif initial, à savoir, la préservation de la compétitivité fiscale.

B. Une limitation palliée par d'autres régimes d'exonération

Le durcissement du régime de taxation des plus-values de cession de participations nous pousse à nous demander si l'on peut encore parler d'exonération. En effet, la réintégration de 12% de la plus-value brute peut représenter une charge fiscale très lourde pour l'entreprise notamment si celle-ci a réalisé au cours du même exercice des moins-values aussi importantes que ses plus-values.

L'imputation de la quote-part de frais et charges sur la plus-value brute peut, en cas d'importante moins-value, constituer la majeure partie de la plus-value nette. Ainsi, si au cours d'un même exercice, une entreprise réalise 100 de plus-value et 80 de moins-value, elle devra réintégrer 12% de sa plus-value brute, soit 12. Ces 12 constitueront cependant 60% de la plus-value nette (12 / (100 – 80)), ce qui entraîne une imposition pour l'entreprise de ses plus-values nettes au taux de 20% (60 x 33,33%).

Au vu de cet exemple, on peut affirmer que si l'exonération est toujours d'actualité, elle est maintenant fortement dépendante de la répartition entre les plus-values et moins-values réalisées au cours de l'exercice.

L'exonération de l'imposition des plus-values n'étant désormais que relative, les entreprises vont devoir choisir le moment pour céder leurs participations. La nouvelle mesure va incontestablement pousser certaines entreprises à conserver leurs titres ou au moins, à en planifier plus tôt la cession.

Le durcissement de la taxation des plus-values risque également d'inciter certaines entreprises à récupérer la plus-value de cession par d'autres moyens, et notamment par le versement de dividendes. En effet, même en dehors des groupes intégrés[22], le régime « Mère – Fille » des articles 145 et 216 du Code général des Impôts exonère d'impôt sur les sociétés les dividendes versés par une filiale à une société mère détenant au moins 5% des titres de cette filiale depuis 2 ans. Seule une quote-part de frais et charges de 5% du montant du dividende doit être réintégrée dans le résultat imposable de la mère.

Les deux régimes d'exonération (plus-values et dividendes) étaient à l'origine similaires et l'entreprise avait ainsi le choix de céder sa participation et d'en retirer une plus-value, ou de conserver cette participation et percevoir les dividendes.

Avec le durcissement du régime d'exonération des plus-values, il apparaît aujourd'hui beaucoup plus avantageux fiscalement de percevoir des dividendes plutôt qu'une plus-value de cession. Cette différence de traitement fiscal pourrait avoir comme effet néfaste d'inciter les entreprises à « piller » les actifs de leurs filiales en organisant des distributions de dividendes. La société mère pourrait ainsi, préalablement à la cession de sa filiale, se faire verser par celle-ci le montant de la plus-value en dividendes, diminuant la valeur des titres et permettant une cession exempte de plus-value et donc d'imposition.

La différence de traitement entre les plus-values et les dividendes nous apparaît ainsi dénuée de toute cohérence et semble plutôt répondre à une logique de communication et de rendement fiscal. Le nouveau mode de calcul de la quote-part de frais et charges s'appliquant rétroactivement aux exercices clos à compter du 31 décembre 2012, les entreprises cédantes en 2012 ont été prises par surprise. Il convient d'attendre 2013 afin de voir comment les grandes entreprises organiseront la cession de leurs titres de participation.

22 Au sein desquels les dividendes circulent en franchise totale d'imposition

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

LA NOUVELLE LIMITATION GÉNÉRALE DE LA DÉDUCTIBILITÉ DES CHARGES FINANCIÈRES

Charlotte DELSOL, Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris Dauphine

Loïc VÉDIE, avocat, cabinet Jones Day

L'introduction par la Loi de finances pour 2013[1] d'un nouveau dispositif de plafonnement des charges financières déductibles complexifie la donne pour les entreprises françaises et amène par conséquent à s'interroger sur la cohérence de l'évolution législative en la matière. La portée générale du nouveau mécanisme, également appelé « rabot », en fait un dispositif unique parmi les dispositifs existants. Toutefois, l'« empilement » des mécanismes de limitation de la déductibilité des charges financières affaiblit leur lisibilité et risque de freiner l'investissement étranger. En outre, ce nouveau dispositif s'applique aux exercices clos à compter du 31 décembre 2012. Il en résulte une « petite » rétroactivité fiscale, source d'insécurité juridique. S'il est légitime de penser que les grandes entreprises doivent participer au redressement des finances publiques, on peut néanmoins s'interroger sur les incidences économiques de cette nouvelle mesure.

Codifié aux articles 212 bis et 223 B bis du Code général des impôts (CGI), ce nouveau dispositif consiste en un plafonnement global des charges financières déductibles par les entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés. Il prévoit la réintégration d'une fraction forfaitaire de ces charges financières égale à 15% de leur montant (fraction portée à 25% pour les exercices ouverts à compter du 1er janvier 2014). Le dispositif s'applique aux entreprises indépendantes (article 212 bis) et aux entreprises membres d'un groupe fiscal (article 223 bis).

Ce dispositif s'ajoute aux autres dispositifs de limitation des charges financières :

- plafonnement du taux des intérêts alloués aux associés et aux entreprises liées en échange des sommes laissées ou mises à disposition de l'entreprise par ces derniers – articles 39-1 3° et 212-I du CGI ;
- dispositif de lutte contre la sous-capitalisation – article 212 du CGI ;
- réintégration d'une fraction forfaitaire des charges financières en cas de « rachat à soi-même » dans le cadre de l'intégration fiscale : « amendement Charasse » – article 223 B du CGI ;
- réintégration d'une partie des charges financières afférentes à l'acquisition de titres de participation dont les plus-values de cession sont exonérées : « amendement Carrez » – article 209-IX du CGI.

La limitation croissante de la déductibilité des charges financières des entreprises s'explique par la volonté du législateur de réduire la marge de manoeuvre des entreprises dans le pilotage de leur résultat. Le mécanisme de déductibilité des charges financières permet en effet aux entreprises, en combinaison avec les régimes d'exonération totale ou partielle existants (régime mère-fille, régime de groupe, exonération des plus-values à long terme sur la cession des produits de participation), de bénéficier d'un double avantage en impôt. Ainsi, une société holding établie en France qui acquiert

1 1 Loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013.

des titres de participations dans une filiale située à l'étranger grâce à un emprunt reçoit des dividendes exonérés d'impôt conformément aux articles 145 et 216 du CGI et déduit les charges liées à l'acquisition des titres de son résultat imposable. Cette optimisation fiscale se traduit par un manque-à-gagner pour l'Etat. En outre, elle contrevient à un principe du droit fiscal selon lequel une charge déductible doit avoir pour contrepartie un produit imposable.

Le nouveau dispositif se distingue toutefois des mécanismes existants par sa « philosophie ». Les dispositifs précités sont des dispositifs anti-abus dont le but est de réintégrer au résultat des entreprises les charges financières que celles-ci auraient, considère-t-on, abusivement déduit. Au contraire, la nouvelle limitation, inspirée du droit allemand, n'est pas un dispositif anti-abus. Les articles 212 bis et 223 B bis introduisent un mécanisme de réintégration globale d'une partie des charges financières de l'entreprise sans distinguer selon que les charges sont déduites du fait d'un financement normal de l'activité de l'entreprise ou à des fins d'optimisation fiscale[2].

S'il se justifie dans un contexte de rigueur budgétaire, le nouveau dispositif de limitation de la déductibilité des charges financières pose toutefois questions. Deux points attirent en particulier notre attention. D'une part, le nouveau dispositif s'ajoute aux dispositifs existants sans s'y substituer; l'articulation complexe entre les différents mécanismes de limitation de la déductibilité des charges financières rend particulièrement laborieux le calcul des charges financières effectivement déductibles par les entreprises. D'autre part, l'articulation entre les dispositifs est rendue d'autant plus complexe que les charges financières visées par les différents mécanismes ne recouvrent pas forcément la même notion. Certes, le « holding à la française »[3] a disparu il y a longtemps, au gré des nouvelles mesures de limitation de la déductibilité des charges financières. Toutefois, l'ajout d'un nouveau dispositif dont l'articulation avec les dispositifs existants est complexe et incertaine nuit à la sécurité juridique des opérateurs économiques installés en France et risque de faire fuir les investisseurs étrangers. L'étude détaillée du nouveau dispositif dans ce qui fait, selon nous, son essence, à savoir sa portée générale quant aux modalités de réintégration des charges financières et quant à leur étendue (I) nous amènera à envisager sous un jour plus critique son articulation avec les dispositifs existants de limitation de la déductibilité des charges financières (II)

I. L'INTRODUCTION D'UN NOUVEAU DISPOSITIF DE PLAFONNEMENT DES CHARGES FINANCIÈRES DES ENTREPRISES SOUMISES À L'IMPÔT SUR LES SOCIÉTÉS

La présentation générale du dispositif prévu aux articles 212 bis et 223 B bis du CGI (A) permettra de se pencher dans un deuxième temps sur deux aspects essentiels du nouveau mécanisme, à savoir sa portée générale, qui en fait un dispositif unique parmi ceux limitant la déduction des charges financières (B) et le champ d'application très large des charges et produits financiers concernés (C).

A. Présentation du nouveau dispositif

Le nouveau dispositif de plafonnement des charges financières déductibles s'applique aux sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés de plein droit ou sur option dont le montant total des charges financières nettes excède 3 millions d'euros. Par conséquent, sont en dehors du champ d'application du nouveau dispositif les sociétés soumises à l'impôt sur le revenu et/ou les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés dont le montant des charges financières nettes est inférieur à 3 millions d'euros. Au-delà de ce seuil, l'article 212 bis prévoit la réintégration au résultat imposable d'une fraction des charges financières nettes de l'entreprise égale à 15% de leur montant, fraction portée à 25% pour les exercices ouverts à compter du 1er janvier 2014. L'article 223 B bis prévoit la réintégration au résultat d'ensemble d'une fraction égale à 15% des charges financières nettes du groupe, fraction portée à 25% pour les exercices ouverts à compter

2 Rapport n°251 sur le projet de Loi de finances pour 2013, tome II, p.287
3 *M. Cozian et F. Deboissy*, Précis de fiscalité des entreprises 2012, 35ème édition, p.3296

du 1er janvier 2014. Pour la détermination de l'assiette du rabot de 15% (et de 25%), une distinction doit être effectuée entre les sociétés non membres d'un groupe fiscalement intégré et les sociétés membres d'un groupe intégré fiscalement.

S'agissant des sociétés non membres d'un groupe intégré fiscalement, l'assiette du rabot est déterminée à partir des charges financières afférentes aux sommes laissées ou mises à disposition de ces sociétés, quelle que soit leur source (entreprise liée, établissement de crédit, etc.) pour la détermination de l'assiette. Pour la détermination de l'assiette du rabot applicable aux sociétés membres d'un groupe intégré fiscalement, la société mère fait masse des charges et des produits financiers nets de chacune des sociétés membres du groupe, le montant des charges et des produits financiers nets étant déterminé de la même façon que pour une entreprise non intégrée[4]. Le seuil de 3 millions d'euros s'apprécie au niveau du résultat d'ensemble du groupe et non au niveau du résultat propre de chacune des sociétés membres de ce groupe. Par ailleurs, le montant des charges financières nettes est déterminé à partir des sommes laissées ou mises à disposition des sociétés membres du groupe par des entités et/ou personnes extérieures au groupe. Ce dispositif ne vise donc que l'endettement hors groupe.

B. Une limitation générale de la déductibilité des charges financières nettes de l'entreprise

Les anciens dispositifs limitant la déductibilité des charges financières supportées par les entreprises visent les charges financières dont la déduction est considérée comme étant indue au regard de certains critères (taux d'intérêt, ratio d'endettement, rapport coût d'acquisition des titres et endettement moyen du groupe ou de l'entreprise concernée). Ainsi, l'article 39-1 3° du CGI (et son pendant l'article 212-I du même code) encadre la déductibilité des intérêts versés aux associés ou entreprises liées en fixant un taux d'intérêt plafond égal à la moyenne annuelle des taux effectifs moyens pratiqués par les établissements de crédit pour des prêts à taux variable d'une durée initiale de deux ans (ou taux de marché), au-delà duquel les intérêts ne sont pas déductibles. Les ratios de sous-capitalisation visés à l'article 212-II du CGI prévoient la réintégration des intérêts versés à des entreprises liées pour la fraction des intérêts excédant le plus élevé de ces trois ratios : ratio d'endettement, ratio de couverture d'intérêts et ratio d'intérêts servis à des entreprises liées. Les dispositifs « Charasse » et « Carrez » institués aux articles 223 B al. 7 et 209-IX du CGI prévoient également la réintégration d'une quote-part des charges financières excédant le rapport entre le coût d'acquisition des titres et l'endettement moyen du groupe (dispositif « Charasse ») ou de l'entreprise en question (dispositif « Carrez »).

Dans ces hypothèses, la déductibilité des charges financières est jugée abusive, qu'elle résulte d'une rémunération excessive (articles 39-1 3° et 212-I), d'une situation de sous-capitalisation (article 212-II), d'un rachat à soi-même (amendement « Charasse ») ou encore de l'acquisition de titres dont les plus-values de cession sont exonérées (amendement « Carrez »). Au contraire, le mécanisme prévu aux articles 212 bis et 223 B bis concerne l'ensemble des charges financières de l'entreprise, sans opérer de distinction entre les charges résultant d'un financement normal de l'activité de l'entreprise et celles supportées à des fins d'optimisation fiscale[5]. Ce dispositif s'inspire du modèle allemand, adopté par l'Italie et l'Espagne. L'Allemagne a en effet instauré en 2008 un mécanisme de plafonnement général des intérêts d'emprunt en vertu duquel le montant net des intérêts d'emprunt (intérêts servis - intérêts perçus) n'est déductible qu'à hauteur de 30% de l'EBITDA, cette « barrière d'intérêts » ne s'appliquant pas dans certains cas (notamment, lorsque le montant net des intérêts n'excède pas 3 millions d'euros).

Plusieurs éléments découlent du caractère général du nouveau dispositif :

4 BOI-IS-GPE-20-20-110 (cette instruction fait l'objet d'une consultation publique entre le 29 mars 2013 et le 26 avril 2013 ; son contenu peut donc être modifiée).

5 Rapport n°251 sur le projet de Loi de finances pour 2013, tome II, p.287

- les charges financières non déduites en application de ce dispositif ne sont pas reportables sur les exercices suivants contrairement aux charges financières non déductibles au titre du dispositif de lutte contre la sous-capitalisation. Par conséquent, les charges financières non déduites au titre du nouveau dispositif sont définitivement perdues ;
- la réintégration des charges financières n'est pas limitée dans le temps contrairement aux dispositifs « Charasse » et « Carrez » qui prévoient la réintégration des charges financières indument déduites sur huit exercices ;
- le nouveau dispositif ne prévoit pas de mécanisme de preuve contraire, permettant aux entreprises de d'éviter la réintégration des charges financières si elles parviennent à démontrer que la déduction est justifiée. Un tel mécanisme est prévu par le dispositif visé à l'article 212-1 du CGI instituant une limite de taux, les règles de sous-capitalisation ainsi que pour le dispositif « Carrez ».

C. L'acception large de la notion de charges financières nettes

L'article 212 bis I prévoit la réintégration d'une fraction des charges financières nettes au résultat de l'entreprise. L'article 212 bis III précise que les charges financières nettes sont égales au total des charges financières venant rémunérer des sommes laissées ou mises à disposition de l'entreprise diminué du total des produits financiers venant rémunérer des sommes laissées ou mises à disposition par l'entreprise. L'article 223 B bis III, applicable aux entreprises membres d'un groupe de sociétés, renvoie à l'article 212 bis III pour la définition des charges financières à réintégrer dans le cadre d'un groupe.

La liste des charges financières et des produits financiers visés par le nouveau dispositif est précisée dans une instruction fiscale du 2 avril 2013[6]. L'instruction précise que les sommes laissées ou mises à disposition de l'entreprise visent non seulement les apports de fonds consentis à l'entreprise mais également, de façon plus générale, le montant de toute créance sur l'entreprise rémunérée par des intérêts ou assimilés, à l'exclusion des sommes ou commissions venant rémunérer des prestations annexes à la mise à disposition de ces sommes. S'agissant des charges financières, il convient de se référer à la définition comptable car les commentaires administratifs à cet égard renvoient à l'article 66 du Plan comptable général, à l'exception des charges nettes sur cession de valeurs mobilières de placement, des escomptes commerciaux, des pertes sur créances liées à des titres de participation et des pertes de change qui ne se rapportent pas à des sommes laissées ou mises à disposition de l'entreprise. Les produits financiers englobent les intérêts ou assimilés venant rémunérer des sommes laissées ou mises à disposition par l'entreprise ; ainsi, les revenus des obligations et les avances en comptes courants d'associé sont notamment pris en compte. En revanche, ne sont pas inclus dans la notion de produits financiers les dividendes et revenus distribués, les produits des escomptes commerciaux obtenus et les gains de change qui ne se rapportent pas à des sommes laissées ou mises à disposition par l'entreprise.

Une des particularités du nouveau mécanisme de plafonnement des charges financières déductibles est qu'il comprend, parmi les charges financières nettes à réintégrer au résultat imposable, les loyers afférents aux opérations de crédit-bail, de location avec option d'achat portant sur des biens mobiliers et/ou immobiliers et les loyers afférents aux opérations de location simple consenties entre entreprises liées et portant sur des biens mobiliers, quelle que soit la durée de la location. L'article 212 bis III précise en effet dans son deuxième alinéa que « *les charges et produits mentionnés au premier alinéa du présent III incluent le montant des loyers, déduction faite de l'amortissement, de l'amortissement financier pratiqué par le bailleur en application du I de l'article 39 C et des frais et prestations accessoires facturés au preneur en cas d'opération de crédit-bail, de location avec*

6 BOI-IS-BASE-35-40 (cette instruction fait l'objet d'une consultation publique du 29 mars 2013 au 26 avril 2013 ; le contenu de l'instruction peut donc être modifié)

option d'achat ou de location de biens mobiliers conclue entre entreprises liées au sens du 12 de l'article 39. » Pour la détermination du montant des charges financières nettes soumises au rabot de 15% (puis de 25%), la fraction effectivement prise en compte est égale au montant total des loyers reçus ou versés en exécution de ces opérations diminuée de l'amortissement pratiqué par le bailleur ainsi que les frais et prestations accessoires facturés au preneur. Le bailleur ayant la possibilité, en vertu de l'article 39 C I du CGI, de répartir l'amortissement des biens loués sur la durée des contrats de crédit-bail ou de location avec option d'achat correspondants, le bailleur devra veiller à ce que l'amortissement indiqué dans le contrat conclu avec le preneur corresponde effectivement à l'amortissement pratiqué par lui, puisque, conformément à l'article 212 bis III, seul l'amortissement réellement pratiqué par le bailleur doit être pris en compte pour définir la base soumise au rabot. Cette disposition implique notamment que le bailleur communique au preneur son tableau d'amortissement.

L'assimilation des loyers (en principe considérés comme des frais généraux) aux charges financières vise à éviter que les entreprises ne choisissent la voie du crédit-bail ou de la location longue durée plutôt que celle de l'endettement direct, générateur de charges financières, dont une fraction serait rapportée au résultat. A l'origine, le dispositif prenait également en compte les loyers afférents aux opérations de location simple dont la durée était supérieure à trois mois. Cependant, lors des travaux parlementaires, il a été noté que contrairement aux opérations de crédit-bail ou de location avec option d'achat (à l'issue desquelles la propriété du bien loué peut revenir au crédit-preneur), le locataire ne devient pas propriétaire du bien qu'il loue. Par conséquent, la location simple a été exclue des charges financières visées par le nouveau dispositif. Ce nouveau dispositif de portée générale s'ajoute aux dispositifs antérieurs de limitation de la déductibilité des charges financières sans s'y substituer. L'articulation complexe de ces différents mécanismes amène à s'interroger sur la cohérence du système actuel de plafonnement des charges financières déductibles.

II. Un dispositif venant s'ajouter aux dispositifs « anti-abus » existants

La superposition des différents mécanismes de plafonnement des charges financières déductibles rend leur articulation complexe, alourdissant de ce fait la tâche des entreprises (A) et posant la question de l'évolution législative concernant le système fiscal français de déductibilité des charges financières (B).

A. Une articulation complexe entre les différents dispositifs (...)

Le mécanisme de réintégration d'une fraction des charges financières nettes de l'entreprise doit s'articuler avec les mécanismes existants de plafonnement des charges financières déductibles[7]. L'articulation des différents dispositifs se fait en deux temps : il s'agit d'abord de déterminer l'ordre d'application des dispositifs puis de définir l'incidence, sur le calcul des charges financières non déductibles en application d'un dispositif, des charges financières non déduites au titre d'un dispositif précédent.

a) L'articulation hors intégration fiscale

L'ordre d'application des dispositifs, défini par la lecture combinée des articles 209-IX al. 7, 212-II al. 1er et 212 bis IV du CGI, est le suivant :

- dispositifs de plafonnement du taux des intérêts versés à des associés (article 39-1 3°) ou à des entreprises liées (article 212-I) ;
- dispositif de lutte contre la sous-capitalisation (article 212-II) ;
- dispositif de limitation de la déduction des charges financières afférentes à certains titres de participation (article 209-IX) ;

7 L'articulation des différents dispositifs est régie par l'instruction du 2 avril 2013 BOI-BASE-IS-35-10 pour les entreprises non membres d'un groupe et l'instruction du 2 avril 2013 BOI-BASE-IS-20-20-110 pour les entreprises membres d'un groupe (ces instructions font l'objet d'une consultation publique du 29 mars 2013 au 26 avril 2013 ; leur contenu peut donc être modifié).

- mécanisme du plafonnement général de déduction des charges financières nettes (article 212 bis).

L'article 212 bis IV précise ensuite que, « *pour l'application du I, le montant des charges financières est diminué des fractions des charges financières non admises en déduction en application du IX de l'article 209 et de l'article 212* ». Les charges financières réintégrées en application d'une des mesures de limitation viennent donc diminuer l'assiette des charges financières soumises au dispositif suivant.

b) L'articulation dans l'intégration fiscale

L'articulation des différents dispositifs dans l'intégration fiscale est déterminée de la manière suivante, par l'application combinée des articles 223 B, al. 14 et suivants, 223 B, al. 7 et 223 B bis IV du CGI :

- dispositif de limitation des intérêts non déductibles en vertu d'une situation de sous-capitalisation d'une filiale et transmises à la société tête de groupe ;
- règles de sous-capitalisation intragroupe (article 223 B, al. 14 à 19) ;
- dispositif de limitation en cas de rachat à soi-même dans le cadre d'un groupe (article 223 B, al. 7);
- dispositif de plafonnement général de déduction des charges financières nettes du groupe (article 223 B bis).

L'application des différents dispositifs se fait successivement. L'article 223 B bis précise que, « *pour l'application du I, le montant des charges financières est diminué des fractions des charges financières non admises en déduction en application du IX de l'article 209, de l'article 212 et du septième alinéa ainsi que des six derniers alinéas de l'article 223 B* ».

L'articulation entre les différentes mesures de limitation des charges financières déductibles, déjà complexe, est rendue encore plus compliquée par l'absence de définition commune de la notion de charges financières. Chaque dispositif ou presque a sa propre définition des charges financières. Ainsi, le dispositif de lutte contre la sous-capitalisation vise la réintégration d'une fraction des intérêts, définis comme les rémunérations afférentes aux sommes mises à disposition par des entreprises liées. Les dispositifs « Charasse » et « Carrez » prennent en compte les charges financières « classiques », énumérées au compte 66 du Plan comptable général, tandis que le nouveau dispositif prévoit la réintégration des charges financières nettes, les charges financières visant à la fois les charges financières « classiques » et les loyers de crédit-bail, de location avec option d'achat et de location de biens mobiliers entre entreprises liées. La réintégration des charges financières au titre de chaque dispositif s'avérera donc particulièrement difficile.

B. (...) qui pose la question de l'utilité d'une superposition des dispositifs

La complexité de l'articulation des différents dispositifs existants de plafonnement de la déductibilité des charges financières amène à s'interroger sur la cohérence de l'évolution législative en la matière. Les dispositifs « anti-abus » actuels visent principalement à circonscrire les effets du régime français de déductibilité des charges financières. Ces mesures de plafonnement ont d'abord pour but de limiter l'asymétrie créée par certains régimes relevant du droit fiscal français entre les charges déductibles et les produits exonérés. Une société française pouvait en effet, grâce au système de déductibilité des charges financières, déduire de son assiette imposable les charges financières afférentes à l'acquisition de titres dont les produits (dividendes ou plus-value de cession) sont exonérés en application des différents régimes d'exonération français (régime mère-fille, régime de l'intégration fiscale...). Le manque-à-gagner engendré par cet effet de levier fiscal est encore plus important pour le Trésor public lorsque la filiale dont les titres ont été acquis se situe à l'étranger. Les dispositifs « anti-abus » visent ensuite à empêcher certains schémas d'optimisation fiscale comme les opérations de rachat à soi-même ou d'achat d'une société française par une société située à l'étranger par l'intermédiaire d'une société holding française.

