

REVUE

DE FISCALITE DE L'ENTREPRISE

Fiscalité interne

La nouvelle définition de l'appréciation du caractère lucratif des activités publiques :
le retour du droit administratif

Par Clément Pedron et Caroline Chamard-Heim

Le consentement à l'impôt

Par Marjorie Blin et Catherine Damelincourt

Fiscalité internationale

La prise en compte du droit étranger en droit fiscal

Par Isabelle Pichard et Gauthier Halba

Fiscalité environnementale

Les entreprises pétrolières face à la montée en puissance
d'une fiscalité environnementale

Par Sophie Lopez



STC Partners
Société d'Avocats

Passion for your excellence.



STC Partners et WTAS, le leader du secteur aux USA, annoncent leur rapprochement pour créer un réseau à vocation internationale dans le domaine du conseil au capital privé - dirigeants, groupes familiaux, actionnaires d'entreprises.

Fondé en 2002, le Groupe WTAS s'est développé pour devenir un des leaders américains du conseil patrimonial et fiscal des "Success stories" américaines.

www.stcpartners.fr

Faire-part de décès

La rédaction de la Revue de Fiscalité de l'Entreprise a l'immense tristesse de vous annoncer la disparition du principe de non-aggravation survenue le 12 mars 2014.

Né sous la plume d'éminents fiscalistes dans les années quatre-vingt, le principe de non-aggravation impliquait que la situation d'un contribuable ne pouvait être aggravée par l'application d'une convention fiscale, dont la raison d'être est précisément la protection des contribuables par la recherche de l'élimination des doubles impositions. La supériorité conventionnelle ne jouait donc qu'à sens unique, à titre de garantie. Elle pouvait alléger ou supprimer des obligations fiscales, mais non les aggraver ou en créer de nouvelles.

Cependant, dès sa naissance, le principe de non-aggravation fut accablé par le malheur.

D'abord, la génitrice naturelle de tous les grands principes du droit fiscal, à savoir la plus Haute juridiction administrative, ne reconnut jamais la maternité d'un tel précepte. Né sous x, pupille de la doctrine, le principe de non-aggravation a par la suite souffert d'une maladie dégénérative fatale. À force d'attaques jurisprudentielles répétées et mortelles, dont la dernière remontait au 12 juin 2013 avec l'arrêt BNP Paribas, le principe de non-aggravation s'est définitivement éteint avec l'arrêt Céline rendu le 12 mars 2014. À travers cette décision funeste, le Conseil d'État réussit l'exploit macabre d'instaurer une double imposition en se fondant exclusivement sur une convention bilatérale dont l'objet consistait précisément à éviter les doubles impositions. La disparition prématurée du principe de non-aggravation est une nouvelle d'autant plus affligeante pour le monde de la fiscalité que d'autres grands principes de la fiscalité internationale, comme le principe de subsidiarité des conventions fiscales, pourraient suivre le même sort.

La rédaction de la Revue de Fiscalité de l'Entreprise est également au regret de vous annoncer que ce numéro sera le dernier à paraître sous cette forme. Mais, contrairement au principe de non-aggravation, la Revue de Fiscalité renaîtra de ses cendres dès l'année prochaine. Sous un format encore plus original et avec un partenaire dynamique. Pour une Revue toujours plus vivante.

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 :

Jérôme Barré, Avocat, Franklin, Associé, Département Droit Fiscal
Benoît Bec, Avocat Cabinet Arsène Taxand,
Xavier Berre, Avocat Cabinet Baker & McKenzie
Juliette Bourgeois, Senior Tax Director GE Power Conversion
Arnaud Chastel, Avocat, associé cabinet Landwell et associés
Franck Demailly, Avocat, associé Ducellier Avocats
Gauthier Halba, Directeur fiscal de JC Decaux
Karine Halimi-Guez, Managing Director, FedEx EMEA Tax
Bruno Knadjian, Avocat Cabinet Hogan Lovells LLP
Brançre 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, associé cabinet Landwell & Associés
Julien Riahi, Avocat Cabinet Baker & McKenzie

SOMMAIRE

FISCALITE INTERNE

- Le consentement à l'impôt,**
par M. Blin et C. Damelincourt P. 5
- Vers une tolérance zéro pour la rétroactivité fiscale fut-elle petite ?**
par C. Morel et J. Bourgeois P. 13
- Les conséquences de la chute du secret bancaire**
par M. Ben Chaabane et D. Hautin P. 23
- La nouvelle définition de l'appréciation du caractère lucratif des activités publiques :
le retour du droit administratif**
par C. Pedron et C. Chamard-Heim P. 31
- La déduction des charges financières: vers une approche économique et non punitive ?**
par M. Deydier et G. Halba P. 39
- L'arrêt foncière du rond-point : quelles conséquences pour les entreprises ?**
par C. Avrin P. 47

FISCALITÉ INTERNATIONALE

- La prise en compte du droit étranger en droit fiscal**
par I. Pichard et G. Halba P. 55
- Le BEPS, un produit hybride ?**
par J. Sellem et B. Knadjian P. 65
- La pratique des prix de transfert dans les BRICS**
par M. Ridet et K. Halimi Guez P. 73
- La fiscalité du numérique : une volonté unanime de réforme, pour quelles solutions ?**
par J. Alberto et C. Damelincourt P. 83

FISCALITÉ ENVIRONNEMENTALE

- Les entreprises pétrolières face à la montée en puissance d'une fiscalité environnementale**
par S. Lopez P. 91

FISCALITE INTERNE

LE CONSENTEMENT À L'IMPÔT

Marjorie BLIN, *Master II Fiscalité des entreprises, Université Paris Dauphine*

Catherine DAMELIN COURT, *Consultant CD CONSEIL*

Le consentement à l'impôt : « Et vous, consentez-vous à prendre pour impôt la mesure ici présente ? »¹

A l'heure où les contestations face aux politiques fiscales proposées par les gouvernements successifs se font de plus en plus nombreuses et de plus en plus virulentes, la question du consentement des Français à l'impôt est un sujet très épineux.