Dans la mesure où le plafonnement des charges financières déductibles vise à limiter les

optimisations fiscales engendrées par le régime français particulièrement favorable de déductibilité des charges financières (autrefois qualifié de « paradis fiscal »[8], ce plafonnement se justifie. La superposition des dispositifs de limitation dans un « mille-feuille fiscal » des plus indigestes appelle toutefois la critique.

La perte de visibilité qu'elle entraîne pour les opérateurs économiques risque en effet d'avoir des conséquences néfastes sur l'investissement en France. Supprimer les dispositifs « anti-abus » existants pour les remplacer par un seul dispositif de limitation générale des charges financières déductibles, sur le modèle allemand, permettrait de contourner cet écueil : les « règles du jeu » seraient plus simples pour les entreprises ; les PME seraient également favorisées par une telle solution. Cette solution paraît néanmoins incomplète dans la mesure où les entreprises dont les charges financières nettes n'excèderaient pas 3 millions d'euros ne seraient soumises à aucun dispositif de plafonnement des charges financières déductibles, ce qui permettrait des abus. Une réponse possible serait de conserver les dispositifs de plafonnement du taux des intérêts versés aux associés ou aux entreprises liées (articles 39-1 3° et 212-I du CGI) ainsi qu'un ratio de sous-capitalisation. Une telle solution permettrait de simplifier le régime français de déductibilité des charges financières et donc d'accroître son attractivité pour les entreprises.

8 *M. Cozian et F. Deboissy,* Précis de fiscalité des entreprises, 2012, 35ème édition, p.329

LA PETITE RETROACTIVITE DES LOIS DE FINANCES : LES REMÈDES POSSIBLES À UNE PERVERSION DU DROIT FISCAL

Manon CHABBERT*, Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris Dauphine

Les décisions rendues par le Conseil constitutionnel le 29 décembre 2012 s'inscrivent dans la droite ligne de sa jurisprudence en matière de petite rétroactivité de la loi fiscale. L'absence de protection des contribuables contre la petite rétroactivité, qui nourrit depuis longtemps de nombreux débats, met en exergue un besoin impérieux : celui d'aménager la petite rétroactivité afin de rendre à la France un peu de stabilité et de prévisibilité en fiscalité, maîtres-mots de la sécurité juridique. L'évolution de la petite rétroactivité dans le sens d'une protection des contribuables est en marche, avec le droit européen comme élément moteur.

En ce qu'elles déterminent les ressources de l'Etat, les lois de finances constituent un des principaux leviers de la politique économique. En ces temps de crise, les contribuables sont donc *naturellement* sujets à des augmentations d'impôts aussi considérables qu'imprévisibles. Le législateur dispose en effet d'une importante marge de manoeuvre pour assurer l'équilibre du Budget de l'Etat puisqu'il peut prévoir dans les lois de finances pour l'année *n+1*, des dispositions qui s'appliquent aux revenus de l'année *n* qui vient de s'écouler. Ce phénomène porte le doux nom de « petite rétroactivité ».

Invention du Conseil d'Etat, la petite rétroactivité est la conséquence de la détermination du fait générateur de l'impôt. Celui-ci est réputé fixé en matière d'impôt sur le revenu (IR), au dernier jour de l'année civile de réalisation ou de mise à disposition des revenus[1], et en matière d'impôt sur les sociétés (IS), au jour de clôture de l'exercice[2], soit le 31 décembre généralement. A cette date précise, la loi de finances est déjà publiée (entre le 28 et le 30 décembre). Ainsi, bien qu'elle ait pour objet de s'appliquer à des revenus perçus antérieurement à son édiction, la loi de finances ne peut être qualifiée juridiquement de rétroactive dès lors que sa publication intervient tant que la période d'imposition de ces revenus n'est pas encore close. Il apparaît donc que les contribuables effectuent des opérations ou des choix dans un contexte fiscal défini, mais que celui-ci n'est pas immuable.

Bien que l'on distingue les dispositions « rétrospectives »[3] des dispositions rétroactives, les premières engendrent des conséquences analogues aux secondes. Les entreprises notamment peuvent voir les bases de leurs calculs microéconomiques, à l'origine de leurs choix financiers, bouleversées,

* Le présent article a été écrit par Manon Chabbert après des échanges avec Marc Guillaume, Secrétaire général du Conseil constitutionnel. L'article reflète uniquement les opinions personnelles de son auteur.

1 Article 12 du Code général des impôts - CE Ass., 5 janvier 1962, Sieur X, n° 46798.

2 Article 36 du CGI - CE Ass., 16 mars 1956, Sieur Garrigou, n° 35663

3 Terme employé par Bruno GIBERT, avocat associé, dans son rapport « Améliorer la sécurité du droit fiscal pour renforcer l'attractivité du territoire », de septembre 2004.3

quand il est déjà « trop tard ». La petite rétroactivité de la loi fiscale est donc source d'insécurité juridique pour les contribuables, qui effectuent des choix dans un contexte fiscal modifiable *a posteriori*.

Mais malgré ces aspects dommageables, une suppression pure et simple de la petite rétroactivité est inimaginable. Elle se justifie par des considérations politiques, économiques ou budgétaires, la loi de finances étant en effet un instrument de la politique conjoncturelle particulièrement important en ces temps de crise. A titre d'exemple, l'objectif affiché de la loi de finances pour 2013 était de ramener le déficit public à 3% en 2013, grâce à un « *effort budgétaire sans précédent de 30 Md€* »[4]. Il n'est donc pas surprenant que le législateur ait entendu limiter certains « avantages » fiscaux bénéficiant aux entreprises et ce, dès l'exercice clos le 31 décembre 2012.

Ces dispositions rétrospectives contenues dans la loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012 de finances rectificative pour 2012 (3), et dans la loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013 ont été validées par le Conseil constitutionnel le 29 décembre 2012[5]. Ces décisions récentes n'ont rien de singulier puisque le Conseil ne fait que confirmer sa jurisprudence antérieure, jurisprudence qui n'est d'ailleurs que partiellement satisfaisante en matière d'application de la loi dans le temps (I). Si la petite rétroactivité n'est pas prête de disparaître, malgré les critiques récurrentes qu'elle suscite (actions contentieuses, rapports divers, propositions de loi organique, etc.), son évolution est toutefois envisageable, et même déjà engagée sur le terrain du droit européen (II).

I. UNE JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE PARTIELLEMENT SATISFAISANTE

Les différentes formes de rétroactivité de la loi fiscale ne bénéficient pas du même degré de protection. Alors que le recours à la « pleine rétroactivité » connaît certaines limites (A), aucune protection du contribuable n'existe en matière de petite rétroactivité (B), domaine qui reste donc à la merci de la politique fiscale des gouvernements qui se succèdent.

A. La conception satisfaisante de la rétroactivité juridique

Le Conseil constitutionnel assure un équilibre entre la possibilité pour le législateur de prévoir des mesures rétroactives et la nécessaire protection des droits individuels des contribuables : grâce à ce principe dit de proportionnalité, la marge de manœuvre du législateur est encadrée par certaines limites.

Une loi est rétroactive lorsque sa date d'effet est antérieure à celle de sa publication. Elle dispose donc non seulement pour l'avenir, mais également pour le passé. L'article 2 du Code civil peut bien prévoir que « *la loi ne dispose que pour l'avenir* » et qu'« *elle n'a point d'effet rétroactif* », son rang simplement législatif en réduit considérablement sa force. D'autres normes législatives peuvent en effet y déroger. Le Conseil constitutionnel rappelle ainsi régulièrement qu'« *aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce qu'une disposition fiscale ait un caractère rétroactif* », quand bien même cette disposition rétroactive est contenue dans une simple loi de finances[6]

La seule limite constitutionnelle à la rétroactivité existe en matière répressive, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, aux termes duquel « *nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit* »[7].

Si le législateur peut modifier ou abroger rétroactivement des textes antérieurs non répressifs, la rétroactivité n'est toutefois pas sans limite. La jurisprudence du Conseil constitutionnel

4 Projet de loi de finances pour 2013, enregistré le 28 septembre 2012

5 Décisions du 29 décembre 2012, DC n°2012-661 (3ème LFR pour 2012) DC n°2012-662 (LFI pour 2013)

6 Décision n°98-404 DC du 18 décembre 1998. A l'inverse, il existe un principe général du droit de non-rétroactivité des actes administratifs (CE 25 juin 1948, *Société du Journal « l'Aurore »*)

7 La non rétroactivité concerne tant les sanctions pénales qu'administratives (décision n°250 DC du 29 décembre 1988), mais ne s'applique pas à une loi pénale plus douce (décisions n°127 DC des 19 et 20 décembre 1981).

subordonne en effet la constitutionnalité de la norme rétroactive au respect de plusieurs conditions, et notamment à la préservation des garanties légales des exigences constitutionnelles, et à l'existence d'un motif d'intérêt général suffisant[8].

N'importe quel motif ne peut justifier la rétroactivité d'une disposition, et le Conseil a eu l'occasion de le rappeler dans sa décision du 29 décembre 2012, lorsqu'il s'est penché sur la constitutionnalité de loi de finances pour 2013. Celle-ci prévoyait en son article 9, l'application du barème progressif de l'IR aux revenus capitaux mobiliers perçus en 2012, et pour lesquels les prélèvements forfaitaires libératoires avaient été opérés. Les Sages du Conseil constitutionnel ont censuré cette disposition, ce qui n'est guère étonnant. Un prélèvement forfaitaire est libératoire en ce qu'il emporte extinction de l'obligation fiscale : le contribuable est libéré de l'impôt. Le législateur aurait donc porté atteinte à une situation légalement acquise en remettant en cause de manière rétroactive le caractère libératoire des prélèvements forfaitaires. L'existence d'un motif d'intérêt général suffisant, qui aurait permis de justifier une telle atteinte, faisait défaut : la volonté du législateur d'« *assurer en 2013 des recettes supplémentaires* » – comme tout motif budgétaire de manière générale – ne constituait pas un motif d'intérêt général suffisant.

À l'inverse, le Conseil n'a pas condamné le caractère rétroactif de l'article 18 de la loi de finances rectificative pour 2012. La date d'effet de cette disposition, relative aux plus-values d'apport de valeurs mobilières et de titres dans une société contrôlée, remonte à celle du dépôt du projet de loi sur le bureau de l'Assemblée nationale, soit le 14 novembre 2012. L'objectif d'éviter que la publication du projet de loi par son dépôt n'entraine des opérations d'optimisation fiscale constitue bien un motif d'intérêt général suffisant.

B. La conception insatisfaisante de la petite rétroactivité

Si le Conseil constitutionnel s'autorise à remettre en cause des normes rétroactives qui ne remplissent pas les conditions requises, il n'en va pas de même en matière de petite rétroactivité qui est valable *per se*. Le principe de petite rétroactivité de la loi fiscale a été contesté à plusieurs reprises, mais jusqu'à présent sans aucun succès.

Le Conseil constitutionnel considère depuis longtemps que les dispositions des lois de finances s'appliquant aux revenus et bénéfices de l'année de leur promulgation ne sont pas rétroactives sur le plan juridique[9]. Or, l'exigence constitutionnelle d'un motif d'intérêt général suffisant s'applique aux seules lois qui portent atteinte à des situations légalement acquises, ce qui ne serait pas le cas des dispositions adoptées à la fin de l'année. A se fier aux Commentaires aux Cahiers du Conseil, la petite rétroactivité de ces dispositions serait même « *inhérente à des impositions acquittées en année n+1 sur des revenus ou des produits réalisés en année n* ».

Les sénateurs requérants dans le cadre de la saisine du Conseil le 20 décembre 2012, lui réclamaient de sonner le glas de la petite rétroactivité, car son aspect « rétroactif » porte « atteinte à la sécurité juridique du contribuable par la modification du traitement fiscal d'opérations en cours et à la confiance légitime garanties par les articles 2 et 16 de la Déclaration de 1789 ». Cette demande aurait été l'occasion pour le Conseil constitutionnel de mettre un terme à ce phénomène néfaste, ou du moins d'en limiter les effets.

Toutefois, dans la droite ligne de sa jurisprudence antérieure, le Conseil constitutionnel a confirmé la conformité à la Constitution de la petite rétroactivité. Les dispositions rétrospectives contenues dans la loi de finances pour 2013, à savoir les articles 22 (modifiant le mode de calcul de la quote-part

8 Décision n°98-404 DC du 18 décembre 1998, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999

9 La même règle s'applique à l'ensemble de la doctrine administrative, qui modifiable jusqu'au 31 décembre (CE Plén., 18 mars 1988, Firino-Martell, n°73693)

de frais et charges des plus-values sur titres de participation[10]), 23 (limitant la déductibilité des charges financières pour les sociétés soumises à l'IS[11]), et 24 (durcissant le mécanisme de report en avant des déficits des sociétés soumises à l'IS[12]), s'appliquent aux exercices clos au 31 décembre 2012. Les Sages de la Rue de Montpensier ont rappelé qu'aucune règle constitutionnelle n'impose le maintien des avantages fiscaux antérieurement accordés. Des dispositions adoptées antérieurement au fait générateur de l'impôt et qui reviendraient sur de tels avantages « *n'affectent pas des situations légalement acquises, et ne sont, dès lors, pas contraires à la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789* ».

De même, le Conseil n'a pas condamné la petite rétroactivité de l'article 15 de la troisième loi de finances rectificative pour 2012 (modifiant du régime fiscal des produits imposables résultant des cessions à titre onéreux d'un usufruit temporaire[13]).

L'objectif principal de ces mesures rétrospectives est clair : le législateur entend faire contribuer autant que faire se peut les grandes entreprises au redressement des Finances Publiques. Si la petite rétroactivité n'est pas une rétroactivité juridique, il va sans dire qu'elle en a les conséquences sur le plan économique. Le projet de loi de finances rétrospective oblige en effet les entreprises à revoir brusquement leurs prévisions. Limiter le recours à la petite rétroactivité par les pouvoirs publics s'avère donc pressant.

II. UNE NÉCESSAIRE ÉVOLUTION DE LA THÉORIE DE LA PETITE RÉTROACTIVITÉ

Parce que la qualifier de « petite » ne lui ôte en aucun cas son caractère rétroactif, la petite rétroactivité nécessite, à l'instar de la rétroactivité, de faire l'objet de limites. L'encadrement de l'action du législateur dans un domaine aussi sensible et évolutif que le droit fiscal a été amorcé récemment sur le terrain du droit européen, par le biais d'une exception au principe de petite rétroactivité (A). L'évolution dans le sens d'une protection des contribuables pourrait être poursuivie sur le plan strictement interne (B).

A. Une évolution amorcée sur le fondement du droit européen

Le droit européen est l'élément moteur de l'évolution conceptuelle de l'application de la loi dans le temps : tant la Cour de Justice de l'Union européenne que la Cour européenne des droits de l'Homme oeuvrent dans le sens d'une protection des contribuables. Leur jurisprudence influence plus ou moins fortement les juges français.

La Cour de justice de l'Union européenne prête une attention particulière à la sécurité juridique, et à sa variante, la confiance légitime. Les juges de Luxembourg estiment ainsi que « *si, en règle générale, le principe de la sécurité des situations juridiques s'oppose à ce que la portée dans le temps d'un acte communautaire voie son point de départ fixé à une date antérieure à sa publication, il peut en être autrement, à titre exceptionnel, lorsque le but à atteindre l'exige et lorsque la confiance légitime des intéressés est dûment respectée* »[14].

En droit interne, la sécurité juridique est un élément de la sûreté, un des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme prévus par l'article 2 de la Déclaration de 1789. Malgré cela, le Conseil constitutionnel s'est toujours refusé à ériger la sécurité juridique et la confiance légitime

10 Le taux de la quote-part de frais et charges est dorénavant de 12%, et s'applique au montant brut des plus-values (articles 219 quinquies et 223 F al. 4 du CGI)

11 Une fraction de 15% des charges financières nettes afférentes aux sommes laissées ou mises à disposition d'une entreprise non membre d'un groupe fiscal intégré doit être réintégrée (article 212 bis du CGI).

12 L'imputation des déficits antérieurs sur le bénéfice est limitée à un montant d'1 M€, majoré de 50% du montant excédant 1 M€ (article 209 I du CGI)

13 Article 13, 5° du CGI

14 CJCE, Gr. Ch. 28 novembre 2006, aff. C-414/04, *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*

en principes constitutionnels[15]. Ces principes généraux du droit de l'UE apparaissent toutefois en filigrane de sa jurisprudence protectrice en matière de rétroactivité de la loi fiscale. À l'instar du Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat ne reconnaît qu'implicitement ces principes communautaires, lesquels ne peuvent recevoir – officiellement – application que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit de l'UE[16].

Bien que les juges français estiment que la petite rétroactivité ne porte pas atteinte aux principes de sécurité juridique et de confiance légitime[17], leur consécration expresse, au delà d'une constitutionnalisation en substance, permettrait à terme une plus grande protection des « *particuliers contre des modifications de la règle de droit, qui, même si elles sont légales, sont à ce point brutales que leurs conséquences sont inévitablement choquantes* »[18].

Le paysage juridique a connu une avancée jurisprudentielle récente avec la décision *Société Epi*, rendue en formation plénière par le Conseil d'Etat le 9 mai 2012[19], et qui pose la première limite à la petite rétroactivité des lois de finances. La Haute juridiction de l'ordre administratif a confronté la théorie de la petite rétroactivité aux principes issus de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, et plus précisément au droit au respect des biens et à l'espérance légitime. Ces principes découlent de l'article 1 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui prévoit que « *toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens* ». Les juges strasbourgeois donnent une conception large de la notion de biens, puisqu'ils y incluent les créances, même non constatées ou liquidées, constituant une espérance légitime pour celui qui les détient[20].

L'arrêt *Société Epi* concernait un crédit d'impôt qui avait été institué pour une durée de trois ans pour les entreprises créatrices d'emplois, puis supprimé rétrospectivement avant l'échéance. Les juges ont estimé que ce dispositif incitatif était de nature à laisser espérer son application sur l'ensemble de la période prévue. La société requérante avait eu l'espérance légitime de bénéficier de ce crédit d'impôt lorsqu'elle avait recruté des salariés supplémentaires, et cette espérance légitime devait être regardée comme un bien. Dès lors, le Conseil rappelle que pour adopter de nouvelles dispositions qui remettent en cause de manière rétroactive des droits patrimoniaux découlant de lois en vigueur, le législateur doit « *ménager un juste équilibre entre l'atteinte portée à ces droits et les motifs d'intérêt général susceptibles de la justifier* ».

Ainsi, un dispositif incitant le contribuable à adopter un comportement déterminé, et qui est limité dans le temps, permettrait aux contribuables de se prévaloir d'une espérance légitime contre sa suppression de manière anticipée (bien que l'on soit dans le champ de la petite rétroactivité). Toutefois, l'espérance légitime doit être écartée si les contribuables sont informés suffisamment tôt de la future suppression du régime de faveur, par exemple via un rapport parlementaire.

15 D'une part, ces principes sont absents en tant que tels du bloc de constitutionnalité (décision n° 96-385 DC du 30 décembre 1996, *Loi de finances pour 1997)*, et d'autre part, ils pourraient faire croire aux administrés que « *les situations juridiques résultant des lois sont définitivement établies et que le législateur ne pourrait les modifier* » (« La sécurité juridique en droit constitutionnel français », François Luchaire, Président honoraire de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), ancien membre du Conseil constitutionnel).12 Amendement n° 206 présenté par M. Lachaud, M. de Courson, M. Perruchot et M. Vigier et les membres du groupe Nouveau

16 CE, 27 juin 2008 *Sté d'exploitation des sources Roxane,* n° 276848. Dans le même sens : CE, 8e et 3e SSR, 9 juillet 2012, *SAS Bineau Agri Service*, n°359478

17 Cf note précédente

18 J. P. Puissochet, juge à la Cour de Justice, « Vous avez dit confiance légitime ? » : le principe de confiance légitime en droit communautaire, *in* L'Etat de droit, Mél. en l'honneur de G. Braibant : Dalloz 1996, p. 593

19 CE Plén. 9 mai 2012, min. c/ Société Epi, n°308996

20 CEDH 16 avril 2002, Dangevielle c/ France, n°36677/97 - L'espérance légitime d'obtenir la restitution d'une somme d'argent doit être regardée comme un bien au sens de l'article 1 P1 (CE 19 novembre 2008, Société Getecom, n°292948)

B. Une évolution à poursuivre sur le terrain du droit interne

Cette évolution, bien que circonscrite, révèle que le juge administratif n'est pas insensible aux débats que suscite la question de l'instabilité de la norme fiscale. Le recours, parfois abusif, à la petite rétroactivité cause des désagréments tels qu'un encadrement législatif et jurisprudentiel au-delà de la protection des régimes fiscaux incitatifs, serait le bienvenu.

Une solution primaire serait de modifier le critère d'application de la loi dans le temps, en le fixant ainsi au 1er janvier de l'année à venir, ou à l'ouverture de l'exercice. Fixer en début d'année l'assiette et le taux de l'IR et de l'IS serait avantageux pour le contribuable en ce qu'il connaitrait, a priori, la charge fiscale applicable à telle ou telle opération. Mais à bien y réfléchir, cela ne semble ni possible, ni souhaitable : il est nécessaire de préserver une certaine réactivité de la politique fiscale, et un tel changement serait source d'une grande complexité[21].

Une autre solution serait de rendre prévisible la durée de vie des nouveaux dispositifs, une des préconisations d'Olivier Fouquet dans son rapport sur l'amélioration de la sécurité juridique en matière fiscale[22]. Sa proposition 2 consiste à inscrire dans la Loi Organique relative aux Lois de Finances une disposition qui prévoit que, pour chaque nouvelle dépense fiscale, devrait être précisée la durée de validité du dispositif, durant laquelle il ne pourra être modifié que dans certains cas (notamment en cas de motif impérieux d'intérêt général). Combinée avec la jurisprudence *Sté Epi*, cette mesure renforcerait l'efficacité des dispositifs fiscaux incitatifs.

Un « *changement rétroactif des règles du jeu fausse les arbitrages des agents économiques (particuliers comme entreprises)* »[23], il apparaît ainsi nécessaire d'exclure certaines opérations du champ d'application de la petite rétroactivité. Le juge pourrait considérer que dès lors qu'il y a eu transfert de propriété dans un contexte fiscal déterminé, il n'est pas possible de remettre en cause ce contexte a posteriori. Cette « *opération juridique de transmission d'un droit* »[24] figerait ainsi définitivement le régime fiscal applicable lors de sa réalisation. Aurait ainsi pu être concernée par une telle limitation la modification du régime fiscal des plus-values sur cession de participation prévue par l'article 22 de la loi de finances pour 2013.

Le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement que sa jurisprudence protectrice sur la rétroactivité de la loi ne s'applique qu'en cas d'atteinte à une situation légalement acquise. Mais on ne peut déduire que la petite rétroactivité ne porte pas atteinte *ipso facto* à une situation légalement acquise, du seul fait qu'elle intervienne avant le fait générateur de l'impôt. Elle ne devrait donc pas être exclue, en soi, du champ d'application de la jurisprudence protectrice du Conseil. Celle-ci pourrait trouver à s'appliquer en cas de petite rétroactivité de la loi fiscale, si l'on considérait par exemple que la situation issue d'un transfert de propriété est « légalement acquise ».

Une telle limitation constituerait un petit pas pour le juge, mais un grand pas pour la fiscalité, car on ne le répètera jamais assez : le degré de sécurité juridique en matière fiscale est perfectible.

21 Dans son rapport précité, Bruno Gibert démontre en quoi la suppression de la petite rétroactivité n'est pas opportune.
22 Olivier Fouquet, à l'époque président de Section au Conseil d'Etat, « Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche », Rapport de juin 2008
23 Cf note précédente.
24 Vocabulaire juridique, Gérard Cornu, Association Henri Capitant

LA LIBRE CIRCULATION DES PERTES AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE

Matthieu SABONNADIÈRE, Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris Dauphine
Sous la direction de **Thierry LAMBERT,** Professeur à l'Université Aix-Marseille,
Président de l'Institut international des sciences fiscales – 2iSF

La décision Marks & Spencer et ses suites participent à une harmonisation progressive de la circulation des pertes au sein de l'Union européenne, sans pour autant que la France en tire toutes les conséquences juridiques. Pourtant il existerait pour les PME françaises un avantage économique réel qui ne doit être perdu de vue. Cela oblige à s'interroger à la fois sur l'opportunité économique de fluidifier la circulation des pertes et à la fois sur les obligations juridiques européennes qui s'imposent à la France.

Par un hasard du calendrier, l'implantation des magasins Mark & Spencers en France correspond au retour de la décision homonyme dans l'actualité judiciaire.