Il s'agit en effet d'une réelle problématique, sur le plan politique tout au moins, au sens où il est de plus en plus à craindre que le mécontentement général des Français vis-à-vis du système fiscal actuel ne conduise à une véritable révolte de ces derniers, tel que cela a déjà pu être le cas dans le passé, en France comme dans d'autres pays. Il est vrai que l'opposition des citoyens à l'impôt a pu donner naissance aux plus grandes révolutions, et notamment à la Révolution française de 1789.

C'est d'ailleurs au cours de cette période révolutionnaire que le principe du consentement à l'impôt a vu le jour, aux côtés du principe d'égalité devant l'impôt et devant les charges publiques². En effet, outre les revendications visant à abolir les privilèges qui permettaient jusqu'alors au Clergé et à la Noblesse de ne pas payer l'impôt, les révolutionnaires ont également exigé que l'impôt soit désormais voté par les citoyens eux-mêmes, en soustrayant cette compétence aux seigneurs féodaux.

L'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 est donc venu consacrer ce principe du consentement à l'impôt en disposant que « tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution

publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée ».

Il est affirmé aujourd'hui que les Français « ne consentent plus à l'impôt ». Dès lors, doit-on craindre une nouvelle révolution ? La réponse dépend de la manière dont est perçu le principe même du consentement à l'impôt. Car nombreux sont ceux qui opèrent une confusion entre sa valeur juridique d'une part, qui consacre la compétence exclusive des citoyens - à travers leurs représentants - pour voter l'impôt, et sa valeur politique d'autre part, qui relève davantage du fait pour un citoyen d'accepter ou non ce prélèvement.

L'enjeu de cet article n'est pas de dire si les impôts collectés auprès des Français sont légitimes, encore moins de se prononcer sur leur bienfondé, mais plutôt d'analyser le concept, finalement assez méconnu, du « consentement à l'impôt » tel qu'il existe sous un angle juridique et technique, en s'interrogeant notamment sur le respect de ce principe dans le contexte actuel. Car il n'est en effet pas certain que les contribuables soient aujourd'hui en mesure de se prononcer de façon éclairée sur l'élaboration des normes fiscales (I). Or, dès lors qu'il n'est pas suffisamment consenti à une règle en amont, sa mise en application peut facilement donner lieu à contestation. Phénomène de plus en plus fréquent, la résistance face à l'impôt peut alors se traduire de différentes manières (II).

1 Cet article reflète l'opinion personnelle de ses auteurs et ne saurait refléter l'opinion de la société qui les emploie.

2 Ces deux principes résultent des articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui disposent respectivement que « [La loi] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse », et que « pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable: elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ».

I- LE DÉCLIN DU CONSENTEMENT À L'IMPÔT

Compte tenu de la pluralité et de la technicité actuelles des règles fiscales, les contribuables ont parfois beaucoup de difficultés à comprendre le fonctionnement ainsi que la nécessité de l'impôt, ce qui exclut tout consentement véritable de leur part (A). Ils peuvent cependant s'en remettre au bon jugement de leurs représentants, sous réserve que ces derniers ne soient pas eux-mêmes dépossédés de leur pouvoir de créer l'impôt (B).

A. Des contribuables « troublés »

En principe, les citoyens doivent avoir une visibilité suffisante pour percevoir clairement les conséquences et les enjeux liés à l'adoption d'une nouvelle norme fiscale. C'est d'ailleurs l'un des prérequis pour assurer le respect du principe du consentement à l'impôt, tel que l'a rappelé le Conseil Constitutionnel à propos d'un dispositif fiscal jugé trop complexe pour permettre au contribuable de faire les arbitrages nécessaires.³ En effet dans ses motifs, le Conseil Constitutionnel a indiqué « *qu'en matière fiscale, la loi, lorsqu'elle atteint un niveau de complexité tel qu'elle devient inintelligible pour le citoyen, méconnaît en outre l'article 14 de la Déclaration de 1789* ». Plus récemment encore, à propos de la loi de finances pour 2014, il a rappelé que l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi constituaient un objectif de valeur constitutionnelle⁴. Il faut donc en principe que la loi soit d'une clarté suffisante pour qu'il puisse y être pleinement consenti.

Mais ces notions restent toutefois très théoriques. En réalité, le système fiscal français a atteint un niveau de complexité tel qu'il est désormais quasiment impossible de comprendre le « *pourquoi* » et le « *comment* » d'un impôt.

S'agissant des particuliers, rares sont par exemple les contribuables capables de définir clairement l'assiette, les taux, ou encore les modalités de calcul des contributions sociales que sont par exemple la

CSG ou la CRDS, qui frappent pourtant l'ensemble de leurs revenus. D'autant plus lorsque ces sommes prélevées à la source viennent s'articuler avec le mécanisme de l'impôt sur le revenu⁵ qui fonctionne quant à lui selon un système déclaratif. Rien ne paraît simple, même lorsqu'il s'agit des impôts les plus courants. D'ailleurs, il semble parfois que le fonctionnement de l'impôt sur le revenu lui-même ne soit pas correctement entendu. Ainsi, lorsque la possibilité de taxer les hauts revenus à 75% a été évoquée, nombreux sont ceux qui ont pensé que sur un revenu de cent, soixante-quinze allaient être retournés à l'Etat. Ce n'est pourtant pas le cas compte tenu du système de tranches d'imposition progressives.

Mais au-delà de la compréhension intrinsèque de chaque impôt ou taxe, les modalités d'imposition qui conjuguent du progressif et du fixe, du direct et de l'indirect, créent une confusion quant à la masse des impôts réellement dus et la proportion que cela représente par rapport aux revenus globaux. Il en résulte qu'il est presque impossible de savoir quelle est exactement la quote-part d'impôt qu'un individu paie « *d'une manière consolidée* » par rapport à ses revenus ou à son patrimoine, surtout lorsque ces revenus sont de catégories différentes. Finalement, le seul impôt qui est très transparent et lisible est la taxe sur la valeur ajoutée (TVA). Pour autant, personne ne peut dire combien il a payé de TVA sur une année, à moins de tenir une comptabilité de la plus haute précision, à l'instar des entreprises.