Souvenons-nous : il y a huit ans, la Cour de Justice déclarait possible l'atteinte à la liberté d'établissement par le dispositif britannique interdisant la prise en compte de pertes d'entités étrangères d'un groupe au Royaume-Uni, à la double condition que cette mesure soit justifiée par un motif impérieux d'intérêt général et que la restriction soit nécessaire et proportionnée aux objectifs à atteindre[1]. La même solution devait, plus tard, s'appliquer aux pertes des succursales étrangères[2].

La justification était l'objet d'un tryptique : « *Premièrement, les bénéfices et les pertes seraient, en matière fiscale, les deux faces d'une même médaille, qui devraient être traitées de façon symétrique dans le cadre d'un même système fiscal, afin de sauvegarder une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les différents Etats membres intéressés. Deuxièmement, si les pertes étaient prises en compte dans l'Etat membre de la société mère, il existerait un risque qu'elles fassent l'objet d'un double emploi. Enfin, troisièmement, si les pertes n'étaient pas prises en compte dans l'Etat membre d'établissement de la filiale, il existerait un risque d'évasion fiscale* »[3]. Ces critères ont ensuite été réduits à deux, après l'abandon du risque d'évasion fiscale[4], puis à un seul, la répartition équilibrée du pouvoir d'imposer entre les Etats membres de l'UE[5].

Cette justification était valable à condition que le régime en cause n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. C'est le critère de proportionnalité.

Récemment, la décision Mark & Spencers a été reprise dans une décision du tribunal administratif de Montreuil[6], ce dernier décidant que l'impossibilité

1 CJCE, 13 décembre 2005, aff. C-446/03, Marks & Spencer
2 CJCE, 15 mai 2008, aff. C-414/06, Lidl Belgium
3 CJCE, 13 décembre 2005, aff. C-446/03, Marks & Spencer, n°40
4 CJCE, 15 mai 2008 aff. C-414/06, *op. cit.*
5 CJUE, 25 février 2010 aff. C-337/08, X Holding BV
6 TA Montreuil, 1ère ch., 14 octobre 2010, n° 08-9608 et 09-2754, Sté Agapes : RJF, 4/11, n° 528

pour les filiales étrangères d'être éligibles à l'intégration fiscale était justifiée et proportionnée.

Cependant, un élément du raisonnement de la Cour de Justice semble avoir été négligé en France ; selon la décision Mark & Spencers, il est disproportionné d'interdire à une société britannique de déduire les pertes de sa filiale non résidente dès lors que cette dernière a épuisé toutes les possibilités de compensation dans l'État où elle est établie. Ce raisonnement est transposable à la France.

Or, aucune disposition de droit français ne reprend cet élément, pas même la décision Agapes précédemment citée.

Il serait donc impossible de faire remonter les déficits des filiales ou succursales étrangères, que ce soit directement ou par l'intégration fiscale. Si on ajoute à cela la récente restriction des abandons de créances[7] aux sociétés en difficultés, la circulation des pertes semble totalement bloquée.

Pourtant, la circulation des pertes est loin de n'être qu'une opportunité d'optimisation, elle peut notamment inciter des sociétés à se développer à l'étranger en réduisant les risques financiers (I). S'il existe des possibilités résiduelles en droit positif de parvenir à une telle circulation, le droit de l'UE propose des mesures qui devraient être adoptées par la France (II).

I. LES AVANTAGES ÉCONOMIQUES LIÉS À LA CIRCULATION INTERNATIONALE ET EUROPÉENNE DES DÉFICITS

Alors que la France est un acteur clef de l'Europe et l'une des premières puissances mondiales, il est surprenant de constater que les investisseurs français ne sont pas incités à se tourner vers l'étranger (A). Un régime fiscal répondant mieux aux enjeux économiques des opérations menées par les entreprises pourrait être opportun (B).

A. La réduction des incitations à l'investissement à l'étranger

En ces périodes de crise, les Etats sont tentés de maintenir sur leur territoire les capitaux et les activités afin de ménager l'emploi et l'assiette imposable. En effet, en vertu du principe de territorialité, ne seront soumis à l'impôt en France que les activités exploitées en France, ce qui revient à sortir du giron de l'impôt français tous les investissements faits à l'étranger et rattachables à une base fixe à l'étranger. Si ce principe est devenu inhérent au droit fiscal français, deux mesures phares prises en 2012 illustrent bien la volonté de rendre l'implantation à l'étranger moins avantageux, alors même que la liberté de circulation des capitaux est une des valeurs fondamentales de l'UE.

1. La fin du bénéfice mondial

Tout d'abord, l'article 3 de la loi n° 2011-1117 du 19 septembre 2011, de finances rectificative pour 2011 a mis fin au bénéfice mondialisé et au bénéfice consolidé[8] : le premier permettait à une société mère d'un groupe de faire remonter les résultats, et surtout les déficits, de ses entités étrangères quand le second permettait de consolider les résultats de toutes les entités françaises.

Ces dispositions ont été condamnées par le public au nom de la justice fiscale ; dispositions réservées à de grands groupes sur agrément, elles permettaient à ceux-ci de nettement réduire leur imposition quand les PME devaient subir les affres de la territorialité.

Mais au-delà de telles considérations, il convient de se pencher sur l'opportunité économique du bénéfice mondialisé.

Quand celui-ci a été abandonné, cinq sociétés en bénéficiaient, notamment Total et Vivendi. Se pencher sur le cas de Total suffit à apprécier les bienfaits du système. Pour développer un grand groupe pétrolier se pose en fiscalité une question épineuse : comment faire supporter à une société

7 Loi n° 2012-958 du 16 août 2012, de finances rectificative pour 2012, art. 17
8 CGI, art. 209 quinquies, abrogé

le coût de la prospection et de la construction d'implantations à l'étranger représentant des années de pertes franches ?

La réponse est simple, en permettant à la société de déduire de son imposition en France les déficits des entités étrangères créées pour de telles missions. Ainsi, il devient possible pour une société française de s'implanter à l'étranger et de supporter le poids d'exercices déficitaires.

Ce système, susceptible d'abus comme tout système, a l'intelligence de répercuter le risque économique de l'implantation sur la fiscalité.

2. Epée de Damoclès au dessus de l'exit tax

Délocalisation. A lui seul ce mot accuse une mondialisation au service du capital. Il ne s'agit cependant pas de porter un jugement sur les choix économiques poussant au transfert de l'entreprise, mais sur le traitement fiscal qui est réservé aux entreprises. Les enjeux se cristallisent en particulier lors de la délocalisation du siège social.

Il n'y a alors qu'une seule question que se pose Bercy : comment imposer la prise de valeur en France des actifs ?

C'est en effet un vrai problème qui se pose pour l'Etat : un actif, prenons une marque pour notre exemple, a pris de la valeur en France et, comme elle n'a jamais été cédée, il n'y a pas eu d'imposition de cette prise de valeur par la France. Si en se délocalisant, la société emporte avec elle cet actif, l'administration fiscale risque de perdre l'opportunité d'imposer la prise de valeur de la marque en France, puisque, par son déplacement géographique, elle se trouvera imposée dans le nouveau pays de résidence de la société, lequel aura le droit d'imposer en vertu du principe de territorialité (partagé par la majorité des Etats).

Le même raisonnement peut s'appliquer aux résidents souhaitant quitter la France pour un Etat européen et qui ont dans leur patrimoine de nombreuses plus-values latentes[9].

Ces enjeux semblaient résolus par l'article 221, 2 du CGI : le transfert de société entraînait imposition immédiate de toutes les plus-values latentes. Cet effet était neutralisé, selon l'administration, si la société maintenait en France des établissements stables ainsi que des actifs.

Cela aurait pu continuer sans l'intervention de la CJUE contre un dispositif néerlandais similaire[10], condamné pour atteinte disproportionnée à la liberté d'établissement.

Le dispositif français connaissant les mêmes vicissitudes, c'est en urgence qu'il a été rectifié par la troisième loi de finances rectificative pour 2012[11]. Le contribuable a désormais le choix entre une imposition immédiate de ces plus-values ou leur imposition fractionnée sur cinq ans, par cinquièmes. Ce dispositif soulève de nombreuses questions sur son adéquation avec la jurisprudence européenne, notamment parce que, si elle accorde à l'Etat de percevoir l'enrichissement économique acquis dans cet Etat, elle s'oppose à la perception immédiate de cet enrichissement lors du départ du siège ou établissement[12].

Malgré tout, il semblerait qu' «une réglementation nationale offrant le choix à la société qui transfère son siège de direction effective vers un autre État membre entre, d'une part, le paiement immédiat du montant de l'imposition et, d'autre part, le paiement différé du montant de ladite imposition, assorti, le cas échéant, d'intérêts selon la réglementation nationale applicable, constituerait une mesure moins attentatoire à la liberté d'établissement »[13]

9 Condamnation de la France par l'arrêt rendu par la CJCE le 11 mars 2004 « Lasteyrie du Saillant » (aff. C-9/02)

10 CJUE, 29 novembre 2011, aff. C-371/10, National Grid Indus, réitéré par deux arrêts récents rendus contre le Portugal (CJUE, 6 septembre 2012, aff. C-38/10) et les Pays-Bas, à nouveau (CJUE, 31 janvier 2013, aff. C-301/11).11 Cf. II.A pour des explications complémentaires

11 Loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012

12 Stéphane Contargyris, in Mementis Francis Lefebvre, Avis d'Experts, 25 janvier 2013

13 CJUE, 6 septembre 2012, aff. C-38/10, § 32

Si on ajoute à ces éléments la surveillance accrue que porte l'administration aux prix de transfert, Marks & Spencer ne vient que contribuer à la dissuasion de l'investissement à l'étranger. Du moins au premier abord.

B. La possible incitation par la réduction des risques financiers

Toutes ces mesures coercitives semblent ne pas prendre en compte les impératifs économiques des sociétés françaises. En effet, une société a besoin de pouvoir investir à l'étranger (1) : nouveau marché, localisation stratégique, rachat de concurrents et tant d'autres considérations peuvent justifier ce choix. Il est nécessaire de proposer un régime fiscal soutenant la croissance de ces sociétés (2).

1. La nécessaire intégration du risque de l'investissement par la fiscalité

Un investissement recèle une part de hasard. Dans le langage des affaires, le hasard s'appelle le risque. Ces risques sont multiples : les clients peuvent ne pas adhérer au produit, la filiale en question peut être structurellement déficitaire, la réglementation trop lourde, une crise peut éclater ou la société être nationalisée, etc..

Cela se traduit par un cycle de vie en trois actes : la filiale (ou succursale) est déficitaire dès son implantation, ce qui semble être le cas prévisible, la filiale devient structurellement déficitaire et enfin la filiale est liquidée.

En France, un investisseur souhaitant se développer pourra toujours établir une succursale sur le territoire, ou créer un groupe intégré avec une filiale, afin de faire remonter ses pertes. Ainsi, les déficits créés en début d'exploitation ne seront pas perdus.

En revanche, à l'étranger, l'investisseur français en question verra l'entité, à moins qu'une convention lui en attribue l'imposition, produire des déficits sans pouvoir les faire remonter. C'est un risque inhérent à l'investissement dont on peut attendre qu'il ait été pris en compte par l'investisseur.

Alors que le risque sera le même, voire davantage à l'étranger, c'est finalement l'investisseur qui reste en France qui sera le plus protégé.

Le seul régime qui tendrait à corriger cette dissymétrie serait la possibilité pour la société française de déduire les pertes de sa filiale européenne, sous réserve de les réintégrer dès que cette entité devient bénéficiaire[14]. Cependant, il est symptomatique de constater que ce régime n'est que résiduel et qu'il n'existe que grâce à une initiative européenne.

En cours de vie, il semble impossible de faire remonter les pertes étrangères, sauf convention fiscale stipulant en ce sens, alors que cela est possible entre sociétés françaises.

C'est à la mort de la société que tout semble se délier. D'une part, il semble possible, selon l'arrêt Marks & Spencer, de faire remonter les pertes devenues inutilisables dans l'Etat européen, mais aussi de réaliser un abandon de créance déductible pour la société française[15].

On peut d'ores et déjà constater que le risque de l'investissement n'est finalement pris en compte que lorsque ce dernier a échoué.

2. Le besoin de considération des enjeux de croissance par la fiscalité

Nous sommes donc dans un système qui potentiellement ne permet que de récupérer les miettes des déficits de la société étrangère.

Sans doute cela permet-il de conserver de la base imposable en France et de limiter les montages -quoique entre l'abus de droit et la notion de substance de tels montages artificiels deviennent fragiles- mais à quel prix ?

La réalité économique, c'est que les PME représentent 98 % des sociétés françaises, plus de 6 millions de salariés, un tiers du chiffre d'affaires et la moitié de la valeur ajoutée générés en France.

---

14 CGI, art. 209 C.

15 CE Sect., 16 mai 2003, n° 222956, publié au recueil Lebon, société Télécoise ; loi n° 23012-958 du 16 août 2012, de finances rectificative pour 2012

Ce sont ces PME qui constituent la base de notre économie, et du fait de leur taille restreinte, ce sont pourtant elles qui ont le plus vocation à se développer. Leur manque de moyens freine pourtant cette quête : les obstacles sont juridiques et financiers, la prise de connaissance des marchés et les moyens de prospection manquent à ces structures. C'est précisément pour cela qu'il faut accompagner leurs tentatives de développement à l'étranger, qu'il faut soutenir leurs efforts et leur permettre de renverser ces barrières.

En période de crise, les sociétés ont tout intérêt à se développer, y compris à l'étranger, afin de consolider leurs actifs, de se rendre plus solide face à un marché difficile et des banques toujours plus frileuses.

Les Etats peuvent régler ces problèmes par la conclusion de conventions internationales de répartition de l'imposition. Mais cela conduirait à une étude casuistique des conventions conclues par la France et le reste du monde.

Ainsi, l'analyse juridique doit être cadrée sur les échanges intracommunautaires. En effet, les 27 Etats membres se sont unis pour la construction d'une union économique. Les fusions-acquisitions, dividendes, redevances et TVA sont autant de domaines pour lesquels les frottements fiscaux ont été réduits sur l'impulsion de l'UE. Ne serait-il pas temps d'aller plus en avant et de permettre à une société française de traiter sa succursale communautaire de la même manière qu'une succursale française ? N'est-il pas souhaitable que l'UE favorise le développement de l'investissement entre ses membres ?

Cette solution que le plaignant défendait a malheureusement été refusée par le tribunal administratif de Montreuil dans l'affaire «Agapes»[16], reprenant exactement les arguments de la CJUE dans l'affaire Marks & Spencer et ses suites.

Cette décision n'est cependant pas sans perspectives ; elle permet de rappeler que la limitation de la circulation des déficits est une exception puisqu'elle doit être justifiée devant la CJUE, et que devant, dès lors, être proportionnée, elle ne peut être illimitée. Cela ouvre donc le débat sur la nécessité de mesures juridiques fluidifiant la circulation des déficits en Europe, les mesures existantes en droit français et celles insufflées par le droit de l'UE.

II. LA NÉCESSITÉ DE MESURES JURIDIQUES FLUIDIFIANT LA CIRCULATION DES DÉFICITS ENTRE LES ETATS MEMBRES DE L'UE

Nécessité économique, nécessité européenne, la circulation des déficits pose en France la question des mesures existantes (A) et des mesures appelées par le droit de l'UE (B).

A. L'insuffisance des mesures existantes

Du fait de la territorialité de l'impôt sur les sociétés, les sociétés doivent retourner le problème si elles veulent tirer profit des déficits étrangers. Pour cela s'était développée la pratique des abandons de créances, qui étaient pour la plupart déductibles. Mais cette possibilité a été à la fois restreinte (1) et soumise au régime des transferts indirects de bénéfices (2).

1. La réduction des possibilités d'abandons de créances transfrontaliers

Il n'a échappé à aucun observateur que la deuxième loi de finances rectificative pour 2012[17] avait modifié l'article 39 CGI dans le sens de la restriction des abandons de créance à caractère financier. Désormais, pour être déductible il faut que l'abandon ait un intérêt pour son auteur, que cet intérêt soit financier ou patrimonial et, nouveauté, que la société bénéficiaire soit en procédure collective (ou accord homologué). La déductibilité sera alors limitée à la fraction de la situation nette négative

16 TA Montreuil, 14 octobre 2010 n° 08-9608 et 09-2754, Sté Agapes, op. cit. : RJF, 4/11, n° 528
17 Loi n° 2012-958 du 16 août 2012

de la bénéficiaire et au delà pour les fraction des participations détenue par les autres associés[18]. De fait, il semble difficile, notamment en raison des différences entre les régimes juridiques, d'appliquer ces dispositions à des sociétés étrangères. De ce point de vue c'est donc tout un pan de l'abandon de créance qui s'effondre, puisque ceux-ci ne seront pas déductibles du résultat de la société qui les consent à une société étrangère.

Il paraît utile de préciser que sont assimilées à l'abandon de créance les subventions[19] et renonciations à recettes[20].

C'est donc une quantité non négligeable d'opérations qui se trouvent contrariées par cette disposition.

2. L'assimilation des abandons de créances transfrontaliers à des transferts indirects de bénéfices

Restent donc les abandons de créance dits commerciaux, qui vont concerner des sociétés qui entretiennent des relations commerciales.

Il est admis que les abandons de créances (ou aides) consentis à des entités étrangères bénéficient du même régime que les sociétés françaises[21]. Il faudra alors prouver l'intérêt pour la société qui consent l'abandon, preuve qui sera rapportée si l'abandon est consenti pour maintenir des débouchés ou préserver des sources d'approvisionnement. Dans le cas de sociétés étrangères, le caractère normal s'apprécie en tenant compte des spécificités du droit étranger[22].

On ne peut que se féliciter de ces dispositions qui s'efforcent de prendre en compte les différences de situation afin d'homogénéiser le régime des abandons de créances.

Le Conseil d'Etat est même allé plus loin puisqu'il a permis la déduction des abandons de créance commerciaux octroyés à une filiale étrangère dans les mêmes conditions que pour une filiale française. Cela signifie qu'on ne considère que l'intérêt propre de chacune et non l'intérêt de groupe, et que ces transactions doivent se faire au prix de revient[23], quand il s'agit de prestations à conditions préférentielles caractérisant une subvention. Il est même admis que cela porte sur les aides à une filiale étrangère en phase de démarrage[24] ou pour éviter un dépôt de bilan[25].

Le point qui peut venir limiter l'usage de ces possibilités est la législation sur les transferts indirects de bénéfices à l'étranger[26], qui oblige les sociétés à justifier de la méthode de détermination du prix pour les flux et prestations de services intragroupes. Cela concerne donc directement les aides intragroupes. Cette preuve est par nature difficile à ramener, aussi, la plupart du temps, il est plus sûr de demander l'accord préalable de l'administration afin de ne pas risquer un redressement, par la voie du rescrit[27].

Finalement, l'aide intragroupe permet de profiter des déficits étrangers, non pas en les faisant remonter en France mais en permettant de transférer les bénéfices français à l'étranger. Il n'est donc pas surprenant qu'elle subisse les limites du régime des prix de transferts et que son efficacité en pâtisse.

B. Les mesures insufflées par le droit de l'UE

L'article 209 C du CGI est la seule mesure permettant véritablement une circulation des pertes qui ait été adoptée en France et on peut souhaiter qu'elle se généralise à toutes les sociétés (1). Les décisions liées à l'arrêt Marks & Spencer soulèvent quant à elles des interrogations sur le traitement des pertes

18 CGI, art. 39,13
19 BOI-BIC-BASE-50-10 n° 50
20 BOI-BIC-BASE-50-10 n° 60
21 CE plen., 30 mars 1987, n° 52754, publié au recueil Lebon, S.A. «Labo Industries»
22 CE 7 septembre 2009 n° 303560
23 CE Sect., 24 février 1978, n° 02372, publié au recueil Lebon : BIC-IX-54545
24 BIC IX-58315
25 BIC IX-58295
26 CGI, art. 57
27 LPF, art L. 80 B

inutilisables localement qui devraient d'urgence être traitées par la France (2).

1. La solitude de l'article 209 C CGI

Jusqu'au 1er janvier 2004, il était permis de constituer une provision pour investissement à l'étranger. Cette disposition a été analysée par la Commission européenne comme une aide d'Etat et a été supprimé.

Pour favoriser les entreprises françaises, tout en se conformant aux exigences de la Commission et éviter sa censure, le législateur a prévu un nouveau dispositif sous forme d'une incitation fiscale simple -l'imputation directe des pertes subies à l'étranger sur le résultat imposable en France- et facile d'application -les déficits étrangers sont imputés tels quels sans avoir à être retraités suivant les règles du CGI[28].

Cette disposition répond tout à fait aux enjeux économiques que nous avions évoqués précédemment, à savoir la nécessité d'accompagner les entreprises françaises dans leur développement à l'étranger. Ce dispositif a un champ très large, puisqu'il s'applique aux PME européennes[29]. L'autre condition est que l'installation ou succursale étrangère soit sise dans un Etat membre de l'UE ou dans un Etat ayant conclu avec la France une convention contenant une clause d'assistance administrative. La filiale doit être détenue à plus de 95 %.

Le mécanisme sera alors le suivant : dans un premier temps, la société française pourra imputer sur son résultat les déficits de l'entité étrangère. Dans un second temps, la société française devra réintégrer ces déficits, soit parce que la société étrangère est devenue bénéficiaire, soit parce que 5 ans se sont écoulés sans qu'elle devienne bénéficiaire. Ce n'est donc qu'un avantage de trésorerie pour l'implantation de filiales, et non une libre circulation des déficits. Néanmoins cette disposition est extrêmement favorable puisqu'on sait que ce sont les années suivant immédiatement l'implantation qui sont les plus difficiles financièrement pour une société, à condition bien sûr de supporter le poids de la réintégration ultérieure.

On pourrait souhaiter une généralisation de ce dispositif à l'ensemble des sociétés souhaitant investir dans l'UE, surtout qu'un tel système a été approuvé par la CJUE dans la décision Kranheinheim[30]. Ce n'est d'ailleurs pas le seul dispositif appelé des voeux de la CJUE qui devrait trouver application en France.

2. L'épineuse question des pertes inutilisables localement dans un Etat de l'UE

Si l'arrêt Marks & Spencer a approuvé le dispositif de «group relief», c'était sous réserve que les pertes inutilisables localement dans l'Etat de source puissent remonter à l'Etat de résidence ; ainsi, le pouvoir d'imposer est équitablement réparti puisqu'un seul Etat, et non aucun, prendra en compte ces pertes.

Cette réserve a ensuite été reprise, jusqu'à ce que la décision X Holding BV[31] ne vienne semer le trouble. En omettant le test de proportionnalité, la CJUE causa de nombreuses interrogations sur le maintien du critère des pertes inutilisables. Mais à la lecture des arguments de l'avocat général Juliane Kokott, il est apparu que cette décision ne remettait pas en cause l'acquis de Marks & Spencer sur ce point[32]. Il y a donc tout lieu de considérer que le critère des pertes inutilisables localement a été implicitement confirmé. Ce doute a été dissipé par la récente décision A Oy[33]. La CJUE a réitéré explicitement le raisonnement de la décision Marks & Spencer jusqu'à la condition relative aux pertes localement inutilisables[34], alors même que le même avocat

28 Agnès de l'Estoile-Campi, in Paroles d'Experts, 28 mai 2009, Ed. Francis Lefebvre
29 Il s'agit des entreprises occupant moins de 2 000 salariés et qui ne sont pas détenues directement ou indirectement à plus de 25 % par une entreprise ou de manière conjointe par plusieurs entreprises ayant un effectif salarié supérieur à 2 000 salariés.
30 CJUE, 23 octobre 2008, aff. C-157/07, Krankenheim
31 CJUE, 25 février 2010 aff. C-337/08, X Holding BV
32 n° 964, Droit fiscal des affaires, Daniel Gutmann, Ed. Montchrestien, éd. 2011
33 CJUE, 21 février 2013, aff. C-123/11
34 CJUE, 21 février 2013, aff. C-123/11, n°48 et 49

général proposait l'abandon de ce raisonnement[35]. Même si cette dernière décision s'applique aux fusions transfrontalières et non aux pertes des filiales et succursales, il est possible d'en déduire que la grille d'analyse tirée de la décision Marks & Spencer a vocation à s'étendre à de nouvelles opérations et ne peut plus être ignorée des Etats membres.

Mais les principes du droit européen ne donnent pas autorité absolue de chose jugée à une décision de la CJUE. Aucune décision ne s'étant encore appliquée à la France à la suite de Marks & Spencer, celle-ci n'est pas contrainte de tirer les conséquences du critère des pertes inutilisables localement. Cependant la CJUE œuvre pour l'harmonisation du droit de l'Union européenne et le respect des grandes libertés des Traités, et en tant qu'Etat membre la France doit donc se conformer aux solutions de la Cour sans attendre une éventuelle condamnation. Si on analyse la décision Sté Agapes du tribunal de Montreuil, on constate que les pertes inutilisables ne sont pas mentionnées. Cela nous paraît condamnable au regard de l'articulation du droit européen et du droit français.

En pratique, ce critère des pertes inutilisables serait cependant quasi-impossible à mettre en oeuvre. Selon quelle législation apprécier le caractère inutilisable ? Faut-il retraiter les déficits ? A quel moment est-il impossible d'utiliser un déficit ? En théorie, cela devrait donc aussi s'appliquer dans le cadre de l'intégration fiscale, dès lors qu'il existe des pertes inutilisables. Mais quand exercer l'option ? Pour combien de temps ?

Il semblerait que sans volonté politique, la seule harmonisation négative de la Cour trouve ici ses limites.

En effet bien que la CJUE tente d'étendre sa jurisprudence, par exemple la décision Marks & Spencer a été transposée à la transmission des déficits d'une société absorbée lors d'une fusion intracommunautaire[36], ce processus d'harmonisation est lent et limité aux cas jugés par la Cour.

Une véritable réforme de la matière ne peut dès lors venir que d'une impulsion politique ; c'est à l'Union européenne de mener l'harmonisation des règles de circulation des pertes. Les espoirs se sont portés sur le projet ACCIS, permettant la détermination d'un résultat européen selon des règles harmonisées puis sa ventilation entre les Etats. Cependant, englués dans la crise économique, les Etats ont perdu tout intérêt pour ce projet qui est aujourd'hui au point mort.

Dès lors l'harmonisation ne pourra se faire qu'au cas par cas par la CJUE, dont il faudra suivre les décisions pour voir se constituer une ébauche de circulation des pertes en Union européenne.

35 Conclusions de l'avocat général Juliane Kokott du 19 juillet 2012 sur l'affaire C-123/11, n°3.
36 CJUE, 21 février 2013, aff. C-123/11

TRANSFERT DU SIÈGE SOCIAL INTRACOMMUNAUTAIRE ET LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT : UNE MISE EN CONFORMITÉ INACHEVÉE ?

Vincent VIALARD, Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris Dauphine

Eric CHARTIER, avocat Of Counsel, cabinet STC Partners

Suite à certains arrêts récents, l'imposition immédiate des plus-values latentes en cas de transfert de siège social au sein de l'Union européenne s'est avérée incompatible avec le principe communautaire de liberté d'établissement. Avec l'article 30 de la troisième Loi de finances rectificative pour 2012, le législateur français a souhaité se mettre en conformité avec le droit communautaire. Ce nouveau texte n'a cependant pas manqué de soulever certaines questions.

En cette période où le législateur a la phobie de l'exil fiscal, les dispositifs d' « exit tax » apparaissent comme un outil de dissuasion des entreprises comme des particuliers qui auraient des velléités de s'installer sous des cieux plus cléments. Cependant, ces dispositifs ne sauraient ignorer les principes communautaires et notamment le principe de liberté d'établissement énoncé à l'article 49 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 43 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe). En effet, suite à deux arrêts récents de la Cour de justice de l'Union européenne[1], le législateur français a décidé d'adapter son dispositif actuel d' « exit tax » des entreprises pour le rendre compatible avec la liberté d'établissement. C'est ainsi que, inspiré des systèmes allemands et suédois, l'article 30 de la troisième Loi de finances rectificative pour 2012 offre une possibilité d'imposition fractionnée des plus-values latentes et des plus-values en report ou en sursis d'imposition afférentes aux immobilisations transférées, lorsque le transfert de siège ou d'établissement vers un État membre de l'UE (ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen) est accompagné du transfert d'éléments d'actif. Cette possibilité n'était pas offerte par l'article 221 du Code général des impôts dans sa version antérieure à la troisième Loi de finances rectificative pour 2012. Là est la nouveauté de la réforme initiée par le gouvernement qui, par ce texte, semble envoyer un message politique d'avertissement aux entreprises qui voudraient se lancer dans des projets de délocalisation[2]. Le texte se veut ainsi solide et respectueux du droit communautaire.

Tenant compte de l'impératif communautaire de liberté d'établissement, essentiel au bon fonctionnement de notre marché intérieur européen, l'article 221 distinguait déjà le cas du transfert de siège social ou d'établissement vers un Etat hors Union européenne du transfert de siège social ou d'établissement vers un État membre de l'Union européenne.

En effet, le principe demeure que le transfert de siège social ou d'établissement à l'étranger emporte les conséquences fiscales d'une cessation d'entreprise[3] donnant lieu à la taxation immédiate des bénéfices d'exploitation, des bénéfices en

1 National Grid Indus BV du 29 novembre 2011, C-371/10 et Commission contre Portugal du 6 septembre, 2012 C 38/10

2 Les Echos n°21309 du 9 novembre 2012, L' « exit tax» des entreprises bientôt applicable pour endiguer les délocalisations fiscales

sursis d'imposition et des plus-values latentes que recèle l'actif social. Par dérogation, le transfert au sein de l'Union européenne n'emportait pas les conséquences fiscales d'une cessation d'entreprise[4].

Cependant la pratique de l'administration était bien loin de cette apparente neutralité fiscale des transferts de sièges intracommunautaires. Malgré la lettre de la loi, celle-ci considérait jusqu'à présent que le transfert total des actifs, dès lors qu'il entraîne la fin de l'assujettissement de l'impôt en France, emporte les conséquences fiscales de la cessation d'entreprise donnant lieu à l'imposition immédiate des bénéfices d'exploitation, des bénéfices en sursis d'imposition et des plus-values latentes. Le transfert partiel des actifs entraînait quant à lui l'imposition immédiate des seules plus-values latentes afférentes aux actifs transférés car conformément au droit commun[5], la sortie de certains actifs du bilan s'analyse en une cession, évènement qui constitue le fait générateur de l'imposition des plus-values.

Les derniers arrêts de la Cour de Luxembourg ont tiré la sonnette d'alarme en attirant l'attention sur l'incompatibilité de cette pratique avec la liberté d'établissement. Ainsi, par l'article 30 de la troisième loi de finances rectificative pour 2012, le législateur a souhaité se mettre en conformité avec le droit communautaire (I) mais à certains égards, cette mise en conformité semble inachevée (II).

I. L'ARTICLE 30 DE LA TROISIÈME LOI DE FINANCES RECTIFICATIVE POUR 2012 : LA RÉPONSE DU LÉGISLATEUR FRANÇAIS À LA JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE

La problématique de l'exit tax des personnes morales fait écho à celle des personnes physiques. On se souvient que cette dernière avait été jugée contraire à la liberté d'établissement en cas de transfert du domicile fiscal dans un État de l'Union européenne[6]. Le dispositif a donc été abrogé en 2005 mais est réapparu en 2011 avec certains aménagements complexes tenant compte du principe de liberté d'établissement[7]. L'histoire semble se répéter avec l'exit tax des personnes morales, la jurisprudence européenne ayant pointé du doigt le traitement fiscal réservé aux opérations de transfert de siège social au sein de l'Union européenne (A). Bercy a alors réagi par une mise en conformité de la législation fiscale française (B).

A. La jurisprudence européenne: un pavé dans la mare des législations nationales d' « exit tax »

L'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne garantit aux entreprises des différents États membres de l'Union la possibilité d'établir leurs activités dans chacun des États membres sans subir de discrimination par rapport aux entreprises établies dans l'État où l'implantation est envisagée. Ainsi, dès lors qu'une société d'un État membre désireuse de transférer son siège social en dehors du territoire, subit un désavantage par rapport à une société similaire qui maintient son siège dans ce même État membre, se pose la question de l'atteinte à la liberté d'établissement d'un tel dispositif.

Sur le plan juridique, la question de la conformité à la liberté d'établissement d'une législation nationale s'est également posée. La question était de savoir si l'État de départ était libre de déterminer le maintien ou la disparition de la personnalité juridique de la société qui transfère son siège social au sein de l'Union européenne. La CJCE a jugé que les États membres, sans préjudice de la liberté d'établissement, sont libres de déterminer les conditions d'extinction de la société[8].

3 CGI, art. 221, 2 al. 2 dans sa version antérieure à la Loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012.
4 CGI, art. 221, 2 al. 3 dans sa version antérieure à la Loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012
5 CGI art. 38 duodecies
6 CJCE, 11 mars 2004, Lasteyrie du Saillant, aff. C-9/02
7 Article 167 bis CGI, issu de la Loi n°2011-900 de finances rectificative pour 2011 du 29 juillet 2011
8 Arrêt Cartesio, CJCE, Grande chambre, 16 décembre 2008, C-210/06: « un État membre dispose ainsi de la faculté de définir tant le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon son droit national et susceptible, à ce titre, de bénéficier du droit d'établissement que celui requis pour maintenir cette qualité ultérieurement »

Sur le plan fiscal, certains auteurs ont pu se demander si le raisonnement suivi dans l'arrêt Cartesio était transposable à la matière fiscale[9]. Deux arrêts sont venus préciser les choses et fort heureusement, il semble que la CJUE s'avère plus protectrice du principe de liberté d'établissement en matière fiscale qu'elle ne l'est sur le plan juridique.

Dans l'arrêt « National Grid Indus BV » du 20 novembre 2011, la Grande Chambre de la Cour de justice a jugé le droit néerlandais incompatible avec la liberté d'établissement. La société néerlandaise National Grid Indus BV avait transféré son siège de direction effective au Royaume-Uni. Suite à ce transfert, la société ne relevait plus de la compétence fiscale néerlandaise, celle-ci n'ayant conservé aucun établissement stable aux Pays-Bas et la convention fiscale entre les deux pays donnant priorité au critère du siège de direction effective pour déterminer la résidence de la société. L'enjeu était un gain de change latent que l'administration fiscale néerlandaise considérait comme devant être imposé immédiatement, comme le prévoit le droit interne. Précisons que d'un point de vue juridique, la Cour a considéré que la société avait conservé sa qualité de société de droit néerlandais, ce qui lui a permis de se prévaloir de la liberté d'établissement[10].

L'atteinte était caractérisée par le fait que la société subissait un désavantage de trésorerie par rapport à une société similaire qui aurait maintenu son siège de direction effective aux Pays-Bas car le droit interne ne prévoit pas l'imposition immédiate des plus-values latentes en cas de transfert du siège à l'intérieur du territoire néerlandais. La justification classique apportée par les Pays-Bas est celle de la préservation de la répartition du pouvoir d'imposer entre les États membres concernés. La Cour a admis cette justification mais c'est sur le terrain de la proportionnalité que le droit interne néerlandais a été jugé incompatible. Elle a considéré que l'imposition immédiate de la plus-value latente lors du transfert du siège présentait un caractère disproportionné par la contrainte de trésorerie qu'elle faisait peser sur la société. C'est pourquoi elle conclut que la liberté d'établissement « *s'oppose à une réglementation d'un État membre, qui impose le recouvrement immédiat de l'imposition sur les plus-values latentes afférentes aux éléments de patrimoine d'une société transférant son siège de direction effective dans un autre État membre, au moment même dudit transfert* ».

Avec l'arrêt Commission c/ Portugal du 6 septembre 2012, la Cour de Luxembourg a réaffirmé sa position en précisant que sont visés non seulement les transferts de sièges sociaux mais également tout transfert, partiel ou total, des éléments d'actif affectés à un établissement stable.

Cette jurisprudence européenne n'est pas passée inaperçue du législateur français qui s'est inquiété de la conformité de la pratique de l'administration fiscale à la position de la Cour de justice de l'Union européenne.

B. Vers une mise en conformité de la législation fiscale française

Dans la situation antérieure à la troisième loi de finances rectificative pour 2012, l'article 221-2 alinéa 1er du CGI attachait les conséquences fiscales d'une cessation d'entreprise au transfert de siège ou d'établissement à l'étranger. Par exception, selon le même texte, le transfert de siège dans un autre État membre de l'Union européenne n'emportait pas les conséquences de la cessation d'entreprise. Cette exception était en pratique subordonnée à la condition que le transfert des actifs ne soit pas total car le transfert total des actifs entraîne la fin de l'assujettissement à l'impôt sur les sociétés qui entraîne elle-même les conséquences fiscales de la cessation d'entreprise[11]. La cessation d'entreprise entraîne l'imposition des bénéfices d'exploitation, des plus-values latentes afférentes aux éléments d'actif immobilisé ainsi que tous les bénéfices en sursis d'imposition.

Le transfert d'une partie des actifs entraînait l'imposition immédiate des éléments d'actif

9 L'arrêt Cartesio : Une nouvelle approche du transfert de siège d'une société ?, Daniel Gutmann, CMS Tax Connect, Avril 2009, p. 3.
10 Point 32 de la décision précitée.
11 CGI, art 221-2, al. 2 dans sa version antérieure à la Loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012.

immobilisé transférés conformément à l'interprétation par l'administration de l'article 39 duodecies du CGI qui pose en principe que toute sortie d'un actif du bilan constitue un fait générateur de plus-value professionnelle[12].

La législation française pouvait sembler compatible avec la jurisprudence européenne puisque l'article 221-2 alinéa 3 du CGI disposait que « le transfert du siège dans un autre État membre de la Communauté européenne, qu'il s'accompagne ou non de la perte de la personnalité juridique en France, n'emporte pas les conséquences de la cessation d'entreprise ». C'est en réalité la doctrine non écrite de l'administration qui posait problème. Celle-ci conditionnait le bénéfice de cette disposition à l'obligation d'inscrire ces actifs au bilan d'un établissement stable français. Les conséquences étaient les mêmes que celles des législations fiscales hollandaises et portugaises: l'imposition immédiate des plus-values afférentes aux éléments d'actif transféré. Suite à la jurisprudence européenne, l'administration fiscale française risquait donc de se voir opposer l'irrégularité des impositions recouvrées à l'occasion des transferts de sièges au sein de l'Union européenne.

Dans ce contexte, le projet de loi a été annoncé comme proposant « un ensemble de mesures de mise en conformité avec la législation communautaire, notamment en matière d'imposition des transferts de sièges de sociétés à l'étranger »[13]. Ainsi, l'article 30 de la loi, dans sa version définitive, prévoit un choix entre le paiement immédiat de l'impôt sur les plus-values latentes et les plus-values en report ou en sursis d'imposition afférentes aux actifs transférés et le paiement fractionné de cet impôt sur cinq années.

Toutefois, le paiement immédiat de l'impôt reste la règle de principe: l'option pour le paiement fractionné doit faire l'objet d'une demande expresse du contribuable[14]. En outre, l'option pour le paiement fractionné est subordonnée au respect d'obligations déclaratives de manière à assurer le suivi des plus-values latentes afférentes aux éléments d'actif transférés.

L'article 221 prévoit la remise en cause de l'option (et donc l'exigibilité immédiate de l'impôt) dans certains cas: en cas de cession dans le délai de cinq ans, des actifs ou leur transfert dans un Etat autre qu'un État de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen, en cas de dissolution de la société et en cas de non-respect de l'une des échéances de paiement.

Entrent dans le champ d'application de la réforme, toutes les sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés en France, quel que soit le lieu de leur siège social ou centre effectif de décision qui transfèrent leur siège ou leur établissement dans l'Union européenne lorsque ce transfert s'accompagne du transfert d'éléments d'actif. Par transfert de siège, il faut entendre le transfert de siège statutaire ou transfert de siège de direction effective qui devraient être indifféremment concernés. La mesure vise principalement les plus-values latentes c'est-à-dire que la mesure consiste à calculer la différence entre la valeur réelle des actifs à la date du transfert et leur valeur nette comptable au bilan de la société qui transfère son siège social. Elle vise également les plus-values en report ou en sursis d'imposition.

Si l'objectif annoncé de la réforme était une mise en conformité avec le droit communautaire, il n'en demeure pas moins que la mesure porte le flan à la critique. En effet, la conformité à la liberté d'établissement du nouveau dispositif est sujette à discussion au regard de la jurisprudence communautaire.

II. LES INCERTITUDES QUANT À LA COMPATIBILITÉ DU NOUVEAU DISPOSITIF AVEC LE PRINCIPE DE LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT

Au regard de l'article 49 du TFUE, comme l'avait souligné le projet de Loi de finances rectificative pour 2012 dans les motifs de la mesure, « *la*

12 BOI-BIC-PVMV-10-10-20-20120912, point 30
13 Communiqué de presse de présentation du troisième projet de loi de finances rectificatives pour 2012, présenté par P. Moscovici et J. Cahuzac
14 CGI, art 221, 2 - b)

jurisprudence communautaire a reconnu aux États membres la faculté d'imposer les plus-values latentes afférentes aux actifs de sociétés résidentes qui transfèrent leurs actifs dans un autre État membre de l'Union européenne sous réserve que cette restriction à la liberté d'établissement soit proportionnée à l'objectif légitime de juste répartition de la matière imposable entre États membres ». Pourtant, la proportionnalité des restrictions posées par la mesure n'est pas évidente (B). Un cas particulier reste également à préciser: celui du transfert de siège social accompagné du transfert total des actifs (A).

A. Le cas du transfert total des actifs : l'incertitude quant à l'imposition du bénéfice en cours

L'article 221-2 alinéa 2 n'a pas été modifié par l'article 30 de la loi. Cet alinéa pose le principe que lorsqu'une société cesse totalement d'être soumise à l'impôt sur les sociétés, s'appliquent les conséquences de la cessation d'entreprise. Or, faute d'établissement stable, une société qui transfère son siège social cesse d'être soumise à l'impôt sur les sociétés en France si l'opération s'accompagne du transfert de la totalité de ses actifs hors de France. Le transfert de siège accompagné du transfert de l'ensemble des actifs dans un autre État membre de l'Union européenne entraîne-t-il seulement l'imposition immédiate ou fractionnée des plus-values latentes ou cette opération emporte-t-elle également toutes les conséquences de la cessation d'entreprise?

Si l'opération de transfert de siège social rentre bien dans les prévisions de la nouvelle dérogation, cette dernière ne vise que l'imposition des plus-values latentes sur les actifs transférés ainsi que les plus-values en report ou en sursis. Reste donc à savoir ce qu'il adviendra des autres conséquences de la cessation d'entreprise: l'imposition des bénéfices de l'exercice en cours[15], l'imposition des réserves, des provisions, des reports déficitaires et l'imposition des associés[16].

Dans l'hypothèse où le dispositif de taxation immédiate demeurerait pour les bénéfices courants, il convient de s'interroger sur la compatibilité de cette imposition avec le droit communautaire. Le principe de l'imposition immédiate des bénéfices n'est pas en soi critiquable mais pourrait sembler excessif compte tenu du fait qu'une société française qui n'a pas transféré son siège social hors de France, ne serait imposée qu'au cours de l'exercice suivant. L'imposition immédiate constituerait donc nécessairement un désavantage en termes de trésorerie en comparaison à une société restée sur le territoire français.

La CJUE a déjà eu l'occasion de livrer son analyse sur les différences de modalités d'imposition entre résidents et non-résidents et à pu y voir ou non selon les cas une discrimination. Ainsi il a été jugé que constituait une discrimination un désavantage de trésorerie résultant du paiement anticipé de l'impôt sur les sociétés[17]. Dans le même sens, la Cour avait considéré que la privation de la possibilité pour un non-résident de déduire de ses revenus les frais professionnels, alors que cette possibilité était offerte aux résidents, constituait une discrimination[18].

L'imposition du bénéfice de l'exercice en cours, soulève également des questions au regard d'un récent arrêt de la Cour de justice concernant une personne physique[19]. Dans cette affaire, un contribuable personne physique espagnol transfère son domicile à l'étranger or la loi fiscale oblige dans ce cas le contribuable à acquitter l'impôt dont il est redevable avant que ne soient tenus de le faire les contribuables qui maintiennent leur résidence sur le territoire espagnol. La Cour a considéré que le désavantage subit par le contribuable en termes de trésorerie constituait une restriction à la

15 CGI, art. 201
16 CGI, art. 111 bis
17 CJCE Metallgesellschaft-Hoechs du 8 mars 2001, affaire C-397/98
18 CJCE FKP Scorpio Konzetproduktionen Gmbh du 3 octobre 2006, affaire C-290/94 (dans le sens contraire: CJCE 22 décembre 2008 aff. 282/07, 4e ch., Belgique c/ Truck Center SA)
19 CJUE 12 juillet 2012 aff. 26é9/09

liberté d'établissement. Elle conclut que bien que justifiée au regard des motifs avancés, la loi fiscale espagnole avait un caractère disproportionné[20]. Si le raisonnement de la Cour est transposable aux personnes morales, il semblerait que la solution qui consiste à imposer immédiatement le bénéfice en cours lors du transfert de siège social soit contraire à la liberté d'établissement.

Il sera donc intéressant de connaître la position de l'administration sur la question car l'imposition immédiate du bénéfice en cours pourrait être source d'incompatibilité au droit communautaire.

Si les conséquences du transfert de siège social sont claires en ce qui concerne les plus-values (l'imposition fractionnée), il n'en demeure pas moins que leur compatibilité au droit communautaire est sujet à débat.

B. L'imposition des plus-values latentes : le doute quant à la proportionnalité du nouveau dispositif

Une législation nationale d'un État membre ne peut être considérée comme respectant la liberté d'établissement que pour autant que les effets discriminatoires qui en résultent sont proportionnés à l'objectif poursuivi. L'article 30 de la troisième Loi de finances rectificative pour 2012 va-t-il au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de préservation de la répartition du pouvoir d'imposer entre les États membres? C'est au regard de la jurisprudence communautaire qu'il convient de répondre à cette question.

La loi française ne prévoit pas d'option pour le paiement différé (report d'imposition). Contrairement au paiement fractionné, cette modalité d'imposition des plus-values latentes aurait permis de ne payer l'impôt en France qu'au moment de la cession effective des actifs transférés. L'option pour le paiement fractionné retenue par le législateur apparaît peu prudente, si ce n'est hasardeuse quand on sait que ni l'arrêt National Grid ni l'arrêt Commission contre Portugal n'évoquaient cette possibilité. En effet, bien que dans l'arrêt Commission contre Portugal, l'avocat général semblait évoquer la solution du paiement fractionné[21], la Cour est restée silencieuse sur ce point. Cela explique que certains commentateurs qui ont essayé d'imaginer les solutions offertes au législateur français pour se mettre en conformité avec la jurisprudence, n'aient pas envisagé la solution d'une imposition étalée[22].

En outre, force est de constater qu'une société de droit français désireuse de transférer son siège hors de France subit un désavantage de trésorerie par rapport à une société similaire qui maintiendrait son siège sur le territoire. En effet, si la société réalisait ce transfert de siège au sein du territoire français, elle ne serait tout simplement pas imposée sur les plus-values latentes. Si la restriction à la liberté d'établissement est évidente, reste à savoir si celle-ci est proportionnée au regard de l'objectif de préservation de la répartition du pouvoir d'imposer entre les Etats, or rien n'est moins sûr au vu de la jurisprudence.

En revanche, si d'un point de vue économique, le fait que les plus-values latentes soient imposées indépendamment de la cession des actifs transférés peut apparaître critiquable, cette circonstance ne devrait pas en soi être incompatible avec la liberté d'établissement. En effet, à cet égard la Cour a expressément retenu qu'il n'était pas nécessaire pour l'État de départ de tenir compte d'une éventuelle perte de valeur des actifs postérieure au transfert[23]. Cette différence avec les personnes physiques[24]

20 Point 75 de la décision précitée.

21 Point 68 des conclusions de l'avocat général (CJUE Commission c/ Portugal, 6 septembre 2012, affaire C-38/10) qui avançait que « le choix d'échelonner le paiement de la dette fiscale constatée au moment du transfert de siège, par exemple lors d'échéances annuelles » pouvait ne pas être disproportionné.

22 Voir notamment le commentaire par Daniel Gutmann de l'arrêt National Grid Indus BV qui n'envisageait que le choix entre imposition immédiate et sursis d'imposition (FR 48/11 Fiscal Social paru le 16/12/11).

23 Point 49 de l'arrêt National Grid Indus BV.

24 Solution contraire dans l'arrêt Lasteyrie du Saillant CJCE 11 mars 2004, affaire C-9/02: « Le principe de la liberté d'établissement posé par l'article 52 du traité CE (devenu, après modification, article 43 CE) doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre institue, à des fins de prévention d'un risque d'évasion fiscale, un mécanisme d'imposition des plus-values non encore réalisées ».

s'explique traditionnellement par la possibilité pour la personne morale d'amortir les actifs sur une base réévaluée qui est généralement reconnue par l'État d'accueil.

Le résultat de la question préjudicielle posée par le tribunal fiscal de Hambourg[25] sur la conformité à la liberté d'établissement d'une imposition fractionnée sur 5 ans de la plus-value latente devrait apporter de précieux éléments de réponse quant à la compatibilité de l'imposition étalée avec la liberté d'établissement. En effet, le régime français s'inspirant du régime allemand, la réponse à venir devrait mettre fin à cette incertitude.

25 Question préjudicielle à la CJUE, affaire C-164/12: « *l'article 43 CE (ou l'article 49 TFUE) admet-il qu'une réglementation nationale accorde à l'apporteur le droit de demander, pour l'impôt dû à la suite de la divulgation des réserves latentes, un sursis de paiement sans intérêts en ce sens que le paiement de l'impôt dû au titre du bénéfice de cession peut être réparti sur plusieurs années à raison d'au moins un cinquième par an, dans la mesure où ces versements partiels sont garantis* ».