Il semble ainsi que la complexité du système fiscal actuel, la superposition de mécanismes d'imposition de natures différentes ainsi que leur modification perpétuelle, viennent véritablement troubler la vision des contribuables sur les impôts qu'ils acquittent. Et à cela s'ajoute le fait que la finalité même de ces impôts n'est pas toujours très claire, l'efficacité de la dépense publique étant de plus en plus remise en cause. Or à partir du moment où les contribuables n'arrivent plus à entrevoir la raison

3 Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances pour 2006, cons. 78, AJDA 2006. 13 ; D. 2006. 826, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino.

4 Décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013, Considérant n°114.

5 Par exemple, la CSG est déductible de l'assiette imposable à l'IR à hauteur de 5,1% pour les revenus d'activité, 4,2% pour les pensions de retraite et d'invalidité, et 3,8% pour les autres revenus de remplacement.

pour laquelle ils contribuent, il peut s'ensuivre une rupture de leur consentement, avec l'apparition de phénomènes de résistance et de contestations relatives à l'impôt.

Finalement, beaucoup de contribuables ne perçoivent pas tous les enjeux liés à la création d'un nouvel impôt ou à la modification d'une taxe existante, aussi bien en termes de contribution qu'en termes de redistribution. Dès lors, il est difficile d'envisager que ces derniers puissent y consentir de manière totalement éclairée.

B. Des parlementaires « dépossédés »

Nous venons de voir que les contribuables n'ont pas toujours les moyens de déterminer quel devrait être « *le bon impôt* ». Mais en principe il en est différemment s'agissant des personnes qu'ils désignent pour les représenter. Ainsi à défaut de savoir exactement pour quoi ils votent, les contribuables peuvent légitimement espérer que les personnes pour qui ils votent soient capables de faire les bons choix et de mettre en place des dispositifs efficaces, en corrélation avec leurs attentes.

Mais il faudrait pour cela que leurs représentants aient un pouvoir exclusif de décision en matière d'impôt. Or il n'est plus possible aujourd'hui de considérer que la fiscalité résulte uniquement du travail des parlementaires qui voient leur rôle limité, à la fois par l'intervention de nouveaux acteurs dans le processus de création des normes fiscales et par le degré croissant de complexité de ces règles. Il y a donc une sorte de dépossession interne et externe du pouvoir des parlementaires quant à l'établissement des normes fiscales.

Une dépossession interne, parce que ces normes ont atteint un tel niveau de technicité que les parlementaires eux-mêmes ne sont parfois plus en mesure de proposer des amendements suffisamment complets et fondés juridiquement pour que ces derniers ne soient pas retoqués par le Conseil Constitutionnel, qui fait parfois figure de « *législateur négatif* ». En effet, si les membres de cette institution n'ont pas l'initiative des lois à proprement parler, en revanche, ils disposent d'un véritable pouvoir de veto vis-à-vis des dispositions

susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Ainsi, en décembre dernier, le Conseil Constitutionnel a fait obstacle à l'adoption de vingt-quatre des deux-cent-quarante articles rédigés par les parlementaires dans le projet de loi de finances pour 2014 et le projet de loi de finances rectificative pour 2013, les censures opérées portant essentiellement sur les amendements les plus « *techniques* ». Or une telle situation peut être critiquable, sur le plan juridique tout au moins, au sens où le Conseil Constitutionnel ne s'est jamais vu attribuer un rôle aussi important dans le processus d'élaboration des lois, notamment parce que ses membres n'ont pas la légitimité qu'ont les parlementaires, on encore les membres du Conseil d'Etat. Toutefois sur le fond, la protection des droits et libertés que la Constitution garantit paraît être la priorité, à condition bien sûr que le Conseil Constitutionnel n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour les préserver.

Il est également possible de parler de dépossession externe, au sens où peu importe le niveau de technique exigé des parlementaires dans la rédaction de leurs amendements, d'autres acteurs interviennent désormais dans le processus d'élaboration du droit fiscal, en parallèle des initiatives parlementaires.

Parmi ces acteurs, l'Administration fiscale a parfois un rôle clé à jouer, notamment du fait des dispositions de l'article L80A du Livre des procédures fiscales (LPF), selon lequel les contribuables peuvent se prévaloir de la position favorable de l'Administration s'agissant de l'interprétation et de l'application d'une norme fiscale, alors même qu'une telle position serait en contradiction avec la loi, ou ajouterait des conditions à la loi. On peut dès lors considérer que l'Administration dispose, d'une certaine manière, d'un pouvoir concurrent à celui des parlementaires, voire supérieur, puisque l'interprétation concrète qu'elle donne des textes légaux, même *contra legem*, sera la norme pertinente si le contribuable décide de se fonder sur l'article L80A du LPF. A cet égard, le Conseil d'Etat a même précisé, dans un avis contentieux rendu en 2013 que le contribuable est fondé à se prévaloir de l'interprétation de la loi formellement admise par l'Administration, même

FISCALITE INTERNE

lorsque cette interprétation « *ajoute à la loi ou la contredit*⁶ ».

Dès lors, le Bofip qui regroupe toutes les positions prises par l'Administration fiscale est pour ainsi dire devenu la référence première des usagers comme des praticiens, et d'autant plus depuis que les textes ont été réunis et rendus accessibles sur Internet.

Toutefois, il suffit que le Parlement veille de manière systématique à préciser suffisamment le contenu des textes pour ne pas laisser trop de marge d'interprétation à l'Administration. C'est d'ailleurs une obligation de sa part, dont le non-respect a déjà été sanctionné par le Conseil Constitutionnel sous la qualification d'incompétence négative⁷. Mais il est déjà d'ailleurs arrivé que l'Administration se positionne en dehors de tout texte légal. Ainsi au cours de l'été 2013, alors que le gouvernement avait simplement annoncé une réforme des plus-values immobilières, le Bofip a dévoilé, début août, le contenu précis de la réforme⁸ alors même que celle-ci n'avait pas encore été votée. Il est vrai que la loi est ensuite venue confirmer les règles exposées par l'Administration durant l'été, il n'y a donc pas eu d'opposabilité de la doctrine administrative à faire valoir. Pour autant, cela aurait pu être le cas si les parlementaires avaient voulu prévoir des modalités d'impositions différentes de celles qui avaient été annoncées en août.

Une telle situation illustre donc bien le poids que peut avoir l'Administration dans l'élaboration des règles fiscales. En aval tout du moins, car en amont à l'inverse, Bercy regrette parfois de ne pas être suffisamment entendu par les parlementaires lors de l'élaboration des projets de loi. Il arrive en effet que certains amendements soient le fruit de l'initiative exclusive du Sénat, et cela contre l'avis du gouvernement. Cela a notamment été le cas pour deux amendements inclus dans le projet de loi de finances pour 2014, le premier venant

modifier la définition de l'abus de droit fiscal, le second imposant à toute personne mettant en place un schéma d'optimisation fiscale d'en faire la déclaration préalable à l'Administration. Le Ministre du Budget s'était alors fermement opposé à leur adoption en déclarant que les textes proposés par le Parlement étaient « *trop inaboutis, tant au niveau de la réflexion que de leur formulation, et s'apparentaient davantage à une déclaration politique de principe qu'à de véritables dispositifs législatifs destinés à être appliqués* »⁹.

Finalement, les deux propositions ont été retoquées par le Conseil Constitutionnel, ce qui amène à dresser les deux constats suivants : D'une part, ces censures multiples des dispositions allant l'encontre de l'avis du gouvernement sont la preuve d'une certaine « *incompétence technique* » des parlementaires en matière fiscale, compte tenu de la complexité et de la confusion qui peut régner au sein de toutes les règles qui la régissent. D'autre part, c'est également la preuve que les parlementaires opèrent parfois une confusion entre leurs aspirations politiques et les règles qu'ils élaborent, en essayant par tout moyen d'obtenir des ressources publiques supplémentaires auprès des contribuables.

Il semble en effet que le contexte économique actuel conduise ces derniers à voter l'impôt, sans y consentir véritablement eux-mêmes. Un vote contraint, à défaut de trouver d'autres mesures pour dégager les ressources nécessaires au redressement de l'économie, un vote qui a parfois lieu dans l'urgence, et plus généralement, un vote qui se rapproche de plus en plus d'une obligation que d'un choix. D'une certaine manière, on dirait que l'impôt est devenu la solution à l'impôt, c'est-à-dire une mesure prise « *après coup* » pour combler les lacunes du système. D'ailleurs, le nom donné à certains impôts témoigne de cet état de fait. Il existe ainsi un impôt destiné au « *remboursement de la dette sociale* », la CRDS¹⁰. C'est donc un regard

6 Conseil d'Etat, Section, 8 mars 2013, Mme B...A..., requête n° 353782.

7 Décision précitée, note 3 : le Conseil Constitutionnel rappelle l'obligation faite au Parlement « *d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* ».

8 Notamment les taux applicables et les conditions de durée à respecter pour bénéficier d'un abattement.

9 Actes pratiques et Stratégie patrimoniale, 2013, trimestriel n° 4, Jean-François Desbuquois.

10 En 1996, la CRDS avait d'ailleurs été instituée à titre provisoire et non définitif. Désormais, il s'agit d'un prélèvement à durée illimitée dont le taux n'a cessé d'augmenter depuis sa création.

sur le passé, puisqu'il s'agit d'un impôt qui tente de combler les déficits déjà présents. Finalement il semble que les parlementaires persistent à traiter les effets, sans se pencher sur les causes, créant ainsi un engrenage dont il est très difficile de sortir.

Il résulte de ce qui précède que nous sommes aujourd'hui très loin de l'application littérale de l'article 14 de la DDHC posant le principe du consentement des citoyens à l'impôt, aussi bien sous un angle juridique que politique. Au contraire, il semble que ce consentement se dissipe chaque jour un peu plus, au sein de toutes les classes de la population. Cette rupture du consentement peut se traduire de différentes manières. Certains contribuables préfèrent quitter la France, d'autres préfèrent patienter, en espérant une amélioration. Mais il existe également une catégorie grandissante d'individus, pour lesquels il n'est question ni de partir ni de « *subir* », mais bien de s'opposer à un dispositif auquel ils n'auraient pas amplement consenti.

II- UN DÉCLIN DONNANT LIEU À DES PHÉNOMÈNES CROISSANTS DE RÉSISTANCE FACE À L'IMPÔT

La disparition du consentement des contribuables à l'impôt va parfois de pair avec la survenance de phénomènes d'opposition lorsqu'il s'agit de mettre en place un nouveau dispositif fiscal. Quelle se traduise par des contestations en justice ou par des revendications publiquement affichées, la résistance à l'impôt est désormais bien présente, et se traduit principalement par deux moyens d'actions : sur le plan juridictionnel, l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité a donné aux contribuables un moyen de se défendre face à une imposition qu'ils estimeraient non conforme aux droits et libertés que la Constitution garantit (A). Mais il existe aussi des manières beaucoup plus informelles mais tout aussi efficaces de contester l'impôt, à travers des mouvements collectifs de contestation (B).

A. Une résistance juridique : la question prioritaire de constitutionnalité (QPC)

La QPC, nouveau moyen de droit invocable depuis le 1^{er} mars 2010 permet à tout justiciable de contester la conformité à la Constitution du texte de loi qui lui est applicable. Ainsi, grâce à ce dispositif, dès lors qu'une disposition législative est susceptible de porter atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le justiciable peut demander au juge constitutionnel son abrogation.

Appliquée à la matière fiscale, les contribuables ont très rapidement perçu dans cette nouvelle procédure le moyen de contredire toutes sortes d'impositions, et le Conseil Constitutionnel a déjà été beaucoup sollicité dans ce domaine. Pour autant, il n'est pas toujours fait droit aux demandes des contribuables. En effet, le Conseil Constitutionnel, comme le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, qui fonctionnent comme « *un filtre* » dans la mesure où ils ont le pouvoir de lui transmettre ou non une question prioritaire, ont une vision très précise et circonscrite des moyens invocables à l'appui d'une QPC, notamment en matière fiscale. Ils sont donc venus préciser, au fil de leurs décisions, le contenu des droits et libertés utilement invocable, dès lors que l'article 61-1 de la Constitution¹¹ ne vise que la protection des « *droits et libertés constitutionnellement garantis* ».