FISCALITÉ EUROPÉENNE

DÉCISIONS DE LA CJUE ET APPLICATION PAR LES JURIDICTIONS SUPRÊMES NATIONALES CONTESTÉE PAR LE CONTRIBUABLE : DES VOIES DE RECOURS RESTENT OUVERTES !

Astrid MERCERON, Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris Dauphine

Jean-Louis DARDANNE, Directeur fiscal, Groupe GDF SUEZ

Les arrêts « Accor » et « Rhodia » rendus par le Conseil d'Etat le 10 décembre 2012[1] conduisent à s'interroger sur la juste application des décisions de la Cour de Justice de l'Union Européenne par les juridictions administratives des Etats membres, et sur les voies de recours ouvertes au contribuable dans l'hypothèse où cette application lui semble contestable.

Le Conseil d'Etat s'est prononcé en 2009[2] en faveur d'un renvoi préjudiciel à la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) sur la question de la compatibilité du précompte avec le droit de l'Union et sur les modalités d'une éventuelle restitution de ce dernier aux sociétés qui l'avaient acquitté. Dans le cadre de ce contentieux, une décision du Tribunal Administratif de Versailles du 21 décembre 2006[3] avait permis à la société Accor d'obtenir le remboursement de plusieurs dizaines de millions d'euros au titre du précompte versé à raison de ses filiales européennes. Cette décision avait été confirmée par la suite par la Cour Administrative d'Appel de Versailles dans un arrêt du 20 mai 2008[4].

En pratique, le précompte mobilier était exigible lorsqu'une distribution portait sur des produits n'ayant pas supporté l'impôt sur les sociétés, à l'instar des dividendes distribués dans le cadre du régime mère filiale[5]. La société mère, bénéficiaire de ces dividendes, était soumise à un précompte mobilier égal à 50% de leur montant au moment de leur redistribution. Toutefois, la distribution de dividendes par une filiale française à cette société mère française ouvrait droit à un avoir fiscal imputable sur le précompte dû par cette dernière et permettait in fine une neutralisation de ce dernier. En revanche, la distribution de dividendes par une filiale étrangère à cette même société mère n'ouvrait pas droit à l'imputation d'un crédit d'impôt équivalent à l'impôt sur les bénéfices payé localement par ces filiales, et constituait donc un coût net pour la société mère française.

Le mécanisme du précompte mobilier et de l'avoir fiscal a finalement été abrogé le 1er janvier 2005 par la loi de finances pour 2004[6]. Depuis cette date, près d'une cinquantaine d'entreprises, parmi lesquelles Suez, Alcan France ou encore Valeo[7], ont réclamé auprès des juridictions nationales la restitution du précompte lié à la redistribution de dividendes provenant de leurs filiales européennes. Par conséquent, si les deux décisions rendues par le

1 CE 8° et 3° s-s-r., 10 déc. 2012, n° 317074, min. c/Sté Accord et n° 317075, min.c/Sté Rhodia.
2 CE, 8° et 3° ss-sect., 3 juill. 2009, n° 317075, min. c/ Sté Accor.
3 TA Versailles, n° 0204040 du 21 décembre 2006.
4 CAA Versailles 3ème chambre, n°07.530, du 20 mai 2008 Sté Accor.
5 Article 145 du Code Général des Impôts.
6 Loi de finances pour 2004, n° 2003-1311 du 30 décembre 2003, article 93.
7 http://1/22/04010-20080122ARTFIG00362-contentieux-l-etat-doit-rembourser-millions.-php

Conseil d'Etat le 10 décembre 2012 ne concernent à proprement parler que les sociétés Accor et Rhodia, le montant total des enjeux financiers s'élève lui à près de trois milliards d'euros[8].

Confortant la société Accor dans sa position, la CJUE, saisie on le rappelle sur renvoi préjudiciel du Conseil d'Etat, a reconnu dans un arrêt «Accor » du 15 septembre 2011[9] l'incompatibilité du dispositif de l'avoir fiscal et du précompte mobilier avec les articles 49 et 63 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) relatifs aux principes de liberté d'établissement et de liberté de circulation des capitaux, mais ne s'est pas montrée très claire quant à la méthode à adopter pour résoudre cette incompatibilité. Dans ses arrêts du 10 décembre 2012, le Conseil d'Etat a admis que le dispositif du précompte méconnaissait le droit de l'Union au regard des principes invoqués par la CJUE. Il retient néanmoins une méthode qui vient limiter significativement le montant du remboursement par l'Etat français du précompte acquitté par les sociétés Rhodia et Accor à raison de la distribution de dividendes reçus des résultats de leurs filiales européennes.

On peut ainsi s'interroger sur la conformité des décisions du Conseil d'Etat, juridiction administrative suprême, avec la décision de la CJUE, rendue sur renvoi préjudiciel de ce dernier (I). Par ailleurs, le groupe Accor a fait savoir qu'il prenait acte de ces décisions et qu'il envisageait les voies de recours qui lui sont ouvertes devant les juridictions européennes[10]. C'est pourquoi il convient d'envisager également les voies de recours ouvertes au contribuable, lorsque ce dernier estime que la décision d'une juridiction administrative d'un Etat membre n'est pas conforme avec une décision de la CJUE (II).

I/ L'APPRÉCIATION DE LA CONFORMITÉ DES ARRÊTS DU CONSEIL D'ETAT AVEC L'ARRÊT RENDU À TITRE PRÉJUDICIEL PAR LA CJUE

Les réponses apportées par la CJUE dans des contentieux portant sur des sujets similaires à ceux traités par le Conseil d'Etat doivent être au préalable analysées (A) afin d'apprécier si la méthode adoptée par ce dernier en est la correcte application (B).

A. Une position claire de la CJUE aux termes de sa jurisprudence

Dans les décisions Manninen du 7 septembre 2004[11] et Test Claimants du 13 novembre 2012[12], la CJUE a pris position sur des problématiques d'avoir fiscal et de taxation de la distribution de dividendes.

Dans l'arrêt Manninen, la CJUE a en effet été amenée à se prononcer sur une disposition du droit fiscal finlandais qui, pareillement au système français du précompte, réservait le bénéfice d'un avoir fiscal aux seuls contribuables qui recevaient des produits versés par des sociétés soumises à l'impôt sur les bénéfices finlandais[13]. La réglementation finlandaise prévoyait en effet la perception par l'actionnaire d'une société nationale d'un avoir fiscal proportionnel à l'impôt sur les sociétés que l'entreprise avait dû acquitter, de telle sorte qu'une fois la déduction de l'avoir fiscal opérée, il n'avait en pratique plus d'impôt à payer sur les dividendes perçus. Le bénéficiaire de dividendes d'une société

8 Ibid. note 7.
9 CJUE, 1re ch., 15 sept. 2011, Aff. C-310/09, min. c/ Accor SA.
10 http://bourse.lemonde.fr/vals/FR/accor-en-berne-après-la-décision-du-conseil-d-état-dans-le-dossier-précompte.
11 CJUE, 7 septembre 2004, Aff. C-319/02, Petri Manninen.
12 CJUE, 13 novembre 2012, Aff.C-35/11, Test Claimants in the FII Group Litigation.
13 « Les arrêts « Accor » et « Rhodia » du conseil d'Etat : précompte mobilier, suite et fin ? », David Chrétien, Lexbase n°N5817BTM
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

étrangère ne pouvait pas, en revanche, déduire l'impôt sur les sociétés acquitté dans le pays où la société avait son siège.

La CJUE a condamné le dispositif de l'avoir fiscal finlandais dans cet arrêt. Cette intrusion du droit communautaire dans le domaine de l'avoir fiscal n'est pas restée sans conséquence sur le législateur français qui, craignant une condamnation de la France, a supprimé les dispositifs de l'avoir fiscal et du précompte mobilier dans la loi de finances pour 2004.

Dans l'arrêt Test Claimants du 13 novembre 2012, la CJUE a été saisie d'une question préjudicielle en interprétation des réponses apportées dans son arrêt Test Claimants du 12 décembre 2006[14], relative à la compatibilité du système fiscal britannique de distribution des dividendes avec le droit de l'Union. Le système britannique prévoyait qu'une société résidente était tenue au paiement anticipé d'un impôt[15] lors de la distribution de ses bénéfices. Par suite, la société résidente qui percevait ces dividendes n'était pas soumise à l'impôt sur les sociétés à raison de ces derniers. De plus, un système de crédits d'impôt garantissait aux actionnaires résidents que les bénéfices ne seraient imposés qu'une fois, contrairement aux actionnaires non-résidents qui ne bénéficiaient pas d'un tel crédit d'impôt.

A l'inverse de la position prudente adoptée par le législateur français après l'arrêt Manninen en 2004, le Conseil d'Etat a, dans ses arrêts du 10 décembre 2012, explicitement écarté les précisions apportées par la CJUE dans l'arrêt Test Claimants.[16]

Or, on observe d'importantes similarités entre ces affaires. Elles ont en effet pour objet commun de poser le problème de la discrimination de dividendes de source européenne résultant d'un système qui, contrairement aux dividendes de source nationale, ne prévoit pas de crédit d'impôt permettant la prévention de la double imposition. Par ailleurs la CJUE, saisie dans les deux affaires d'un renvoi préjudiciel, a rendu des arrêts fondés sur les mêmes fondements juridiques. En effet, comme dans l'arrêt « Accor » du 15 septembre 2011, la CJUE a jugé dans l'affaire Test Claimants que la législation britannique était incompatible avec les articles 49 et 63 du TFUE, relatifs aux libertés d'établissement et de circulation des capitaux.

Outre ces similarités, l'arrêt rendu par la CJUE dans le cadre de l'arrêt Test Claimants a une portée particulière en raison de sa nature et de la formation dans laquelle il a été rendu : l'arrêt en interprétation rendu à titre préjudiciel a fait l'objet d'une décision de la CJUE réunie en Grande Chambre.

Or, la CJUE joue un rôle particulier en matière de fiscalité directe, et notamment en matière d'imposition des dividendes. En effet, les décisions prises en la matière relèvent de la souveraineté des Etats membres. Ainsi, toute décision touchant à la fiscalité directe au niveau européen doit être prise à l'unanimité, ce qui rend difficile en pratique une réelle harmonisation des législations fiscales. Dans ce cadre, la Cour de Justice joue, aux termes de sa jurisprudence, un rôle indirect en matière de coordination fiscale : on parle d'harmonisation indirecte par la CJUE.

De plus, un arrêt préjudiciel rendu par la CJUE a autorité de la chose jugée et est obligatoire non seulement pour la juridiction nationale à l'initiative du renvoi préjudiciel, à l'instar de la High Court of Justice England & Wales pour l'arrêt Test Claimants de 2012, mais également pour les autres juridictions des Etats membres qui doivent appliquer les interprétations faites par la CJUE du droit européen.

Le Conseil d'Etat est donc lié dans ses décisions du 10 décembre 2012 par l'interprétation donnée par la CJUE dans des affaires similaires. C'est la raison pour laquelle il convient d'analyser plus précisément la décision du Conseil d'Etat au regard de la jurisprudence de la Cour.

B. La méthode retenue par le Conseil d'Etat

Dans l'arrêt « Accor » du 15 septembre 2011,

14 CJUE, 12 déc. 2006, Aff.C-446/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group.
15 « advance corporation tax ».
16 « advance corporation tax ».

rendu après renvoi préjudiciel du Conseil d'Etat, la CJUE ne s'est pas montrée très claire quant à la méthode à retenir pour résoudre l'incompatibilité existant entre le droit de l'Union et le mécanisme du précompte et de l'avoir fiscal. C'est pourquoi la validité de la méthode retenue par le Conseil d'Etat dans ses arrêts du 10 décembre 2012 doit être appréciée au regard de la jurisprudence de la CJUE, et notamment de l'arrêt Test Claimants rendu, on le rappelle, seulement quelques jours avant.

La méthode adoptée par la Haute Assemblée peut notamment être appréhendée via le quota des avoirs fiscaux éligibles et l'appréhension de l'impôt acquitté par les sous filiales.

Sur la question des avoir fiscaux, le Conseil d'Etat prévoit la limitation de leur montant à 1/3 des dividendes de source européenne. Dans l'arrêt Test Claimants, la CJUE précise clairement que les articles 49 et 63 du TFUE relatifs aux liberté d'établissement et de circulation des capitaux imposent un traitement équivalent des dividendes versés à des résidents par des sociétés résidentes et par des sociétés non résidentes.[17]

Or, dans le cadre du précompte, les sociétés mères recevaient un avoir fiscal correspondant à 50% du montant des dividendes de source française soit le montant exact du précompte dont elles devaient s'acquitter, ce qui leur permettait à terme de redistribuer en totale exonération de précompte l'intégralité des dividendes de source française.

Pour ce qui est de l'impôt acquitté par les sous filiales, le Conseil d'Etat a décidé ne pas le prendre en compte lorsque ces dernières sont établies dans un autre état membre.

Or, toujours aux termes de l'arrêt Test Claimants, les articles 49 et 63 TFUE s'opposent à une législation d'un Etat membre qui ne tient pas compte de l'impôt sur les sociétés déjà payé sur les bénéfices distribués pour les seuls dividendes de source étrangère.[18]

L'exclusion de la prise en compte de l'impôt acquitté par les sous-filiales semble également contrevenir au principe d'équivalence posé par la Cour de Justice dans l'arrêt « Accor » de 2011. En outre, Olivier Fouquet, Président de section au Conseil d'Etat, a lui même reconnu que cette méthode n'est pas la conséquence logique de l'arrêt « Accor », mais qu'elle n'a été mise en oeuvre qu'à défaut d'une autre méthode, plus fiable.[19]

La méthode retenue par le Conseil d'Etat dans ses arrêts du 10 décembre 2012 semble donc critiquable au regard de la jurisprudence de la Cour et de l'arrêt « Accor » de 2011 dès lors qu'elle ne permet pas d'offrir un traitement équivalent aux dividendes indépendamment de leur source.

Par ailleurs, les juridictions administratives d'un Etat membre ont la faculté, voire dans certains cas l'obligation, de saisir la CJUE d'une question préjudicielle en cas de doute sur l'interprétation du droit communautaire. Le renvoi préjudiciel agit en effet comme un mécanisme de coopération entre le juge de l'Union Européenne et le juge national et permet à ce dernier de saisir la CJUE dès lors qu'il estime qu'un élément du droit de l'Union Européenne doit être interprété[20] ou validé[21].

Pour ce qui est du renvoi préjudiciel en interprétation, tel qu'exercé par le Conseil d'Etat en 2009, l'article 267 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne opère, aux termes de ses articles 2 et 3, une distinction entre les juridictions de premier ressort et les juridictions de dernière instance. L'alinéa 2 prévoit ainsi que les juridictions dont les décisions sont encore susceptibles d'appel ont une simple faculté d'effectuer un renvoi, dans la mesure où en cas de doute sur l'interprétation du droit européen par ces dernières, une juridiction d'instance supérieure peut solliciter l'aide de la CJUE.

En revanche, aux termes l'alinéa 3 de l'article 267 TFUE, les juridictions nationales de dernière instance ont l'obligation d'effectuer un renvoi préjudiciel dans

17 CJUE, 13 nov. 2012, Aff.C-35/11, Test Claimants in the FII Group Litigation, point 38.J
18 CJUE, 13 nov. 2012, Aff.C-35/11, Test Claimants in the FII Group Litigation, point 71.
19 « Conseil d'Etat, précompte et fléchage : « non » possumus », Olivier Fouquet, Revue de droit fiscal du 3 janvier 2013.
20 Renvoi préjudiciel en interprétation.
21 Renvoi préjudiciel en appréciation de validité.

la mesure où, si elles ne le faisaient pas, il y aurait possibilité d'un déni de justice pour le requérant. Or, les décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux sont souveraines et ne sont susceptibles d'aucun recours, une obligation de renvoi pèse donc sur ce dernier aux termes de cet alinéa.

L'obligation de renvoi préjudiciel à la CJUE connaît néanmoins deux exceptions jurisprudentielles. Une dérogation est tout d'abord ouverte si les juridictions nationales estiment que le droit de l'Union Européenne n'est pas nécessaire pour trancher le litige au niveau national. De même, l'obligation de renvoi disparaît si une question identique a déjà été tranchée par la CJUE. La CJUE adopte cependant une interprétation très limitative de cette seconde dérogation comme en témoigne l'arrêt Cilfit de la CJUE[22], aux termes duquel cette exception n'est admise que « lorsque l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée ». La CJUE exige, en outre, que la juridiction nationale soit convaincue que la même évidence s'imposerait également aux juridictions des autres Etats membres et à la CJUE elle même.[23] Cette exception de l'acte clair semble donc d'application très limitée. Le Conseil d'Etat, s'il avait un doute quant à l'application de l'arrêt « Accor » rendu par le CJUE en 2011, aurait donc dû saisir cette dernière d'une question préjudicielle complémentaire.

Cette situation où l'application d'une décision de la CJUE par une juridiction administrative d'un Etat Membre apparait contestable, comme c'est le cas en l'espèce, plusieurs voies de recours s'offrent au contribuable : il est possible d'initier une procédure en manquement devant la CJUE ou encore de saisir la CEDH.

II. LES VOIES DE RECOURS OUVERTES AU CONTRIBUABLES EN CAS DE NON CONFORMITÉ

En raison de l'extension des domaines couverts par le droit de l'Union Européenne et par la Convention Européenne des Droits de l'Homme, rares sont les litiges dont la solution ne dépend que du droit national ; le mécanisme du renvoi préjudiciel en est la parfaite illustration. Dans ce cadre, le contribuable qui estime que la décision d'une juridiction administrative nationale n'est pas conforme à l'interprétation faite par CJUE peut initier deux recours : un recours en manquement, par dépôt de plainte auprès de la Commission Européenne (A), et un recours sur requête auprès de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (B).

A. Le recours en manquement devant la Cour de Justice

Le recours en manquement est initié par le dépôt d'une plainte auprès de la Commission Européenne. Une telle plainte peut notamment être introduite par toute personne physique ou toute entreprise à l'encontre d'un Etat membre pour dénoncer une mesure ou une pratique imputable à cet Etat membre qu'elle estime contraire à une disposition ou à un principe du droit de l'Union.[24] Toute personne intéressée dispose de cette faculté et un intérêt à agir n'a pas à être démontré. Par ailleurs, le dépôt d'une plainte n'est enfermé dans aucun délai particulier.

Lors du traitement de la plainte, la Commission peut, si elle l'estime nécessaire, prendre contact avec les autorités françaises afin d'obtenir des informations supplémentaires pour déterminer les faits ou les points de droit concernant le dossier. A cet égard, l'identité du plaignant ne sera révélée que si ce dernier en a expressément donné l'autorisation. De même, la Commission peut solliciter le plaignant afin d'obtenir des informations complémentaires quant aux faits allégués.

A l'issue de l'instruction de la plainte, la Commission, faisant usage de son pouvoir discrétionnaire, décide s'il convient de classer la plainte ou d'ouvrir la procédure par une lettre de mise en demeure adressée à l'Etat français. Elle est également la seule à pouvoir apprécier l'opportunité du maintien

22 CJCE, 6 oct. 1982, Aff. 283/81, Cilfit.
23 Jean-Luc Sauron, « Procédure devant les juridictions de l'union européenne et devant la CEDH », Lextenso éditions 2010, p.109.
24 « La procédure en manquement d'Etat », Tristan Materne, Larcier 2012, p.74.

du recours à chacun des stades ultérieurs de la procédure.

Outre le pouvoir discrétionnaire de la Commission dans l'introduction et le maintien d'un recours en manquement auprès de la Cour de Justice, un autre point semble susceptible de poser problème en pratique : celui du manquement judiciaire, c'est-à-dire l'hypothèse où la violation du droit de l'Union Européenne est imputable à une instance juridictionnelle de l'Etat.

Il existe deux hypothèses de manquement judiciaire : le manquement juridictionnel, établi du fait d'une décision d'une juridiction nationale, et le manquement fonctionnel. Ce dernier est établi si une juridiction nationale ne remplit pas la fonction qui est la sienne dans l'ordre juridique européen, à l'instar de l'obligation de renvoi des juridictions de dernière instance de l'article 267 alinéa 3 du TFUE. Un manquement judiciaire du fait du non respect par le Conseil d'Etat de son obligation de saisine de la CJUE semble donc envisageable dans le cadre d'un contentieux tel que celui en matière de précompte mais encore faut-il en envisager les chances de succès.

Aux termes d'une jurisprudence constante de la CJUE, un Etat peut se voir reprocher un manquement au droit de l'Union Européenne, et ce quel que soit l'organe de l'Etat dont l'action ou l'inaction est à l'origine du manquement, même s'il s'agit d'une institution constitutionnellement indépendante.[25] Cependant, si cette hypothèse semble validée en théorie, les cas d'application demeurent encore limités. En effet, la mise en cause de la décision d'une juridiction nationale se heurte à des concepts juridiques sensibles que sont l'indépendance du pouvoir judiciaire et l'autorité de la chose jugée. En raison de ces considérations, la Commission n'a encore jamais remis en cause de manière directe une jurisprudence nationale dans le cadre d'une procédure en manquement.

La Cour de Justice a, quant à elle, adopté une appréciation extrêmement prudente du rôle des juridictions nationales dans un éventuel manquement au droit de l'Union Européenne. C'est l'arrêt Commission contre Italie du 9 décembre 2003[26] qui semble avoir pour la première fois établi l'existence d'un manquement imputable à une instance juridictionnelle nationale. Néanmoins, il apparait que le manquement reproché par la Cour soit davantage lié au manque de clarté de la législation italienne qu'au comportement de ses juridictions nationales.[27] C'est un arrêt plus récent, l'arrêt Commission contre Espagne du 12 novembre 2009,[28] qui semble véritablement consacrer le pur manquement judiciaire. En effet, contrairement aux faits de l'affaire précédente, c'est le manquement d'une juridiction espagnole relative à l'assujettissement d'une profession à la TVA qui avait entrainé l'adaptation des autorités nationales.

Le recours en manquement initié par un contribuable contre un Etat membre du fait d'une juridiction administrative semble donc admis par la jurisprudence de la Cour de Justice. Néanmoins, le contribuable ne doit pas perdre de vue la dimension politique d'un tel recours ainsi que l'importance du pouvoir discrétionnaire de la Commission aux différentes étapes de la procédure. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire d'envisager un autre recours.

B. Une alternative au recours en manquement : le recours devant la CEDH

La saisine de la Cour Européenne des Droits de l'Homme offre une alternative au recours en manquement dont l'issue peut sembler aléatoire au contribuable.

Comme indiqué à l'article 267, alinéa 3, du TFUE, la saisine de la Cour Européenne des Droits de l'Homme est possible en cas de violation par les juridictions nationales de leur obligation de saisine de la CJUE. En effet, le refus opposé par

25 CJUE 18 nov. 1970, Aff. 8/70, Commission contre Italie
26 CJUE 9 déc.2003, Aff. C-129/00, Commission contre Italie
27 « La procédure en manquement d'Etat », Tristan Materne, Larcier 2012 p.197
28 CJUE 12 nov.2009, Aff. C-154/08, Commission contre Espagne29 Ce point est aujourd'hui codifié à l'article 206 III 3, 3°b) de l'annexe II au CGI.
29 Jean-Luc Sauron, op. cit. p.112

une juridiction nationale appelée à se prononcer en dernières instance, à l'instar du Conseil d'Etat, porte atteinte au principe de l'équité de la procédure tel qu'énoncé à l'article 6 paragraphe 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme lorsqu'un tel refus apparaît comme entaché d'arbitraire29.

Il existe deux types de requête devant la CEDH qui permettent d'initier la procédure: les requêtes étatiques et les requêtes individuelles. En vertu de l'article 35 de la Convention, ces requêtes sont soumises à une condition commune de recevabilité préalable qui consiste en l'épuisement des voies de recours internes. Le requérant doit en effet avoir préalablement exercé tous les recours utiles, efficaces et adéquats en droit national et avoir invoqué, à l'occasion de ces recours, des dispositions de droit interne ayant un contenu équivalent à celui des dispositions de la Convention. A compter de la décision interne définitive, le requérant dispose d'un délai de six mois pour adresser sa requête à la Cour. Dans notre cas d'espèce, les sociétés Accord et Rhodia ont épuisé les voies de recours internes et ont donc six mois pour saisir la CEDH à compter des décisions rendues par le Conseil d'Etat le 10 décembre 2012.

La requête individuelle, hypothèse qui nous intéresse en l'espèce, est soumise à des conditions de recevabilité propres aux termes des paragraphes 2 et 3 de l'article 35 de la Convention.

Pour ce qui est de la compétence personnelle, la Cour peut être saisie d'une requête individuelle par toute personne physique ou morale, par toute organisation non gouvernementale ou par tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation30. La Convention n'impose en outre aucune condition de nationalité, de résidence, d'état civil ou de capacité au requérant. Ainsi, les sociétés Accor ou Rhodia pourraient initier un tel recours. Le requérant doit en outre s'identifier dans la requête introductive, toute requête anonyme étant automatiquement rejetée. Néanmoins, le règlement de la procédure de la Cour permet au requérant qui remplit certaines conditions de pouvoir solliciter l'anonymat de la procédure[31].

Ce dernier doit également établir sa qualité de victime d'une violation d'un droit garanti par la Convention. Il n'a cependant pas à préciser quel article de la Convention a été violé[32]. De plus, il doit exister un lien suffisamment direct entre le requérant et le préjudice qu'il estime avoir subi. En effet, la Cour a une conception large de la notion de victime, et comprend également les victimes indirectes, pour lesquelles il existe un lien particulier et personnel avec la victime directe, et les victimes potentielles, c'est-à-dire celles qui risquent de supporter les effets de la violation de la Convention. En revanche, la vérification de la qualité de victime peut s'effectuer tout au long de la procédure et ce, même si la requête a été déclarée recevable.

S'agissant de la compétence matérielle, la requête doit ressortir de la compétence de la Cour : elle doit porter sur un droit protégé par la Convention et ses Protocoles et mettre en cause un Etat partie à la Convention, ce qui est le cas de la France[33]. Par ailleurs, le requérant doit faire attention à ce que sa requête ne soit pas « essentiellement la même »[34] qu'une requête précédemment examinée par la Cour ou déjà soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement et qui ne contiendrait pas de faits nouveaux.

Aux termes de l'examen de la requête, la Cour rend une décision publique et motivée. Ainsi, par exemple, la Cour a jugé une requête abusive et l'a déclaré irrecevable au motif qu'elle portait sur le remboursement d'une somme dérisoire.[35] Lorsque la requête est déclarée irrecevable par la Cour, l'affaire est définitivement terminée.

30 Article 34 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme
31 Article 47, §3 du Règlement de la Cour Européenne des Droits de l'Homme
32 CEDH 6 nov. 1980, Requête n° 7367/76, Guzzardi contre Italie
33 La France a ratifié la Convention le 3 mai 1974
34 Au sens de l'article 35 §2, b de la Convention Européenne des Droits de l'Homme
35 CEDH 16 fév.2010, Requête n° 22051/07, Bock c. Allemagne)

En revanche, si la requête a été déclarée recevable, le requérant peut faire appel de l'arrêt rendu par la Cour. Cet appel doit être fait dans les 3 mois qui suivent le prononcé de la décision de la Chambre et n'est pas automatique, il est soumis à la décision d'un collège composé de cinq juges.

Si l'issue du contentieux en matière de précompte demeure pour le moment incertaine, elle permet de s'interroger sur une situation inédite, source d'incertitude pour le contribuable, dans laquelle une juridiction suprême nationale ne donne pas pleine application à une décision de la CJUE, pourtant rendue après utilisation du mécanisme de renvoi préjudiciel par cette dernière. Que le contribuable se rassure, des voies de recours supranationales efficaces existent pour assurer la cohérence des décisions rendues par les juridictions nationales avec celles de la Cour de Justice.

EVASION/ OPTIMISATION : UNE FRONTIÈRE À SURVEILLER !

Alexia ABOUTH, Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris Dauphine

Arnaud CHASTEL, Avocat, Associé Cabinet Landwell et Associés

Dans la continuité d'une lutte acharnée des instances nationales et internationales contre le phénomène de l'évasion fiscale internationale, qui dure depuis plus de dix ans, l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE) a publié le 13 février dernier, un rapport intitulé « Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et les transferts de bénéfices »[1]. L'OCDE dessine ainsi de nouvelles règles du jeu pour les entreprises, qui se voient confrontées à de nouvelles limites dans la marche de leurs activités.

Deux mille huit, année charnière à l'origine de la crise financière et économique mondiale, est incontestablement le résultat d'une financiarisation accrue de l'économie mondiale. Depuis, l'assainissement budgétaire semble constituer l'un des principaux objectifs des Etats de l'Union européenne. Dans ce contexte, la fiscalité se révèle être l'une des armes principales aux yeux des politiciens et le débat relatif à l'évasion fiscale internationale a gagné une dimension politique en devenant un enjeu majeur pour les pays développés, et en particulier pour les pays de l'Union européenne.

Selon cette dernière, le phénomène créerait encore chaque année plus de 1000 milliards d'euros de pertes de recettes fiscales au niveau européen. Les dirigeants ont donc érigé la lutte contre l'évasion fiscale en fer de lance de leur politique fiscale.

En dépit de l'actualité brûlante de ce phénomène très médiatisé (Google, Amazon, Starbucks), il reste difficile de définir la notion d'évasion fiscale internationale. Aucune définition formelle, ni internationale ni au niveau des législations internes, n'a été formulée. C'est pourquoi ce phénomène doit nécessairement être appréhendé par comparaison avec des notions existantes, qui ont déjà été définies, telles que l'optimisation et la fraude fiscales.

Alors que l'optimisation fiscale fait appel à l'habileté fiscale des contribuables à tirer le meilleur parti des lois existantes afin de réduire leurs impôts en toute légalité, la fraude fiscale, elle, se caractérise notamment par le détournement illégal d'un système fiscal afin de réduire l'impôt. Si ces pratiques semblent converger vers la recherche d'une réduction de la charge fiscale, elles semblent diverger sur leur légalité.

Dans ce contexte, où se place l'évasion fiscale ? Alors que les contours de la notion d'évasion fiscale internationale semblent se dessiner dans l'espace et le temps (I), c'est le rapport OCDE de février 2013 qui fixe de nouvelles limites aux entreprises (II).

I. LES CONTOURS DE L'EVASION FISCALE INTERNATIONALE : POSITIONNEMENT DANS L'ESPACE ET LE TEMPS

Les contours de l'évasion fiscale internationale s'analysent par référence à d'autres notions. L'évasion fiscale est une pratique encadrée dans l'espace par l'optimisation fiscale d'une part, et la fraude fiscale d'autre part (A). Les concepts relatifs à cette pratique ont été définis dans le temps, successivement par l'Union européenne et par l'OCDE (B).

1 Rapport OCDE (2013), « Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices ».

A. L'évasion fiscale : une pratique encadrée dans l'espace

Avec la libéralisation des échanges, il devient de plus en plus facile pour une entreprise de se développer au-delà des frontières nationales.

L'attrait économique d'un pays dépend de plusieurs facteurs, notamment de la stabilité politique, des compétences adéquates, ou encore des infrastructures adaptées... Afin d'attirer les investissements directs étrangers, les Etats ayant un contexte économique similaire, n'ont d'autres choix que de se démarquer en proposant des avantages particuliers, notamment une fiscalité attrayante, et en particulier des taux d'imposition plus bas, et une assiette réduite.

Cette concurrence fiscale entre les Etats est une pratique normale, qui émane de la souveraineté étatique : chaque Etat dispose du pouvoir souverain de prendre les mesures fiscales qu'il juge nécessaires pour dégager des recettes permettant de couvrir ses dépenses publiques d'une part, et d'améliorer son attractivité d'autre part.

Dans ce cadre, les entreprises peuvent pratiquer le jeu de la concurrence fiscale par le biais de l'optimisation fiscale. Par une décision datant du 22 novembre 2012[2], la Cour administrative d'appel de Versailles vient confirmer le principe posé par le Conseil d'Etat en 1984, selon lequel le choix de la solution fiscalement la plus avantageuse ne constitue pas, par lui-même, un abus de droit, dès lors que l'opération a une substance économique et juridique, et qu'il n'y a pas eu de dissimulation de l'opération ayant permis au contribuable de bénéficier du régime fiscal favorable. Ainsi, l'optimisation fiscale constitue une pratique légitime des entreprises, dictée par un objectif de compétitivité.

Pour une entreprise, être compétitive implique de vendre les meilleurs produits au meilleur prix, afin d'optimiser ses bénéfices et par conséquent la valeur patrimoniale pour l'actionnaire. Nous comprenons alors que les investissements doivent donc être réalisés là où les perspectives de rentabilité sont les meilleures. L'impôt étant un des facteurs de rentabilité, il influe sur le choix du pays et des modalités de l'investissement : les multinationales auront alors tendance à exercer leurs activités dans les pays où elles seront les moins taxées, et les pays dans lesquels les possibilités de déduction sont les plus importantes. Des stratégies spécifiques peuvent également être employées pour tirer profit de dispositifs fiscaux locaux existants, comme par exemple les crédits d'impôt, les reports des déficits, les amortissements d'actifs incorporels (marques, brevets...). Plus subtilement, s'est développée depuis plusieurs années la pratique des doubles déductions (« double dip ») fiscales consistant à déduire deux fois la même charge fiscale. Voici la logique des entreprises qui se veulent compétitives.

Cette optimisation fiscale est une pratique fiscale qui va dans le sens de la concurrence fiscale loyale entre les entreprises et entre les Etats, et qui ne va pas à l'encontre de l'esprit des législations fiscales, dans la mesure où le partage des profits entre les différents pays correspond à une réalité économique. En effet, les entreprises multinationales qui ont de tels comportements fiscaux, respectent bien les obligations juridiques en vigueur dans leur pays : elles déclarent et paient l'impôt auquel elles sont soumises, mais tentent par des pratiques licites de minimiser cette charge fiscale afin de rester dans la concurrence fiscale et avoir un taux effectif d'imposition compétitif. L'optimisation fiscale constituerait alors ce que l'on va appeler la « zone blanche » pour les entreprises, autrement dit une pratique permise.

A l'opposé de cette pratique, la fraude fiscale constitue un comportement illégal, constitutif d'une limite à cette optimisation fiscale, sous peine de sanction pénale. Nous pourrons la qualifier de « zone noire », ou zone interdite. Les pratiques d'optimisation et de fraude fiscales constituent donc des comportements extrêmes.

Les autorités publiques ont depuis longtemps admis qu'il existe des limites constitutives d'abus de droit, étant plus l'exception que la règle : la fraude

2 CAA Versailles, 6ème chambre, 22 novembre 2012, n°10VE03850, SA Peugeot

fiscale, mais également la planification fiscale agressive, constituent des limites à ne pas franchir.

L'évasion fiscale ou planification fiscale agressive constitue, elle, un comportement intermédiaire, que l'on pourrait situer dans ce que l'on va appeler la « zone grise ». En effet, avec l'ouverture des marchés, les pratiques fiscales des entreprises multinationales se sont faites plus agressives au fil du temps. Les entreprises utilisent désormais des structures de plus en plus sophistiquées, qui peuvent aboutir, dans certains cas seulement, à des montages artificiels mis en place essentiellement dans un but fiscal, et en déconnection avec la réalité économique. Bien que techniquement parlant, ces stratégies puissent être a priori licites, elles vont, dans certains cas, à l'encontre de la responsabilité sociale des entreprises, et de l'esprit de la législation nationale. Ce sont principalement les multinationales qui exercent leurs activités à l'international et qui ont accès à des compétences fiscales sophistiquées, qui peuvent mettre ces pratiques de planification fiscale agressive en oeuvre, et jouir d'avantages concurrentiels non négligeables, par rapport aux entreprises exerçant principalement à l'échelle nationale. A terme, ce type de planification fiscale agressive déconnectée de la réalité économique, porterait atteinte à l'équité du système social. Ainsi, ces structures pourraient contribuer à créer une concurrence fiscale qualifiée de dommageable par l'OCDE et l'Union européenne. L'un des principaux enjeux dans la pratique de l'optimisation fiscale par les entreprises est donc de faire en sorte que l'impôt ne fausse pas la concurrence et l'investissement au sein de chaque pays.

Au regard des difficultés pour tracer précisément la ligne de démarcation entre ce qui est agressif et ce qui ne l'est pas, les dispositions en matière de lutte contre l'évasion fiscale prévues par la législation nationale et les conventions fiscales, constituent le critère permettant de décider si une stratégie doit être mise en oeuvre (du point de vue du contribuable), ou doit être contestée (du point de vue des autorités fiscales).

B. Des concepts définis dans le temps

Les travaux relatifs à la concurrence fiscale dommageable ont débuté en 1997 lorsque l'Union européenne a adopté un Code de conduite[3] destiné aux entreprises industrielles et commerciales, afin d'identifier les régimes fiscaux dommageables. Les Etats de l'Union européenne se sont engagés à mettre fin aux régimes fiscaux dommageables qui existaient (démantèlement) et à ne pas en créer de nouveaux (gel). De son côté, l'OCDE a publié un rapport sur la concurrence fiscale dommageable en 1998[4], dans lequel elle traite des pratiques fiscales dommageables qui prennent la forme soit de paradis fiscaux, soit de régimes fiscaux préférentiels dommageables.

En effet, une grande partie des pratiques d'évasion fiscale passe par l'usage de paradis fiscaux, ou du moins de pays à fiscalité privilégiée. L'OCDE définit les paradis fiscaux comme étant des régimes ayant un taux d'imposition minime ou inexistant, une faiblesse des activités économiques locales, une opacité des règles fiscales, ainsi qu'une absence d'échange d'informations avec les autres administrations fiscales. Ainsi, très tôt, l'OCDE a mis l'accent sur l'importance de la coopération entre les différents Etats, et donc sur l'échange d'informations.

A partir de 2000, l'OCDE a établi des listes de paradis fiscaux : une première liste comprenait 35 juridictions. La méthode préconisée reposait sur une démarche incitative, plutôt que répressive, vis-à-vis des paradis fiscaux, invitant ces derniers à prendre un engagement formel de mettre en oeuvre les standards de l'OCDE, en matière de transparence et d'échange d'informations. N'ayant que partiellement rempli ses objectifs, cette méthode laissait subsister des Etats non coopératifs.

C'est dans ce contexte que la France a agi au sein des instances de l'OCDE, mais aussi du G20, afin de faire progresser les pays les moins coopératifs. Elle a mis en place des dispositifs internes destinés à prévenir ou sanctionner les abus. L'article L13

3 Conclusions du Conseil des ministres de l'économie et des finances (ECOFIN) du 1er décembre 1997 en matière de politique fiscale (98/C, 2/01)

4 Rapport OCDE (Avril 1998), «Concurrence fiscale dommageable - Un problème mondial»

B du Code Général des Impôts (CGI) en est une illustration. Il créé notamment une obligation pour les entreprises d'établir une documentation destinée à l'administration fiscale, en matière de détermination des prix de transfert pratiqués entre parties liées. Une autre mesure, également relative aux prix de transfert, concerne les transactions avec les Etats et territoires non coopératifs[5] (ETNC). Le renforcement des dispositifs anti-évasion, le durcissement du montant des retenues à la source sur dividendes et redevances, la privation du bénéfice du régime mère-fille, tels sont quelques-uns des effets provoqués par l'inscription d'un Etat sur la liste des ETNC.

C'est sous l'effet d'une mondialisation accrue que la priorité a été donnée à l'échange d'informations et la coopération entre les pays. Mais c'est également du fait de cette complexification du marché, du développement de l'économie numérique et des incorporels, que les entreprises ont développé des pratiques de planification fiscale agressive. Profitant de la complexité du marché, les entreprises créent des structures de plus en plus sophistiquées, et profitent des failles existant entre les différents systèmes fiscaux nationaux, pour se créer des opportunités d'évitement de l'impôt.

C'est à partir de 2008 que l'OCDE s'intéresse à ces pratiques, et émet plusieurs rapports[6] destinés à mettre en avant les interactions existant entre les différents systèmes fiscaux nationaux. Ces interactions sont susceptibles d'entrainer des chevauchements qui peuvent déboucher soit sur une double imposition, soit à créer des failles débouchant sur une double exonération. Alors que certaines multinationales pressent les Etats pour élaborer des conventions fiscales internationales permettant de limiter la double imposition, certaines d'entre elles essaient de tirer profit de ces différences quand elles leur donnent la possibilité d'échapper à l'impôt par des doubles exonérations.

Dans un monde où les économies sont de plus en plus intégrées, les systèmes fiscaux conçus isolément sont rarement harmonisés les uns avec les autres, ce qui ouvre des possibilités d'asymétries dont se nourrit la planification fiscale agressive.

II. LES NOUVELLES LIMITES A NE PAS DEPASSER

La mondialisation et la financiarisation de l'économie ont ouvert la voie à de nouvelles opportunités d'évasion fiscale. C'est dans ce contexte que l'OCDE a publié un rapport le 13 février dernier, pour identifier les pratiques de planification fiscale agressive, et envisager des moyens supplémentaires pour y remédier (A). Face à ces nouveaux points de tension identifiés, les entreprises doivent faire face à de nouvelles règles du jeu (B).

A. De nouvelles opportunités d'évasion fiscale pointées du doigt par l'OCDE…

Il est pris acte dans un premier temps que les règlementations nationales et internationales n'ont pas évolué à la même vitesse que l'environnement économique, en particulier dans le domaine des biens incorporels et de l'économie numérique en développement. Par exemple, il est aujourd'hui possible d'être fortement impliqué dans la vie économique d'un autre pays, c'est-à-dire de traiter avec des clients situés dans ce pays par le biais d'internet, sans y avoir d'implantation imposable, dans la mesure où les principes et les concepts de partage entre les pays des droits à imposer les bénéfices (ex : établissements stables…) ne sont plus adaptés. L'environnement actuel des contribuables se distingue ainsi par l'importance croissante de la propriété intellectuelle en tant que déterminant de la valeur, et par l'évolution constante de l'économie numérique. Dans ce contexte, l'OCDE a pointé du

5 Un État ou territoire est qualifié de non coopératif au 1er janvier 2010 si trois conditions cumulatives sont réunies :il n'est pas membre de la Communauté européenne, il a fait l'objet d'une évaluation par OCDE en matière d'échange d'informations à des fins fiscales, il n'a pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative permettant l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties ni signé avec au moins 12 autres États ou territoires une telle convention.

6 Rapport OCDE (Mars 2012) : « Dispositifs Hybrides - Questions de politique et de disciplines fiscales ». Rapport OCDE (Août 2011) : « Pertes d'entreprises et planification fiscale agressive »..

doigt des mécanismes susceptibles de concourir à des méthodes de planification agressive : elle identifie dans son rapport de février 2013 des nouveaux points de tension.

Le premier point de tension concerne la problématique majeure des prix de transfert pratiqués entre les entreprises liées. En effet, la majoration ou la minoration du prix de vente ou d'achat des marchandises, l'instauration d'un circuit artificiel de facturation de marchandises, ou encore le versement de redevances excessives, constituent autant de moyens pour les entreprises de transférer du bénéfice là où il sera le plus favorablement taxé. Ainsi, l'Union européenne détermine une référence en matière de prix de transfert : le prix de pleine concurrence[7]. Elle préconise également l'application de méthodes de détermination de prix de transfert plus adaptées à l'environnement économique et numérique.

La législation française, de son côté, a créé et adapté ses dispositifs anti-évasion fiscale. L'article 57 du CGI sanctionne les transferts indirects de bénéfices à l'étranger, en réintégrant les bénéfices transférés dans le résultat imposable de la société qui a opéré le transfert. De même, l'article 209 B du CGI sanctionne les transactions avec des pays à fiscalité privilégiée[8], en imposant en France les bénéfices réalisés dans ces pays, lorsque les opérations concernées ont pour effet de permettre la localisation de bénéfices dans un paradis fiscal. Néanmoins, rappelons qu'afin de prévenir tout risque de remise en cause des prix de transfert par l'administration fiscale, les entreprises peuvent conclure un accord préalable de prix de transfert avec les administrations fiscales des pays concernés. C'est donc à l'avocat fiscaliste d'informer l'entreprise de la méthode de détermination des prix de transfert la mieux adaptée à la situation, et de la possibilité de conclure un accord préalable avec l'administration fiscale.

Un deuxième point d'attention a été identifié comme majeur dans le rapport de l'OCDE de février 2013. Il s'agit de la problématique relative aux dispositifs hybrides. Cette question existe dans la mesure où la plupart des pays font une distinction fondamentale entre le traitement fiscal des emprunts et celui des capitaux propres. L'emprunt est rémunéré par des intérêts, qui, sous certaines conditions, sont déductibles. En revanche, la rémunération versée aux actionnaires sous forme de dividendes n'est généralement pas déductible. Néanmoins, les dividendes reçus sont exonérés d'impôt dans le cadre d'un régime mère-fille (sous réserve de la réintégration d'une quote-part de frais et charges égale à 5% du montant des dividendes). Cela peut contribuer à favoriser les tentatives pour définir certains paiements comme des intérêts déductibles dans le pays du débiteur et comme des dividendes exonérés dans le pays du bénéficiaire.

Tel est le cas dans des schémas d'évasion fiscale utilisant des instruments financiers hybrides. Ceux-ci présentent à la fois des caractéristiques propres à des dettes et à des capitaux propres. Par exemple, une entreprise est située dans le pays A et souscrit des instruments financiers émis par une entreprise située dans le pays B. Selon la législation fiscale du pays A, l'instrument est considéré comme un instrument de capitaux propres, tandis que dans le pays B, il est considéré à des fins fiscales comme un instrument de dette. Les paiements correspondants sont considérées comme des dépenses d'intérêts déductibles pour l'entreprise du pays B, tandis que les recettes correspondantes sont considérées comme des dividendes dans le pays A et sont donc exonérées en application du régime mère-fille.

Les règles actuelles, dès lors, encouragent les entreprises à privilégier un financement par l'endettement plutôt que sur fonds propres. Dans un groupe, faire porter l'endettement sur les sociétés fortement imposées au moyen d'un financement

7 Le prix de pleine concurrence correspond au prix qui aurait été pratiqué par des entreprises indépendantes, dans des conditions comparables, sur la base d'une analyse de comparabilité des éléments économiquement significatifs de la transaction : activités et responsabilités exercées, actifs utilisés, risques assumés par les parties.

8 « Un régime fiscal est considéré comme privilégié dès lors que le montant des impôts sur les bénéfices ou sur les revenus auxquels est soumise la structure est inférieur de plus de la moitié à celui dont elle aurait été redevable en France dans les conditions de droit commun » (article 238 A du CGI).

intragroupe, constitue un moyen très simple de réaliser des économies d'impôts.

Face à ces constats, l'OCDE a proposé de mettre en place des règles destinées à lutter contre les montages hybrides, qui lient le traitement fiscal national au traitement fiscal dans un pays étranger, afin de supprimer les possibilités d'asymétries.

B. … qui conduisent vers de nouvelles règles du jeu pour les entreprises

Face à ces dispositifs restrictifs contre l'évasion fiscale internationale, les entreprises doivent faire face à de nouvelles règles du jeu. Elles doivent agir dans les limites fixées par les instances nationales et internationales. Ces nouvelles règles du jeu restreignent donc le champ d'action des entreprises.

Cependant, il ne faut pas oublier que l'article 209 B du CGI concernant les bénéfices réalisés dans des pays à fiscalité privilégiée, créé certes une sanction (la réintégration de la part des bénéfices transférés indirectement à l'étranger), mais il prévoit aussi des clauses de sauvegarde communautaires : il est prévu que si le pays à fiscalité privilégiée est établi dans l'Union européenne, l'article 209 B du CGI ne s'applique pas, sous réserve que le contribuable montre que l'opération n'est pas constitutive d'un montage artificiel. Cette notion de montage artificiel doit alors s'apprécier au regard de critères objectifs : réalité de l'opération et substance économique[9]. Ainsi, l'avocat fiscaliste qui sera à même de cerner les contours de l'évasion fiscale au regard de ces dispositifs anti-abus, devra conseiller le contribuable de manière à ce qu'il n'établisse pas un schéma constitutif d'un montage artificiel créé dans un but exclusivement fiscal.

De même, la clause de sauvegarde non communautaire présume l'inapplicabilité de l'article 209 B du CGI si le contribuable prouve que l'activité réalisée dans le pays à fiscalité privilégiée est une « activité industrielle et commerciale effective ».

Enfin, nous ne pouvons nous empêcher de constater qu'il est de plus en plus fréquent pour les grands groupes internationaux de recourir à des schémas faisant intervenir des sociétés de financement belges. Les holdings belges bénéficient en effet d'un régime fiscal attrayant, dans la mesure où il permet, entre autre, la déduction d'intérêts notionnels. Néanmoins, là encore, le schéma pourra être remis en cause par l'administration fiscale s'il est constitutif d'un montage artificiel créé dans un but exclusivement fiscal. La société belge devra donc avoir une substance, c'est-à-dire du personnel compétent et affecté à l'activité, des moyens en matériel… Le recours aux sociétés belges, ou encore luxembourgeoises et néerlandaises, qui bénéficient de régimes fiscaux attrayants, doit pouvoir se justifier, non par des objectifs d'évitement de l'impôt, mais par des intérêts économiques, c'est-à-dire par un objet autre que celui de permettre l'optimisation fiscale.

Face à l'évasion fiscale qui s'est développée depuis plusieurs années, nous pouvons comprendre que les Etats, sous l'impulsion de l'OCDE ou de l'Union européenne, cherchent à mettre en place des dispositifs législatifs plus contraignants pour les entreprises.

De leur côté, les entreprises doivent continuer à gérer de façon optimale leurs actifs pour rester compétitive dans un environnement international.