Ont ainsi pu être invoqués avec succès le principe d'égalité devant l'impôt garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui exige qu'une véritable différence de situation justifie la différence de traitement fiscal opérée entre deux catégories de contribuables¹² ou encore le principe d'égalité devant les charges publiques garanti par l'article 13 et qui tend cette fois à assurer une adéquation entre l'imposition et les facultés contributives des contribuables¹³. De même, le droit à un recours juridictionnel effectif ainsi que le respect de l'égalité des armes dans le procès fiscal

11 Article 61-1 de la Constitution instituant la QPC : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question (...)* ».

12 Décision n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010 « *Compagnie agricole de la Crau* ».

13 Décision n° 2010-88 QPC du 21 janvier 2011 « *Mme Danièle B.* ».

qui découlent de la garantie des droits consacrée à l'article 16 du même texte ont permis à certains contribuables de contester la rétroactivité d'une loi fiscale¹⁴.

Les droits et libertés invocables en matière fiscale semblent ainsi couvrir un champ assez large, à tel point que l'on pourrait croire que la QPC est une arme de poids pour le contribuable qui souhaiterait obtenir la suppression d'une règle fiscale. Deux réserves doivent toutefois être émises à ce sujet.

Tout d'abord, il ne faut pas oublier que la reconnaissance de l'invocabilité d'un droit devant le juge constitutionnel n'est que la première étape à franchir pour obtenir l'abrogation d'un texte légal. Or à partir du moment où l'impôt présente, par essence, un caractère d'utilité publique, il peut arriver qu'une atteinte soit portée à un droit ou à une liberté reconnu comme étant constitutionnellement garanti, mais que le juge décide pourtant de faire prévaloir l'intérêt général.

Par ailleurs, s'agissant du champ d'application de la QPC en matière fiscale, le Conseil Constitutionnel a pour l'instant refusé de reconnaître que la non-conformité d'une loi fiscale à une norme constitutionnelle de forme ou de compétence puisse être invoquée à l'appui d'une question prioritaire. En effet pour ce dernier, seuls peuvent être invoqués à travers ce recours des moyens relatifs aux droits qui seraient propres au contribuable et que celui-ci aurait un intérêt à défendre, ce qui exclut a priori tout moyen tiré de ce que l'on appelle la « *constitutionnalité externe de la loi* », c'est-à-dire un moyen qui ne saurait contester que la manière dont la loi a été adoptée et non pas son contenu en tant que tel.

Dans ces conditions, le principe même du consentement à l'impôt, qui est pourtant consacré à l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, n'a pas été reconnu comme étant un droit invocable au moyen d'une QPC. En effet, c'est uniquement sous l'angle de « *l'incompétence négative* » du législateur que le Conseil Constitutionnel peut appréhender la question

du consentement à l'impôt, c'est-à-dire dans une situation où les parlementaires auraient méconnu leur pouvoir normatif en ne précisant pas assez les contours d'une loi, de telle sorte qu'il reviendrait au pouvoir réglementaire – l'Administration fiscale – de fixer les règles. Autrement dit, il ne s'agit pas pour le contribuable de prétendre que lui-même, ou ses représentants, n'auraient pas « *consenti à l'impôt* » car il est évident qu'un impôt ne peut pas faire l'unanimité. Il s'agit en revanche de soulever le fait que c'est le Parlement, dans son ensemble, qui n'a pas réellement donné son consentement à l'impôt dès lors que la loi votée ne précisait pas suffisamment les modalités de celui-ci.

Une telle situation s'est posée plusieurs fois en pratique et la question de l'incompétence négative du législateur a déjà fait l'objet de plusieurs QPC. Dès 2010, aux termes d'une décision de principe¹⁵, le juge constitutionnel s'est positionné en refusant d'admettre que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence puisse, à elle seule, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire. Pour ce dernier, le principe du consentement à l'impôt est mis en œuvre par l'article 34 de la Constitution qui dispose que le législateur est le seul organe compétent pour déterminer l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures. Or ce texte ne consacre qu'une règle fonctionnelle de répartition de compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire, dont le non-respect ne peut faire l'objet d'une QPC.

Toutefois dans la même décision, le Conseil Constitutionnel avait laissé une porte ouverte en précisant que le non-respect des règles de compétence posées par l'article 34 de la Constitution pourrait tout de même être invoqué dans le cas où ce non-respect conduirait à porter une atteinte à un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Ainsi, pour la première fois en 2013, certaines dispositions fiscales ont pu être censurées à la suite d'une QPC sur le fondement de l'incompétence négative du législateur, le juge ayant considéré qu'une définition insuffisante des modalités de

14 Décision n° 2010-78 QPC du 10 décembre 2010 « *Société IMNOMA* ».

15 Décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010 « *SNC Kimberly Clark* ».

recouvrement d'un impôt, en ce qu'elle ne précise pas ou ne désigne pas les règles contentieuses et les sanctions applicables aux personnes assujetties à l'imposition, affecte le droit au recours effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789¹⁶.

Il n'est donc pas facile de contester une imposition au moyen d'une question prioritaire de constitutionnalité, mais il appartient aux contribuables, et surtout à leurs conseils, d'une part, d'analyser minutieusement chacune des brèches qui pourrait apparaître dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, et d'autre part, de ne pas négliger les autres moyens de droits à leur disposition, notamment le contrôle de conventionalité au titre duquel le juge ordinaire pourrait lui-même censurer l'application d'une disposition fiscale à partir du moment où celle-ci serait en contradiction avec une norme communautaire.

Enfin, là où les arguments juridiques trouvent leurs limites, certains contribuables optent parfois pour des méthodes de contestation plus « rudes », en dehors de toute procédure judiciaire, afin d'empêcher l'adoption de certaines mesures fiscales.

B. Une résistance collective : La multiplication des mouvements identitaires

La pression fiscale se faisant de plus en plus sentir auprès des contribuables français et la redistribution de l'impôt de plus en plus floue, de nombreux mouvements contestataires ont vu le jour ces dernières années.