Il nous semble que ces deux positions restent tout à fait compatibles si les décisions des entreprises restent guidées par des choix économiques correspondant à une réalité. En d'autres termes, « l'empreinte fiscale » d'une entreprise, c'est-à-dire sa capacité contributive locale dans un Etat, ne peut dépendre que de son empreinte économique et de la substance juridique dont elle dispose localement. Si le but d'une opération est essentiellement fiscal et purement artificiel, elle devient contestable. Si au contraire, malgré le gain fiscal (dans certains cas), l'opération correspond à une réalité juridique et économique, elle est alors acceptable.

Dans tous les cas, les entreprises doivent désormais (si elles ne l'ont pas déjà anticipé) intégrer dans leur politique fiscale, la volonté de l'OCDE et du G20 « d'améliorer la discipline fiscale, condition sine

9 CE, 12 septembre 2006, aff. 196/04, Gr. ch., Cadbury Schweppes.

que non à l'instauration d'un environnement fiscal équitable ». Cela conduira, de notre point de vue, le fiscaliste interne ou externe, à prendre une place plus importante dans l'entreprise, dans la prise de décisions stratégiques et opérationnelles. Son rôle se trouvera ainsi renforcé.

FATCA : LA CHAÎNE DE PAIEMENTS AU CŒUR DU DISPOSITIF DE LUTTE ACTIVE CONTRE L'ÉVASION FISCALE

Eléonore GEOFFROY, Master II Fiscalité de l'Entreprise, Université Paris Dauphine
David CHRÉTIEN, Directeur FS Tax, Landwell et Associés, Société d'avocats

La loi FATCA adoptée en 2010 par le législateur américain impose aux établissements financiers et à d'autres entités étrangers d'identifier et déclarer tous comptes détenus par des citoyens américains, sous peine d'une retenue à la source punitive de 30%. Ce nouveau dispositif, novateur par son champ d'application mondial sans équivalent jusque là, a ouvert la voie à une nouvelle manière de lutter contre l'évasion fiscale et inspire déjà dans son principe les autorités des autres Etats, en quête de transparence fiscale optimale dans leur lutte contre l'évasion fiscale.

L'évasion fiscale représente une perte de 100 milliards de dollars pour les Etats-Unis et coûte entre 30 et 50 milliards d'euros par an à la France[1], à comparer à ses 98 milliards d'euros de déficit budgétaire[2]. En période de crise économique, les Etats, aux besoins de financements accrus, ont décidé de durcir le ton contre l'évasion fiscale. Les Etats-Unis semblent désormais jouer un rôle précurseur dans ce domaine.

En 2001 déjà, le législateur américain et l'administration fiscale américaine (IRS) avaient ouvert la voie avec la création du régime *Qualified Intermediary* (QI). Sur la base du volontariat, ce régime permet aux institutions financières non américaines de faire bénéficier leurs clients de taux préférentiels conventionnels de retenues à la source (RAS). En échange, ces institutions étrangères devaient justifier de la qualité de contribuable américain ou non de leurs clients porteurs d'actions US.

Ce dispositif concernait déjà l'ensemble des valeurs américaines, qu'elles soient cotées sur le marché américain ou européen dont Euronext. Mais il était possible de contourner le dispositif qui était d'application optionnel. Ce statut de QI avait déjà marqué un tournant en termes de coopération renforcée entre les Etats-Unis et les banques dans la lutte contre la fraude[3].

Cependant en 2010 le fisc américain a choisi d'élargir le champ de ce système de coopération renforcée. La législation américaine FATCA *Foreign Account Tax Compliance Act* étend donc l'obligation de reporting des clients US à l'ensemble des *Foreign Financial Institutions* (FFI) pour un ensemble de revenus définis dans le texte, comprenant entre autres les dividendes, intérêts et salaires. Tous ceux qui refuseront de s'y soumettre se verront alors appliquer une retenue à la source punitive de 30% sur tous les paiements de source US, pouvant aller jusqu'à la fermeture des comptes clients

1 Conclusion du rapport de la commission d'enquête sur l'évasion fiscale et les actifs hors de France et ses incidences fiscales – Eric Bocquet, 17 juillet 2012.
2 http://www.insee.fr/fr/themes/info-rapide.asp?id=37
3 « La nouvelle arme américaine contre l'évasion fiscale s'appelle FATCA » - AGEFI Luxembourg Septembre 2010 rubrique Finance/Economie. Gérard Laures Partner KPMG Tax, Frank Stoltz, Directeur KPMG Tax, Marie Audrain, Tax Adviser KPMG Tax

récalcitrants, voire une interdiction d'exercice sur le territoire américain pour les établissements.

A la différence du QI, la Fatca a vocation à s'appliquer à un large ensemble d'institutions financières, puisque la notion de FFI désigne, outre les établissements de crédit, les fonds d'investissement (ainsi que les sociétés de gestion) et les assureurs. Autre nouveauté sensible : le texte fait peser une présomption d'américanité des comptes ouverts dans ces établissements, jusqu'à preuve du contraire.

L'objectif de cette loi est de centraliser les déclarations de ces FFI afin de les comparer avec les déclarations des contribuables US concernant leurs revenus et leurs avoirs. Elle permettrait ainsi de financer la politique de relance du gouvernement américain et notamment le HIRE Act adopté en 2010, dont est issu le dispositif Fatca.

En effet, le législateur américain avait trois objectifs lors de l'adoption de cette législation. Il cherchait à étendre le pouvoir de l'autorité fiscale, couvrir l'intégralité des institutions financières étrangères et s'adresser à un public plus large en termes de catégories de personnes détenant des comptes. [4]

Mais cela impose aux institutions entrant dans la définition des FFI de revoir leur fonctionnement interne informatique de regroupement des données, ce que bon nombre ont déjà commencé à faire. En plus du coût engendré par cette mise en conformité, la Fatca pose des problèmes de compatibilité au regard des droits internes en terme de secret bancaire, et du respect des données nominatives notamment.

Au regard de l'ampleur de la tâche, les Etats-Unis et un premier groupe de cinq Etats (France, Allemagne, Italie, Royaume Unis et Espagne), ont décidé de s'engager dans la voie d'accords bilatéraux et intergouvernementaux d'échange d'informations avec les Etats-Unis destinés à mettre en œuvre Fatca de manière conventionnelle, et dans le but de limiter cette RAS. Si deux modèles de ces *InterGouvernemental Agreements* (IGA) sont d'ores et déjà disponibles[5], les textes en eux même sont pour la plupart toujours en discussion entre les Etats. Un accord final a été adopté entre les Etats-Unis et le Royaume Unis le 14 septembre 2012.

Au vu des aménagements nécessaires, la date d'entrée des diligences Fatca initialement prévue au 1er janvier 2013 a été repoussée au 1er janvier 2014 afin de permettre à l'ensemble des acteurs financiers de se réorganiser en vue de son application. Mais les Etats-Unis sont toujours en discussion avec plusieurs Etats prêts à signer des IGA. Il y a fort à parier que ce genre d'accord est voué à se généraliser et, à la suite du Royaume-Uni, d'autres Etats ont d'ores-et-déjà signé un IGA avec le gouvernement Américain (Mexique, Irlande, Danemark, ...).

Cette nouvelle réglementation a donc vocation à s'appliquer à tout un ensemble d'institutions financières étrangères non plus seulement limitée aux établissements de crédit. Ainsi à la différence du régime QI, Fatca englobe également des institutions telles que les fonds d'investissement et leurs gestionnaires, les compagnies d'assurance et accessoirement les holdings, pour tout un ensemble de revenus.

Le caractère dissuasif de cette loi ne réside pas seulement dans son application transnationale mais également dans la sévérité des sanctions prévues.

La loi Fatca apparaît comme un dispositif de lutte contre l'évasion fiscale d'un genre nouveau tant en terme de champ que de modalités d'application (I). Grâce à son mécanisme se focalisant sur la chaine de paiement, le législateur américain a réussi à garantir une efficience maximale à sa sanction et ce même à travers une possible invocation des conventions fiscales internationales par un client jugé récalcitrant, afin de dissuader toute évasion fiscale (II).

4 « Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) : Décryptage des enjeux et impacts » – Thomas Rocafull et Matthieu Courtecuisse SIA Conseil.

5 Modèle IGA 1 avec réciprocité des échanges d'informations entre les autorités parties à l'accord et le modèle IGA 2 sans réciprocité.

I. UNE RETENUE À LA SOURCE EFFECTIVE GRÂCE À UNE NÉCESSAIRE TRANSPARENCE DE L'ENSEMBLE DE LA CHAINE DE PAIEMENT

Pour comprendre l'intérêt suscité par cette RAS, il faut revenir à son champ d'application, à son fonctionnement ainsi qu'à ses conséquences.

A. Un dispositif de lutte contre l'évasion fiscale nouveau grâce à son champ d'application massif

Comme nous l'avons rappelé, l'objectif de la Fatca est de mettre en place un système de centralisation des déclarations des FFI et des contribuables américains. Sous peine de quoi, une RAS punitive de 30% sera appliquée sur certains paiements. Pour comprendre en quoi cette sanction est susceptible d'affecter de façon significative ces acteurs, il faut revenir à son champ d'application et comprendre quels sont les personnes et les revenus visés.

En effet, le dispositif vise à s'appliquer aux institutions financières étrangères non américaines, leur définition ayant été explicitée au sein du texte. Une institution étrangère sera considérée comme une FFI si elle entre dans l'une des trois catégories suivantes :

- Soit il s'agit de banques ou dépositaires équivalents.
- Soit il s'agit d'une institution dont une partie substantielle de son activité consiste à détenir des actifs financiers pour le compte de tiers (dépositaires).
- Soit il s'agit d'une institution essentiellement engagée dans une activité d'investissement, de réinvestissement ou d'achat et vente de titres et de matières premières (les entités vouées à la gestion de ces activités d'investissement sont également concernées). Les marchés des options sont également inclus. Cela vise tous les types de fonds, à l'exception notable des fonds immobiliers et des fonds côtés.

De plus, le texte retient une classification de ces FFI, en fonction de leur statut et de leur degré de collaboration. Il faut distinguer :

- les *Participating FFI* (PFFI) qui ont accepté de signer un accord avec l'IRS,
- les *Non Participating FFI* (NPFFI) qui n'ont pas passé d'accord avec l'IRS,
- les *Deemed Compliant FFI* (DCFFI) représentant un faible risque d'évasion fiscale US
- et pour finir les *Exempted FFI* (EFFI) qui sont exclues du champ d'application de la Fatca.

Les institutions qui ne rentrent pas dans la définition retenue sont qualifiées de Non-Financial Foreign Entity (NFFE, littéralement : 'entités non-américaine et non-financière') et sont sous-divisées en plusieurs catégories, selon leur degré de collaboration. Ces NFFE sont obligées d'attester être détenues, directement ou indirectement, à plus de 10%, par des Américains ou dans le cas contraire, fournir les informations relatives au détenteur US du compte, sous peine de se voir appliquer la RAS sur leurs flux.

Mais afin de faciliter la mise en place de cette réglementation Fatca, différents Etats se sont mis d'accord avec les Etats-Unis sur un accord d'échange intergouvernemental. Deux modèles existent pour le moment.

Le premier modèle (*IGA-Model 1*)[6] mettrait en place un système d'échange d'informations réciproques entre autorités. L'apport majeur de ce modèle serait que les entités entrant dans la définition de FFI n'auraient pas à signer d'accord avec l'IRS et seraient considérées comme des PFFI ou, à tout le moins, comme des DCFFI ; il serait donc en revanche exclu qu'une entité financière résidente d'un pays ayant signé un tel accord avec les Etats-Unis fasse le choix d'être non-participating FFI (NPFFI). Ces PFFI effectueraient leur reporting directement auprès de leurs autorités publiques locales et non à l'IRS. Il ne serait pas nécessaire de demander une renonciation au client au secret bancaire prévu par la législation interne. De plus il y aurait une quasi-suppression de l'obligation d'appliquer la retenue à la source-Fatca de 30%.

6 Les Etats concernés par ce premier modèle sont La France l'Espagne, l'Italie, l'Allemagne et le Royaume-Uni.

Le modèle 2[7](*IGA-Model 2*) qui n'est pas basé sur une réciprocité des échanges, serait quant à lui construit sur le principe d'un reporting directement auprès des autorités locales mais sur demande et non plus systématiquement.

Fatca a vocation à s'appliquer aux institutions financières étrangères qui détiennent des comptes de citoyens américains. Sont visés deux types de catégories de personnes : les Specified US Persons qui correspondent aux citoyens américains ou aux sociétés américaines, sauf celles expressément exclues (certains trusts, associations, collectivités publiques entre autres).

Puis il y a les *US-owned Foreign Entities* soit les entités étrangères dont un ou plusieurs américains détiennent un pourcentage substantiel supérieur à 10% des droits au bénéfice et au capital, détenus directement ou non. Sont toutefois exclus du champ de la législation les comptes inférieurs à 50 000 dollars.

La Fatca n'est pas seulement un dispositif d'envergure nouvelle de par les acteurs concernés, elle englobe également un vaste champ de revenus et retient une conception large de la qualité de compte US.

Sont visés les Withholdable Payments représentant les revenus de source US en flux direct tels que les intérêts, dividendes, primes d'émission et, à la différence du QI, les produits bruts de la vente des titres US.

Mais sont également visés les revenus de source indirecte US appelés les Foreign Passthru Payments. Il s'agit de paiements effectués par des FFI mais qui, en vertu de leurs ressources provenant essentiellement d'investissements américains, sont soumis à la réglementation Fatca. Ce principe de *Foreign Passthru Payments* impose aux FFI de publier leur *Foreign Passthru Payments Percentage* représentant leur part d'investissements de source américaine de manière trimestrielle. Ainsi par ce système de prise en compte des flux indirects aucun revenu n'est épargné ; notons toutefois que si la mise en œuvre du dispositif Foreign Passthru Payments Percentage a été repoussée en 201

De par le nombre d'acteurs concernés, aussi bien les FFI que la définition retenue des clients US, que par les revenus visés, Fatca est susceptible de s'appliquer à tous. C'est pourquoi la question de la RAS retiendra notre attention. Cette sanction au taux fortement dissuasif a vocation à s'appliquer à un grand nombre de situations, et est de nature à affecter de manière significative les différents acteurs tant en terme d'image que d'un point de vue financier.

B. LE TRIANGLE LÉGISLATION INTERNE/CONVENTIONS FISCALES INTERNATIONALES/ FATCA EN TERME DE RETENUE À LA SOURCE

La Fatca impose donc une RAS punitive de 30% dans le cas où la FFI ou le client US ne jouent pas le jeu de la transparence au regard des diligences FATCA. Mais cette RAS peut sembler de prime abord incompatible avec les règles préexistantes des législations internes standard mais surtout avec les principes conventionnels.

En effet le droit interne français prévoit que les revenus distribués versés à des personnes qui n'ont pas leur domicile fiscal ou leur siège en France supportent une RAS dont le taux est fixé dans le code général des impôts[8]. La RAS en droit interne repose donc sur les notions de bénéficiaire effectif et de résident : si le bénéficiaire effectif du revenu de source française est un résident hors de France, celui-ci supporte une retenue à la source au taux déterminé par la loi.

En droit conventionnel, la RAS repose sur le principe selon lequel le paiement d'un revenu d'un Etat à un résident d'un autre Etat est imposé par ce dernier. Mais l'Etat de départ conserve le droit d'imposer ces sommes, à un taux limité, si la personne qui reçoit le revenu en est le bénéficiaire effectif.[9]En effet, si

7 Japon et Suisse
8 Article 119 bis et suivants et 187 du code général des impôts
9 BOI-INT-DG-20-20-30-20120912

l'on compare l'ensemble des conventions fiscales internationales signées, le critère déterminant l'application de la retenue repose sur les notions de résident et de bénéficiaire effectif. Par exemple, la convention franco-américaine[10] stipule que ces exonérations ne sont applicables que si le bénéficiaire effectif est un résident qualifié de l'un des deux Etats signataires au regard des conditions de résidence posées par la convention. Pour que la RAS s'applique, il faut donc que bénéficiaire final, celui qui reçoit effectivement le revenu à l'issue de la chaine de paiement, soit un résident d'un des Etats signataires au sens de la convention. Peu importe par où transite ce flux, peu importe le statut des intermédiaires. La convention se focalise uniquement sur le point de départ et d'arrivée du flux, sans se préoccuper de la chaine de paiements.

De même, la convention franco-allemande[11] fait reposer la RAS dans le cas de distributions de dividendes entre les deux Etats, sur le bénéficiaire effectif du revenu dans le cas où celui-ci est un résident d'un des deux Etats.

Egalement, la convention France Hong Kong[12] pose le principe selon lequel en cas de flux financiers (dividendes, intérêts, redevances) le pays de départ du flux peut décider si le bénéficiaire effectif du revenu est un résident de l'autre Etat contractant.

Il serait possible de continuer ainsi l'étude exhaustive des différentes conventions et de constater que l'application de la RAS repose sur la qualification du résident de l'autre Etat partie en tant que bénéficiaire effectif du revenu. Seul compte le fait de savoir si le point d'arrivée final du flux financier est bien un résident qualifié, au sens de la convention, de l'autre Etat partie.

La Fatca quant à elle impose une RAS dans le cas où un agent financier adresse un paiement à un autre acteur financier qui n'est pas en conformité avec la Fatca (NPFFI) ; pour que la RAS s'applique, il faudra en outre que ce paiement ait sa source directe ou indirecte aux Etats-Unis. Cela concerne les *Withholdable Payments* et les *Passthru Payments* faits à ces fonds non-participants résidents à l'étranger.

De même, cette RAS s'appliquera dans les cas de paiement en provenance des USA en faveur de clients qui ne justifient pas leur statut de *Non US Person* en ne fournissant pas la documentation adéquate.

Nous pouvons observer qu'il n'est fait mention, à aucun moment, des notions de bénéficiaire effectif ou de résident. La Fatca fait reposer sa RAS sur le critère déterminant de savoir si la FFI ou le client US remplissent les diligences Fatca.

Nous pouvons donc noter que l'élément central des conventions fiscales internationales et des législations standards en matière de RAS se focalisent sur la notion de *bénéficiaire effectif* et de *résident* là où la Fatca se concentre sur la chaine de paiement et notamment les établissements financiers intermédiaires et sur le fait de savoir s'ils remplissent leur obligation de transmission des renseignements sur les comptes des clients US.

II. UN HABILE POSITIONNEMENT SUR LA CHAINE DE PAIEMENT PERMETTANT D'ASSURER LA PLEINE EFFICACITÉ DU DISPOSITIF DE LUTTE CONTRE L'ÉVASION FISCALE

Ainsi le législateur américain, par un astucieux positionnement sur la chaine de paiement, arrive en quelques sortes à contourner les dispositions internes et conventionnelles pour légaliser sa RAS de 30%. Reste également à voir la question d'une éventuelle articulation entre Fatca et les conventions fiscales dans le cas de RAS du fait d'une *Non Participating FFI* dans l'hypothèse où le client aurait fourni les informations nécessaires à son identification.

10 Article 10 et 11 de la convention France USA du 31 aout 1994 modifiée par les avenants du 8 décembre 2004 et 13 janvier 2009.

11 Article 9 de la convention France Allemagne du 21 juillet 1959 modifiée par les avenants de 1969, 1989 et 2001

12 Article 10 à 12 de la convention France Hong Kong du 21 octobre 2010.

A. La chaine de paiement au cœur du dispositif de retenue à la source : un subtil montage de contournement des conventions fiscales

Pour bien comprendre le mécanisme de la RAS, comment le législateur a réussi à la légaliser et, enfin, cerner les raisons qui gouvernent un tel dispositif, il faut distinguer plusieurs cas de figure.

Dans la chaine de paiement, une PFFI peut donc se retrouver à prélever la RAS lorsqu'elle fait transiter ce paiement par une NPFFI.

Dans le cas où le flux financier transiterait par une NPFFI, cette RAS s'appliquera sur tous ses paiements qu'elle reçoit, à la condition qu'ils soient d'origine américaine. On voit donc ici à quel point la notion de résident bénéficiaire effectif importe peu et comment le législateur américain s'adapte aux règles en vigueur avec le positionnement dans la chaine de paiement. Seul compte le fait de savoir si les diligences Fatca sont remplies ou non par l'un des maillons de la chaine de paiements.

La RAS trouvera également à s'appliquer dans le cas de paiement à une NFFE[13]. La PFFI devra alors effectuer un test pour déterminer s'il s'agit d'un acteur US qui détient ou non plus de 10%[14] d'un véhicule non US, auquel cas la Fatca et la RAS s'appliqueront.

Seul compte donc le fait de savoir si l'institution financière intermédiaire remplit les diligences Fatca, sans égard à sa place dans la chaîne de paiements. La législation américaine a ainsi pu faire valider un mécanisme de RAS au montant prohibitif en ne se préoccupant pas de la notion de bénéficiaire effectif mais en se focalisant sur le point de savoir si tous les maillons de la chaine d'un paiement de source Américaine –directement ou indirectement- remplissaient les diligences Fatca.

Mais la RAS peut aussi être appliquée dans le cas d'un client récalcitrant qui refuse de communiquer la documentation permettant de statuer sur son américanité. Pour comprendre son fonctionnement et sa légitimité, il faut revenir aux fins poursuivies par Fatca : lutter contre l'évasion fiscale par une centralisation et une comparaison des déclarations fournies par les PFFI et les contribuables américains annuellement.

Dans ce cas, la RAS est appliquée en tant que sanction d'un client qui ne fournit pas la documentation et l'identification adéquate. En effet soit l'IRS remarque une incohérence entre les différentes déclarations et applique alors la RAS sur les revenus réputés non déclarés, soit c'est le client qui refuse de donner les informations (client récalcitrant) alors la RAS punitive est appliquée. Cette RAS est avant tout destinée à dissuader les contribuables US de s'évader fiscalement, notamment par l'aide d'une FFI.

Ce dispositif de conformité au Fatca a donc un effet double. Dans un premier temps, il vise à s'affranchir des dispositions des conventions fiscales visant à limiter voire exonérer le taux de RAS afin de lui donner une pleine efficacité avec un taux de 30%. Dans un second temps, l'administration américaine cherche à donner à sa sanction une efficience maximale afin de dissuader toute évasion fiscale. N'oublions pas que l'objectif premier de cette législation est de combattre l'évasion fiscale qui coute des milliards au gouvernement américain, qui cherche par tout moyen à se financer en ces temps de crise.

---

13 En tant que bénéficiaire effectif en fin de chaîne de paiement ou point de départ d'une chaîne de NFFE.

14 De manière générale, une PFFI doit vérifier si son interlocuteur dans la chaîne de paiement est une FFI ou non. Puis elle s'assure que ce n'est pas un client US, auquel cas elle doit en conclure qu'il s'agit d'une NFFE. La PFFI doit alors déterminer s'il s'agit d'une NFFE active ou passive. C'est en réalité ces NFFE passives que le législateur américain cherche à identifier. Puis la PFFI va regarder si ce sont des citoyens américains qui détiennent le véhicule non US à plus de 25%.
Dans les zones IGA, ce taux minimal de détention déclenchant l'application des obligations FATCA sera déterminé au regard des règles anti blanchiment locales. En France ce taux sera donc abaissé à 10%.

Ne sont donc pas seulement concernés les clients détenteurs d'avoirs US mais également les FFI. Tous deux doivent ainsi se conformer aux dispositions Fatca d'échange d'informations.

Mais la question peut se poser d'une éventuelle articulation entre conventions et Fatca pour le bénéficiaire effectif qui in fine se voit appliquer la RAS qui n'est pas nécessairement due de son propre fait, pour les raisons mentionnées ci-dessus.

B. La portée des conventions fiscales internationales dans les recours exerçables par un client jugé récalcitrant

Comme nous l'avons vu la RAS peut être appliquée soit du fait de la non-conformité de l'établissement soit de l'hostilité d'un client afin de permettre ou de faciliter la mise en évidence de son américanité pour les besoins de Fatca. Mais in fine c'est bien ce client US qui supporte le poids de la RAS. Or nous l'avons vu cette retenue a été avant tout conçue comme une sanction qui ne devait pas bénéficier des taux préférentiels conventionnels. Ainsi il apparaît légitime de se demander si dans de tels cas le client jugé récalcitrant pourrait, ou pas, se prévaloir des conventions fiscales internationales et des dispositions favorables (taux préférentiels) qu'elles stipulent.

Il s'agirait bien ici d'une sanction du fait de l'établissement financier ou de son client qui n'ont pas joué le jeu de la transparence et fourni les informations demandées, sanction supportée finalement par le client. Celui-ci aurait alors tout intérêt à invoquer ces conventions fiscales pour tenter d'obtenir une diminution ou même une exonération de cette RAS, qu'il n'ait pas communiqué les informations délibérément ou non.