Qu'il s'agisse d'empêcher l'adoption d'une norme fiscale ou de contrevenir à sa mise en place, certains mouvements ont ainsi pu être qualifiés de véritables insurrections tant leur ampleur a été grande. En 2013, des « cahiers de doléances » ont même refait leur apparition, ainsi que la tenue « d'Etats généraux »¹⁷, à l'instar de ceux qui existaient durant la période révolutionnaire. C'est donc l'image d'une révolution qui est donnée à certaines actions, ce qui traduit le fort degré de mécontentement de

certaines contribuables vis-à-vis du système en place ou à venir. Et s'il est vrai que cette insatisfaction clairement exprimée concerne des domaines qui ne se limitent pas à la fiscalité, il n'en demeure pas moins que l'impôt est généralement l'une des sources principales de revendication. Par exemple, la première proposition figurant dans les cahiers de doléances des bonnets rouges concerne l'allègement de l'impôt, et notamment l'abandon de l'écotaxe poids lourds adoptée en 2008 dans le cadre de la loi Grenelle. Or si cette taxe n'a pas été supprimée, elle n'a cependant pas pu s'appliquer à compter du 1^{er} janvier 2014 comme cela était prévu, le gouvernement ayant été contraint de reculer devant l'envergure de ce mouvement d'origine bretonne, qui a réussi, malgré son caractère très identitaire, à soulever l'opinion nationale.

Mais ce mouvement n'est pas le premier à avoir rencontré un certain succès. Ainsi en 2012, les entrepreneurs « pigeons » avaient réussi à obtenir du gouvernement une nouvelle version du projet de loi relatif à la taxation des plus-values de cessions d'entreprises. Les « Abeilles » des assurances se sont ensuite opposées à la « taxe Marisol »¹⁸ rendant l'examen du texte de loi plus difficile. Beaucoup de petites actions voient donc le jour, donnant parfois naissance à des grands mouvements dont l'effervescence peut contraindre les décideurs politiques à revoir leurs stratégies d'action.

Par ailleurs, à côté de ces phénomènes destinés à sensibiliser l'opinion publique, sont également menées des actions beaucoup plus discrètes par certains groupes de pression. Ainsi la taxe sur l'EBE¹⁹ proposée par Bercy en 2013 n'avait pas eu le temps de franchir les portes de l'Assemblée nationale que le lobbying de la chimie, de l'automobile et des télécoms - qui sont des secteurs qui investissent beaucoup et qui auraient ainsi été fortement pénalisés par cette taxe - avait déjà obtenu du gouvernement qu'il renonce à son projet. Pareillement, les banques françaises tentent

16 Décision n° 2013-351 QPC du 25 octobre 2013 et Décision n° 2012-298 QPC du 28 mars 2013.

17 Termes utilisés par les « bonnets rouges » bretons pour faire part de leurs revendications au gouvernement

18 Amendement au projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2014 qui prévoyait de surtaxer les entreprises qui ne souscriraient pas à la mutuelle santé recommandée par les partenaires sociaux de leur branche.

19 Taxe sur l'excédent brut d'exploitation (EBE).

actuellement de faire pression sur le gouvernement afin que le champ d'application de la taxe sur les transactions financières, créée en France il y a deux ans, ne soit pas élargi du fait de l'institution de cette taxe à l'échelle européenne. Et de manière plus générale, toutes les banques des pays concernés par l'institution de cette taxe se révoltent contre ce dispositif qui viendrait limiter leur compétitivité par rapport aux pays tiers. Une tâche qui est sans doute plus délicate que dans le cas précédent dès lors que des considérations d'ordre communautaire sont en jeu.²⁰

Le problème de cette « résistance », qui se fait de plus en plus fréquente, est que lorsque le gouvernement recule sur une proposition de loi fiscale, il adopte très souvent une mesure destinée à « compenser ce recul ». Ainsi le manque à gagner résultant de l'abandon de la taxation sur l'EBE a été compensé par une contribution additionnelle d'impôt sur les sociétés due par les grandes entreprises alors que celui résultant de l'abandon du régime de taxation sur les plus-values décrié par les Pigeons a donné lieu au maintien de cette contribution supplémentaire pour une durée plus longue. On constate donc que de manière quasi systématique, le gouvernement met à la charge des grandes entreprises les sommes destinées à combler les insuffisances budgétaires résultant de la « suppression forcée » de certaines taxes. Un transfert de la charge fiscale qui semble bien plus politique qu'économique, et c'est certainement l'un des principaux aspects du problème.

En effet, comme il a été dit précédemment, les décisions gouvernementales et parlementaires

actuelles ressemblent sans doute trop à des mesures de repli, de rééquilibrage, de compensation, et sûrement pas assez à des mesures d'action.

Une refonte du système fiscal dans son entier pourrait être le moyen de repartir sur des bases plus économiques et moins démagogiques, avec des règles ayant vocation à s'inscrire dans la durée, qui tendraient à produire un effet plutôt qu'à le compenser. Par exemple, pourquoi ne pas créer un impôt destiné à subventionner les entreprises en difficulté dans une perspective de redressement, avant de prévoir l'impôt visant à faire face aux indemnités résultant de leur cessation d'activité ? Il est évident que la mise en oeuvre d'une telle remise à plat de la fiscalité n'est pas si simple, aussi bien en termes budgétaires qu'en termes politiques²¹, et la transition serait probablement très difficile. Pour autant, ne doit-on pas l'envisager ?

En parallèle, un réexamen complet des dépenses publiques, à l'image de ce qui a été fait au Canada ou en Suède, pourrait permettre de redonner du sens au principe de nécessité de l'impôt qui exige que celui-ci soit indispensable à l'organisation de la vie sociale et au fonctionnement de l'Etat, et par là même au consentement à l'impôt. En effet, le fait de d'entrevoir davantage les raisons pour lesquelles il est imposé permettrait sans doute au contribuable de consentir plus librement à l'impôt. A l'inverse, l'obligation faite à l'Etat de clarifier et de rendre le système fiscal plus transparent, notamment vis-à-vis de la réallocation des montants prélevés, serait une protection contre les excès.

20 L'institution d'une taxe « européenne » n'est ici envisageable que dans la mesure où les Etats concernés ont décidé d'agir à cette fin dans le cadre d'une coopération renforcée. En effet, la matière fiscale fait partie de la compétence exclusive des Etats. Dès lors, les parlements nationaux de chaque Etat restent en principe les seuls à pouvoir décider de l'institution d'une nouvelle taxe au sein de leur territoire.

21 Pour une illustration, voir « la fable de l'impôt sur les parapluies » de M. Cozian.

VERS UNE TOLÉRANCE ZÉRO POUR LA RÉTROACTIVITÉ FISCALE FUT-ELLE PETITE ? :

Le rôle moteur joué par le Conseil constitutionnel lors du PLF 2014 ... pour une meilleure compatibilité avec la réalité économique et les capacités contributives des contribuables¹

Clémence MOREL, Master II Fiscalité de l'Entreprise, Université Paris Dauphine

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

Les deux décisions rendues par le Conseil constitutionnel le 29 décembre 2013 ont rappelé au Gouvernement et au Parlement le fait qu'ils ne sauraient librement s'affranchir de l'autorité de ses décisions. Elles ont également renforcé les droits des contribuables en affirmant notamment, la portée du principe d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. La justice constitutionnelle s'affine au profit du contribuable et semble souhaiter compenser l'absence de protection en matière de petite rétroactivité par un renforcement constitutionnel des droits du contribuable.

Dans notre beau pays, il est classique de laisser à l'initiative de députés et/ou sénateurs la proposition d'amendements à la loi de finances. Le projet de loi de finances 2014 ne dérogeait pas à cette règle de créativité parlementaire.

Toutefois, saisi cette année encore, en application de l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a joué un rôle déterminant en censurant de nombreuses dispositions ciblant directement contribuables et fiscalistes.

Dans un contexte de disette budgétaire pour les Etats, comment tracer clairement la ligne de démarcation entre optimisation et fraude fiscale ? Le terme d'« *optimisation fiscale* » n'est-il pas synonyme de déviance, de mauvaise citoyenneté ou de refus malhonnête de l'impôt² ?

L'année 2013 a été particulièrement marquée par cette volonté de « *rééduquer* » les fiscalistes créatifs. En d'autres termes, les débats et réflexions en la matière ont cherché à placer l'optimisation fiscale sur le même plan que la fraude. Toutefois,

on peut s'interroger sur l'existence d'un tel débat dans une période d'opulence budgétaire. Le besoin budgétaire des Etats ne semble pas étranger à l'assimilation de l'optimisation fiscale à la fraude.

C'est donc dans ce contexte que l'Assemblée Nationale (AN) a adopté lors de l'examen du projet de loi de finances (PLF) pour 2014 deux amendements majeurs ayant pour objet de lutter contre l'optimisation fiscale. L'un d'eux visait à renforcer la procédure de répression des abus de droit en remplaçant le motif exclusif par le motif « *principal* » pour les rectifications notifiées à compter du 1^{er} janvier 2016 et l'autre, imposait la déclaration des schémas d'optimisation fiscale à l'administration, préalablement à leur commercialisation ou à leur mise en œuvre.

Ces deux amendements ont suscité un vif émoi de la part des entreprises, des particuliers et de leurs conseils puisqu'ils conduisaient à créer des risques d'instabilité fiscale, d'arbitraire et portaient atteinte au principe d'égalité des délits et des peines.

1 Cet article reflète l'opinion personnelle de ses auteurs et ne saurait refléter l'opinion de la société qui les emploie.

2 J. Turot, Demain, serons-nous tous des Al Capone ? A propos d'une éventuelle prohibition des actes à but principalement fiscal : Dr. Fisc. 2013, n° 36, 394.

Ces derniers amendements ont alors soulevé le problème qui avait été évoqué lors du débat sur la petite rétroactivité³ : celui de l'attractivité de notre pays.

Les Sages du Conseil constitutionnel n'ont pas été insensibles à ces critiques puisque dans leurs deux décisions rendues le 29 décembre 2013⁴, ils ont censuré en totalité ou partiellement 10% des mesures du budget (i.e. 17 articles sur 143 du PLF) et notamment ces deux derniers amendements. Le Conseil constitutionnel se distingue de ses précédentes positions par les motifs de censure adoptés, venant contrer des dispositions découlant d'amendements déposés par des parlementaires qui expriment leur « *appétit dogmatique* » d'extension des pouvoirs de l'administration fiscale (en matière de contrôles fiscaux, de restriction des droits des contribuables mais aussi de redéfinition de la profession d'avocat fiscaliste en celle de simple conseiller).

La censure opérée par le Conseil annonce-t-elle pour autant la fin d'une dérive, en rappelant aux parlementaires et au gouvernement la nécessité d'une véritable analyse juridique préalable à la proposition et à l'adoption de certaines dispositions, et la remise au pas d'une idéologie de la fiscalité peu conciliable avec les droits des contribuables ?

A mesure que la contrainte fiscale touche les sommets, les contrôles des Sages du Conseil constitutionnel lors de l'adoption de la loi de finances de l'année future, se montrent de plus en plus précis et étroits (I) de telle sorte que ces décisions deviennent une vraie leçon de droit pour les parlementaires de la majorité. Le Conseil constitutionnel souhaite effectivement s'assurer du strict équilibre entre renforcement de l'arsenal fiscal et respect des garanties fondamentales offertes aux contribuables (II).

I- L'ADOPTION DE LA LOI DE FINANCES OU COMMENT DETERMINER LES REGLES DU JEU A LA FIN ET ETRE SUR DE GAGNER ?

Chaque année, le processus d'adoption des diverses lois de finances est l'occasion de remarquer que des nouvelles dispositions peuvent s'appliquer à des opérations et revenus déjà réalisés, source d'insécurité juridique pour les contribuables (A). Le Conseil constitutionnel semble néanmoins s'orienter vers une prise en compte de la réalité économique du poids de l'impôt au regard des capacités des contribuables pour mettre un frein à cette dérive (B).