Le principe veut que nul ne puisse se valoir de sa propre turpitude ce qui sous tendrait que le détenteur qui n'a volontairement pas voulu fournir les informations demandées ne puisse se prévaloir de ces textes. Mais cela paraît peu probable ; en effet, si le client US remplit les conditions d'application d'une convention fiscale internationale, celui-ci devrait pouvoir en principe bénéficier mais moyennant une démarche active auprès de l'IRS, se révélant du même coup auprès de cette administration à laquelle il cherchait précisément à éviter en refusant de communiquer ses informations personnelles. Il peut cependant décider de rester caché mais il supportera le poids de la RAS punitive sans possibilité de s'en exonérer. L'articulation des conventions avec Fatca permettrait donc de renforcer l'efficacité du dispositif.

De même, les problèmes de la forme et de la procédure à suivre restent encore non-résolus. Devant qui le client US devrait-il faire ses démarches ? Devant l'IRS ou devant les autorités publiques de l'Etat de l'établissement ? Devrait-il en faire la demande auprès de son établissement détenteur de son compte ? Et quid de la procédure à suivre ? Tant de questions qui mériteraient d'être débattues entre administrations, notamment dans le cadre des négociations des IGA, avant toute mise en oeuvre du régime Fatca.

La Fatca a donc marqué un tournant dans la lutte contre l'évasion fiscale au regard des dispositifs existant visant à une transparence et à un échange d'informations, tels le projet *Treaty Relief And Compliance Enhancement* (Trace) de l'OCDE visant à un système multilatéral d'échange des informations ou encore les accords Rubik passés entre la Suisse et l'Autriche et la Grande Bretagne au terme desquels le secret bancaire helvète est maintenu en échange de fortes retenues à la source.

Ainsi la tendance aux échanges d'informations automatiques mondiaux et à la transparence fiscale semble s'installer de manière accrue dans le paysage de la lutte fiscale internationale, obligeant ainsi les établissements bancaires à repenser tous leurs systèmes internes de reporting.

Il y a fort à parier que la législation Fatca vient d'ouvrir la voie et ne restera pas sans suite dans les autres Etats dans la lutte contre l'évasion fiscale et

le secret bancaire. A l'instar du ministre français de l'Économie et des Finances M. Pierre Moscovici qui, suites aux derniers événement politiques français ayant recentré l'attention sur la lutte contre l'évasion fiscale, a préconisé l'adoption d'une Fatca européenne appuyé par homologues allemand, britannique, espagnol et italien[15]. Affaire à suivre.

15 http://www.economie.gouv.fr/lutte-contre-evasion-fiscale-fatca-europeen

L'ARBITRAGE FISCAL INTERNATIONAL : VERS UNE SOLUTION AUX DIFFERENDS FISCAUX INTER-ETATS ?

Caroline PUISEUX, Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris Dauphine

Philippe THIRIA, ancien directeur fiscal d'Unilever France, arbitre

Face à l'engorgement d'affaires faisant l'objet de litiges entre administrations fiscales, l'arbitrage apporte une réponse additionnelle amenée à se développer.

La procédure d'arbitrage n'a fait qu'assez récemment son entrée dans les modes de résolutions des différends fiscaux transfrontaliers. Cette procédure répond de façon favorable aux attentes des entreprises, confrontées de manière croissante aux menaces de double imposition résultant des difficultés d'application des conventions. Elle leur apporte une voie de recours additionnelle qui a su s'imposer malgré une certaine réticence des administrations fiscales craignant d'abandonner une partie de leurs prérogatives régaliennes en faveur du règlement des litiges fiscaux par des tiers.

À l'heure où l'on assiste à des litiges de plus en plus fréquents en matière de prix de transfert traduisant l'attention croissante portée par l'administration dans ce domaine, cette procédure est sans doute vouée à se développer. La complexité croissante des litiges transfrontaliers conjuguée à l'expansion du nombre de cas, ainsi qu'à la recherche de nouvelles ressources fiscales par des gouvernements frappés par une crise budgétaire sans précédent, peuvent en effet amener la procédure amiable à une impasse génératrice de double imposition lorsque les administrations ne sont pas tenues de parvenir à un accord pour éliminer la double imposition.

L'arbitrage fiscal apparait comme une issue plébiscitée par les entreprises pour résoudre les problèmes de double imposition. Son introduction récente dans les conventions fiscales contribuera probablement à son essor dans les années à venir.

I. L'ARBITRAGE INTERNATIONAL : UNE PROCÉDURE UTILE ET NÉCESSAIRE

En dépit des mesures adoptées par les États pour éviter les doubles impositions internationales (A), des difficultés pratiques subsistent qui ont entrainé le développement progressif de l'arbitrage (B).

A. La lutte contre la double imposition internationale

La double imposition internationale résulte en général de la rencontre de législations fiscales nationales dont le territoire d'application est largement défini de sorte qu'un même revenu peut être visé par l'imposition de plusieurs pays. Pour y remédier, les États signent entre eux des conventions fiscales bilatérales destinées à éviter cette double imposition et qui édictent des règles permettant le partage du droit d'imposer tel ou tel revenu selon sa nature. Les conventions s'imposent aux États et sont placées, dans la plupart des pays, au-dessus du droit interne dans la hiérarchie des normes[1]. La France a signé près de cent vingt conventions fiscales. La plupart s'inspirent du modèle de l'OCDE et certaines du modèle de l'ONU.

1 Article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 pour la France

Une divergence peut cependant apparaître entre les analyses des deux États, soit sur le rattachement territorial d'un revenu, soit sur la qualification même de ce revenu, qualification entraînant l'application d'une règle de territorialité. Il existe un autre domaine de double imposition destiné à croître en importance, c'est celui des prix de transfert. Il ne s'agit plus là de règles de territorialité mais de conformité des prix pratiqués lors de livraisons de biens, de services, d'utilisations d'incorporels ou de moyens de financement à l'intérieur d'un groupe. Le prix pratiqué par l'entreprise peut être contesté par un État dans le cadre des dispositions de l'article 9 de la Convention modèle OCDE s'il lui apparaît que ce prix n'est pas un prix de pleine concurrence. Or il s'agit là d'une décision unilatérale. Le redressement d'un prix par un Etat entraine automatiquement une double imposition d'une partie du bénéfice, à moins que l'autre Etat ne consente à opérer un ajustement en sens contraire pour le même montant. On comprend aisément que l'autre État soit réticent à opérer cet ajustement dit «corrélatif», ce qui mène fréquemment à un différend. Le différend entre le contribuable et l'administration conduit à des discussions entre États sur le partage de l'imposition dont le contribuable se trouve finalement l'otage.

La double imposition est une question très importante pour les entreprises car elle constitue un coût supplémentaire qui leur paraît illégitime et vient freiner le développement des échanges internationaux. La première mesure, intégrée dans les conventions inspirées du modèle OCDE pour résoudre les différends liés aux problèmes d'application des conventions, est le recours à une procédure amiable entre administrations[2]. En ce qui concerne la France, cette procédure s'ouvre à tous les litiges concernant des pays avec lesquels la France a conclu une convention fiscale dans la mesure où la convention le prévoit, ainsi qu'aux problèmes de prix de transfert avec des pays de l'Union européenne (« UE ») dans le cadre de la Convention Européenne d'Arbitrage (« CEA »). La procédure amiable apporte une possibilité d'élimination de la double imposition aux contribuables si les administrations trouvent une solution commune. Or elles ne sont tenues qu'à engager cette procédure, il s'agit d'une simple obligation de moyen. En l'absence d'arbitrage, les administrations n'ont pas d'incitation spécifique à la résolution rapide des conflits. Quant aux entreprises, elles hésitent à y avoir recours et craignent de se lancer dans une procédure lourde, contraignante et parfois coûteuse, sans aucune assurance de résultat. La procédure d'arbitrage apparaît comme le seul recours possible pour les entreprises face à des administrations qui ne parviennent pas à s'entendre car elle apporte au contribuable une garantie de résultat. Elle ne vient pas supplanter la procédure amiable, mais vient la compléter à l'issue de son processus, dans le cas où aucun accord n'est trouvé. Lorsque les autorités sont parvenues à un accord à l'issue de la procédure amiable, le contribuable ne peut avoir recours à l'arbitrage, même s'il n'est pas d'accord avec la solution proposée par les administrations. Notons que l'existence même d'une clause d'arbitrage incite fortement les administrations à une meilleure résolution des conflits dès la procédure amiable, ce qui explique le nombre très réduit d'arbitrages comparé à celui des procédures amiables.

B. La mise en place des procédures d'arbitrage

La mise en place des procédures d'arbitrage s'est faite progressivement et leur introduction reste relativement récente. On peut distinguer deux étapes : la première initiée par l'UE suivie quelques années plus tard par l'OCDE. L'UE a développé en 1990 une procédure d'arbitrage destinée à remédier aux problèmes de double imposition résultant des prix de transfert qui nuisaient aux échanges transfrontaliers à l'intérieur de l'Europe et pouvaient créer des distorsions de concurrence. L'apport fondamental de la CEA est sa portée obligatoire pour les États ainsi que l'encadrement de la procédure dans un certain délai. En revanche, la CEA se limite aux doubles impositions liées aux prix de transfert.

Au début des années 2000, l'OCDE s'est penchée sur les difficultés pratiques rencontrées dans l'application de la procédure amiable. Les travaux du

2 Modèle de convention fiscale OCDE, article 25

comité des affaires fiscales de l'OCDE ont finalement conduit en 2008 à l'introduction par l'OCDE d'un nouveau paragraphe dans le modèle de convention fiscale[3] qui prévoit désormais une procédure d'arbitrage pour les cas qui n'ont pas pu être résolus dans un délai de deux ans. Cette procédure non automatique s'ouvre aux contribuables dans la mesure où il reste au moins un point de désaccord entre administrations sur un élément non conforme à la convention. Le périmètre de l'arbitrage est plus large que dans la CEA et ne se limite pas aux seuls prix de transfert. Les questions non résolues sont alors réglées par une décision indépendante. Les administrations fiscales sont liées par le résultat de l'arbitrage, sauf dans le cas où la personne concernée n'accepte pas l'accord amiable par lequel la décision d'arbitrage est appliquée.

L'apparition de procédures arbitrales pour régler les différends fiscaux internationaux peut apparaître étonnante dans un contexte de judiciarisation croissante des conflits, elle s'est faite en premier lieu sous la pression constante des entreprises. Le développement des procédures d'arbitrages répond clairement à la demande des entreprises qui se heurtent à un nombre croissant de différends transfrontaliers sur des affaires d'une complexité accrue impliquant par exemple des problématiques d'incorporels ou de sous-capitalisation et qui souhaitent une solution effective, et si possible rapide, aux problèmes de double imposition. Les délais de la procédure amiable peuvent être très longs et certains contribuables craignent que les affaires ne soient réglées non en fonction de leur cas propre, mais selon une appréhension de l'ensemble des procédures en cours. L'espoir des entreprises est donc que la double imposition soit évitée mais aussi que la décision des arbitres soit de qualité, c'est-à-dire qu'elle apporte un éclairage sur la question posée et non un simple «jugement de Salomon».

Les administrations sont quant à elles plus réservées sur l'arbitrage, par culture d'abord : le règlement du litige échappe à leur contrôle dans un domaine régalien, mais aussi par une certaine méfiance à l'égard d'une décision qui serait prise par des tiers dont elles ne connaissent pas l'approche. Ceci ressort clairement de la CEA puisque les administrations se réservent un délai supplémentaire de six mois après l'avis de la commission d'arbitrage pour chercher à nouveau une autre solution. La procédure est consommatrice de temps et implique pour l'administration de présenter à nouveau le dossier et de gérer des tâches purement administratives, par exemple la répartition des coûts. Le regard de l'administration est en même temps positif sur cette procédure qui met à leur disposition un outil pour régler des affaires avec des États qui ne veulent pas coopérer dans un contexte de forte hausse de dossiers en suspens, l'existence même de l'arbitrage ayant un impact très fort quant à l'incitation des administrations à s'entendre.

Deux cadres existent actuellement pour résoudre les différends transfrontaliers par le moyen de l'arbitrage : la CEA et certaines conventions fiscales bilatérales. Le champ d'application dépend des conventions internationales qui prévoient généralement d'ouvrir la procédure notamment aux personnes morales résidentes d'un des États partie à la convention pour l'impôt sur les sociétés. La CEA est en revanche fermée aux entreprises en cas de pénalités graves, notamment pour abus de droit, manquement délibéré, manoeuvres frauduleuses ou défaut de déclaration après mise en demeure.

À la suite des recommandations de l'OCDE, la France a renégocié récemment des conventions bilatérales avec certains pays en introduisant des clauses d'arbitrage. C'est le cas des conventions signées avec les États-Unis, la Suisse et le Royaume-Uni. D'autres conventions prévoyaient déjà une telle clause, mais ces clauses plus anciennes soumettent l'arbitrage à l'accord des administrations comme les conventions franco-allemandes[4], franco-canadiennes[5] et franco-kazakhstanaises[6]. En revanche, la décision arbitrale s'impose généralement aux États.

3 Modèle de convention fiscale OCDE, article 25, paragraphe 5

4 Convention fiscale franco-allemande, article 25 A modifié par avenant du 28 septembre 1989

5 Convention franco-canadienne, article 25, paragraphe 5 modifié par avenant du 30 novembre 1995

6 Convention France-Kazakhstan du 3 février 1998, article 25.

L'avenant à la convention franco-américaine signé en 2009[7] confère une portée obligatoire à l'arbitrage mais sous réserve que les deux autorités compétentes ne considèrent pas d'un commun accord et avant le démarrage de l'arbitrage, qu'il s'agit d'un cas particulier ne se prêtant pas à l'arbitrage. La convention franco-britannique entrée en vigueur en 2009[8] ne soumet pas l'arbitrage à l'accord des administrations et prévoit une obligation de résultat. Enfin, la convention franco-suisse[9] modifiée par l'avenant du 27 août 2009 prévoit la possibilité pour le contribuable d'avoir recours à l'arbitrage à l'issue de trois ans de procédure amiable infructueuse et pour résoudre les problèmes de prix de transfert ou d'établissement stable, sous réserve que le contribuable ne soit pas en droit d'obtenir une décision judiciaire. Les modalités d'application ne sont pas précisées.

II. LE FONCTIONNEMENT DE L'ARBITRAGE

Le fonctionnement de la procédure n'est pas toujours formalisé dans les conventions (A). Il est pourtant critique pour permettre son impartialité et son fondement sur des bases autres que la bonne volonté des administrations. Des divergences se manifestent dans le processus de prise de décision (B).

A. La procédure arbitrale

Cette procédure est, dans toutes ses variantes, très différente de l'arbitrage en droit commun en matière commerciale notamment. Trois cadres en définissent les modalités : le code de conduite pour la mise en oeuvre effective de la CEA, établi par le Forum conjoint sur les prix de transfert et précisé dans l'instruction du 23 février 2006[10], le modèle d'accord entre autorités proposé par l'OCDE et la convention franco-américaine dans un protocole d'accord annexé à la convention.

L'initiative revient au contribuable. En France, c'est le bureau E1 de la Direction de la Législation Fiscale qui était jusqu'à présent en charge des procédures amiables et arbitrales. Ce rôle est désormais dévolu à la mission d'expertise juridique et économique internationale créée au sein du service juridique de la fiscalité[11]. Le recours n'est possible que dans la mesure où les autorités ne sont pas parvenues à un accord au bout de deux ans de procédure amiable et si une décision judiciaire n'a pas déjà été rendue. La convention franco-américaine conditionne également l'arbitrage à la production dans un au moins des deux Etats des déclarations fiscales pour les années concernées, ainsi qu'à un engagement de confidentialité des parties. Dans le cas de l'UE, le contribuable peut avoir recours simultanément à la CEA et aux procédures d'arbitrage prévues dans les conventions fiscales bilatérales. La convention entre la France et le Royaume-Uni exclut cependant cette possibilité.

Qu'en est-il de l'articulation avec la procédure contentieuse en cours ? En France, l'article 189 A du LPF prévoit la suspension des mises en recouvrement pendant la durée de la procédure amiable. Dans le cas de la CEA, l'effet suspensif est maintenu dans les trois mois suivant la notification au contribuable de l'accord intervenu entre les Etats, c'est-à-dire à l'issue de la décision issue de la commission consultative[12]. L'entreprise française doit choisir entre la procédure judiciaire ou la CEA dans le cas où le délai de recours juridictionnel n'a pas encore expiré.

Les modalités de constitution de la commission arbitrale sont importantes, gages de l'impartialité de la décision. La CEA prévoit l'établissement d'une liste permanente de cinq personnalités indépendantes et compétentes désignées par les États et déposée au Secrétariat du Conseil de l'UE. Les arbitres ayant les qualités requises pour être président sont précisés. À chaque arbitrage,

7 Au sens de l'article 39,12 du CGI.
8 Rapport 2009 du Conseil des prélèvements obligatoires.
9 Loi n°65-566 du 12 juillet 1965.
10 Convention fiscale franco-américaine, article 26, paragraphe 5, modifié par avenant du 13 janvier 2009
11 Convention franco-britannique du 19 juin 2008, article 26, paragraphe 5
12 Convention franco-suisse, article 27, paragraphe 5 modifié par avenant du 27 août 2009

deux représentants de chaque autorité désignent à partir de cette liste, d'un commun accord ou par tirage au sort, quatre personnalités indépendantes. Le nombre de représentants de chaque État peut être réduit à un. Dans ce cas, deux personnalités indépendantes sont désignées[13]. Les membres de la commission consultative désignent ensuite un président à partir de la liste. La commission comprend donc au minimum cinq membres. Le nombre d'arbitres prévu par l'OCDE n'est en revanche que de trois. Chaque autorité nomme un arbitre, puis ces deux arbitres nomment un troisième membre qui agira en qualité de président. Au cas où les arbitres n'ont pas été choisis dans le délai prévu, ils sont nommés par le directeur du Centre de Politique de l'Administration fiscale de l'OCDE sous dix jours. Le protocole d'accord franco-américain est conforme au modèle de l'OCDE avec le recours à trois arbitres. Il prévoit que le président ne soit ni un résident de France, ni un résident des États-Unis et que les membres désignés ne soient pas des agents de l'administration fiscale. Une liste de présidents potentiels est établie par pays.

Les délais fixés représentent également un enjeu essentiel pour les entreprises. En effet, les redressements en matière de prix de transfert entraînent la constitution de provision dans les comptes. La CEA prévoit un délai de prise de décision d'un an : six mois pour permettre à la commission arbitrale de rendre un avis, puis six mois pour une prise de décision définitive par les administrations fiscales. La constitution préalable de la commission consultative ne devrait, en principe, pas dépasser six mois[14]. L'OCDE recommande un délai inférieur à deux ans : trois mois pour établir un mandat définissant les questions devant être résolues, trois mois pour désigner des arbitres, deux mois pour désigner un président, six mois pour rendre une décision et précise également un délai de six mois pour application. Quant aux délais prévus par le protocole d'accord franco-américain, ils se situent à près d'un an. Les délais de désignation des membres sont similaires à ceux prévus par l'OCDE, les États disposent ensuite d'un délai de soixante jours pour émettre leur proposition de résolution. La commission arbitrale rend sa décision dans un délai de six mois à compter de la nomination de son président. Le contribuable a ensuite trente jours pour donner son accord.

Différentes modalités de répartition des coûts de la procédure d'arbitrage sont possibles. La CEA et la convention franco-américaine prévoient principalement que les coûts soient répartis de façon égale entre États. L'OCDE préconise en revanche principalement la prise en charge par chaque autorité des coûts afférents à sa propre participation dans la procédure ainsi que la rémunération de l'arbitre qu'elle a nommé.

B. Le processus de prise de décision

Peu d'éléments sont indiqués avec précision sur les documents dont dispose la commission arbitrale pour prendre une décision. La CEA indique que les États doivent fournir à la commission avant sa première réunion, tous les documents et informations pertinents et notamment tous les documents, rapports, correspondances et conclusions utilisés lors de la procédure amiable. Les contribuables et les administrations peuvent également transmettre des éléments qui leur semblent utiles à la prise de décision. L'OCDE prévoit que les arbitres aient accès à tous les renseignements nécessaires pour se prononcer sur les questions soumises à arbitrage, à l'exception des documents dont n'ont pas disposé les administrations avant l'arbitrage, sauf si les administrations en décident autrement.

L'arbitrage prévu dans la convention franco-américaine stipule que les États adressent une proposition de résolution à la commission avec une note de position. Chaque État peut également adresser à la commission une réponse à la proposition transmise par l'autre État dans les cent vingt jours à compter de la désignation de son président afin de traiter toute question soulevée par cette proposition. D'autres renseignements peuvent être transmis à la commission mais uniquement à sa

13 BOI-INT-DG-20-30-20
14 Arrêté du 13 mars 2013, NOR: BUDE1307212A

demande. Les échanges entre États et commission se font sous la forme de communications écrites et transitent par le président de la commission.

Les contribuables ne sont pas tenus informés des discussions mais uniquement de l'avancée des travaux. Si les discussions soulèvent de nouvelles questions qui induisent des compléments d'information auprès du contribuable, ils peuvent, dans le cadre de la CEA, se faire entendre ou représenter devant la commission consultative. La commission peut également, à son initiative, demander à entendre le contribuable ou un représentant. L'OCDE indique que le contribuable peut présenter sa position par écrit aux arbitres, soit directement, soit par l'intermédiaire de ses représentants. Avec l'autorisation des arbitres, il peut également présenter oralement sa position au cours de la procédure d'arbitrage. D'après le protocole d'accord franco-américain, le contribuable peut transmettre une note de position pour examen par la commission d'arbitrage.

C'est par leur mode de décision que se singularisent particulièrement les arbitrages avec la confrontation de deux modes de prises de décisions. D'une part, la CEA prévoit que les arbitres peuvent élaborer et proposer leur propre solution en la motivant. L'OCDE préconise également cette méthode de «l'opinion indépendante». D'autre part, le modèle de «baseball arbitration» utilisé par les États-Unis impose aux arbitres de choisir l'une ou l'autre des propositions présentées par les administrations. Cette procédure, inspirée de la négociation salariale des joueurs de baseball professionnels américains, est destinée à encourager les administrations à transmettre des propositions raisonnables pour optimiser leurs chances de l'emporter. Les arbitres ne peuvent alors s'écarter de l'une ou l'autre des propositions des administrations. C'est ce mode de décision que prévoit l'accord entre la France et les États-Unis. L'OCDE indique que cette approche de la «dernière meilleure offre» est également possible et la prévoit en cas de procédure alternative simplifiée. Un panachage de méthodes est également évoqué. La CEA comme l'OCDE précisent que les décisions doivent être prises à la majorité simple. La décision doit-elle être motivée ? Non, indique l'accord franco-américain. Oui, précisent la CEA (l'avis doit contenir un certain nombre d'éléments dont les arguments et méthodes sur lesquels est fondée la décision) et l'OCDE (les principes juridiques ainsi que le raisonnement qui sous-tend la décision doivent être inclus). Les décisions ne sont en principe pas publiées, mais il est prévu cette possibilité si toutes les parties en sont d'accord. L'arbitrage reste néanmoins une procédure confidentielle. L'administration fiscale française ne publie pas de chiffres sur le nombre de dossiers concernés, ni même les pays impliqués.

Les effets de la décision traduisent également une vraie divergence. En effet, dans le cadre de la CEA, les autorités ne sont pas liées par l'avis de la commission, contrairement aux règles communes de l'arbitrage. Elles disposent d'un délai supplémentaire de six mois pour trouver un accord dont le résultat doit aboutir à la suppression de la double imposition. L'OCDE et la convention franco-américaine, dans la mesure où le contribuable accepte la décision, prévoient que la décision arbitrale s'impose aux États. L'accord peut se traduire par un ajustement corrélatif permettant d'éliminer la double imposition. La base imposable de l'entreprise associée se trouve dans ce cas réduite du montant rehaussé dans l'autre État. Des ajustements secondaires sont également possibles, les bénéfices réputés distribués peuvent donner lieu à des retenues à la source ou à la contribution sur les dividendes de 3% pour la France.

Bien que l'arbitrage soit largement positif dans la mesure où il contribue directement ou indirectement à résoudre les problèmes de double imposition, il existe des limites à cette procédure. D'une part, parce que peu de conventions contiennent une procédure d'arbitrage ayant une portée obligatoire. L'arbitrage mériterait ainsi d'être étendu par exemple aux pays émergents. D'autre part, la CEA reste limitée aux résolutions de problèmes de prix de transfert et n'est pas applicable en cas de pénalités graves, ce qui peut inciter les administrations à les utiliser comme moyen de pression pour empêcher les entreprises d'y avoir recours. La limitation des pénalités

considérées comme graves à des cas de fraudes, comme recommandée par le Forum conjoint sur les prix de transfert, pourrait marquer une avancée pour l'UE dans les résolutions des différends fiscaux. Les cas de situations triangulaires peuvent également entraver la résolution de la double imposition. Enfin, des freins existent encore, y compris dans le cas de procédures obligatoires, qui peuvent résulter du manque de bonne volonté de certaines administrations à progresser dans la procédure. Le problème de la responsabilité des États se pose ainsi que l'insuffisance de moyens juridiques pour le résoudre.

Imprimerie Champagnac SAS - 15000 AURILLAC - 04 71 48 51 05