A. La rétroactivité de la loi fiscale : source d'insécurité juridique pour le contribuable

Il existe diverses formes de rétroactivité de la loi fiscale lesquelles ne profitent pas du même degré de protection. Le législateur bénéficie d'une marge de manoeuvre non négligeable pour assurer l'équilibre du budget de l'Etat puisqu'il peut prévoir dans les lois de finances de l'année future, des nouvelles dispositions qui s'appliquent à des opérations ou des revenus de l'année qui vient de se terminer. Ce phénomène porte le nom de « *petite rétroactivité* ». Toutefois, que l'on parle de « *petite* » ou de « *pleine* » rétroactivité, l'effet sera le même pour le contribuable et pourtant, il ne bénéficiera pas des mêmes protections. La « *petite rétroactivité* » dérogée par le juge administratif, considère que les dispositions fiscales adoptées avant le fait générateur de l'impôt n'ont pas juridiquement d'effet rétroactif. Pour le Conseil d'Etat, le fait générateur de l'impôt est réputé fixé, en matière d'impôt sur les sociétés, au jour de la clôture de l'exercice⁵ et, en matière d'impôt sur le revenu, au dernier jour de l'année civile de réalisation ou de mise à disposition des revenus⁶, soit le 31 décembre généralement. Autrement dit, selon le juge administratif, un

3 Ce débat faisait notamment suite aux décisions rendues par le Conseil constitutionnel en date du 29 décembre 2012 (Décision n°2012-66 DC, 3e LFR pour 2012 et Décision n°2012-662 DC, LFI pour 2013).

4 Décision n° 2013-684 DC du 29 décembre 2013, Loi de finances pour 2014, et Décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013, Loi de finances rectificative pour 2013.

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

6 Article 12 du CGI – CE Ass., 5 janvier 1962, Sieur X, n°46798.

changement de la loi fiscale publié au JO le 30 décembre ne peut être valablement contesté sur le terrain de la rétroactivité puisque la loi de finances qui entre en vigueur le 31 décembre d'une année et qui s'applique aux opérations de cette même année, n'est pas considérée comme étant rétroactive d'un point de vue juridique. C'est donc la raison pour laquelle on parle de « petite rétroactivité⁷ » ou de loi « rétrospective » pour marquer cette distinction.

Cette application de la loi fiscale dans le temps est néanmoins vécue comme rétroactive et donc injuste pour les contribuables, lesquels considèrent assez logiquement que ce sont les dispositions en vigueur à la date de réalisation effective du revenu qui doivent être prises en compte pour déterminer le régime fiscal applicable. La « petite rétroactivité » est donc considérée comme un « no man's land » à la merci de la politique fiscale des gouvernements puisqu'aucune protection du contribuable n'est assurée.

Ce concept a été largement contesté et jusqu'à une date toute récente⁸, ces critiques étaient restées lettres mortes puisqu'elles résistaient aux contentieux fondés sur la norme constitutionnelle. Les dispositions rétrospectives prévues dans le PLF 2014 et notamment l'article 15, n'ont donc pas été jugées contraires à la Constitution et le Conseil a appliqué la règle dite « de la petite rétroactivité » aux impositions portant sur des charges encourues en 2013 (considérant 26 de la décision 2013-685 portant sur la taxe exceptionnelle sur les hautes rémunérations).

On trouve également en la matière, la « pleine rétroactivité » qui, elle, connaît certaines limites.

Par principe, une loi est « pleinement » rétroactive lorsque sa date d'effet est antérieure à celle de sa publication. A cet égard, le Conseil constitutionnel rappelle 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 serait-elle contenue dans une simple loi de finances⁹.

Le Conseil constitutionnel a donc admis dans sa décision relative à la loi de finances pour 2014, la rétroactivité des nouvelles dispositions de l'article 212 du CGI applicables à certains intérêts versés à des entreprises liées en 2013 au titre d'exercices clos à compter du 25 septembre 2013.

Il existe toutefois une limite constitutionnelle à la « pleine rétroactivité » en matière répressive et ce, conformément à l'article 8 de la DDHC de 1789, lequel dispose « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit ». Le législateur peut certes modifier ou abroger rétroactivement des textes antérieurs non répressifs mais cette rétroactivité n'est pas sans contrainte puisque le Conseil constitutionnel soumet notamment la constitutionnalité de la norme rétroactive au respect de l'existence d'un motif d'intérêt général suffisant¹⁰ et au respect de la préservation des garanties légales des exigences constitutionnelles. A titre illustratif, on peut citer la décision 2013-682 du 19 décembre 2013 relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2014, où le Conseil fait mention (considéran­ts 14 et 18) de la notion d'attente légitime : « Considérant qu'il est à tout moment loisible au législateur statuant dans le domaine de sa compétence de modifier les textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci (...) qu'en particulier il ne saurait, **sauf motif d'intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises, ni remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations** ». En l'espèce, il s'agissait d'augmenter considérablement les taux de prélèvements sociaux actuellement minorés sur certains produits d'épargne tels que l'assurance-vie, le PEA, les plans d'épargne logement, etc. Finalement, seule l'assurance-vie sera concernée par cette mesure. Toutefois,

7 Cette petite rétroactivité ne concerne que l'impôt sur le revenu et l'impôt sur les sociétés, et ne s'applique pas à la TVA, aux impôts locaux ou encore aux droits d'enregistrement, qui ne sont impactés qu'à compter du 1er janvier qui suit la date d'entrée en vigueur des lois de finances.

8 Dossier de présentation, les 50 premières mesures de simplification pour les entreprises du 14 avril 2014 – Proposées par le Conseil de la simplification pour les entreprises.

9 Décision n°98-404 DC du 18 décembre 1998.

10 Décision n°98-404 DC du 18 décembre 1998, loi de financement pour la sécurité sociale pour 1999.

concernant la rétroactivité envisagée sur la fiscalité dérogatoire des contrats d'assurance-vie non échus, le dispositif sera partiellement censuré par le Conseil constitutionnel puisque, l'existence d'un motif d'intérêt général suffisant, qui aurait permis de justifier une telle atteinte, faisait défaut : la nécessité de rendement pour les finances publiques n'a donc pas été retenue à l'inverse du principe d'attente légitime des épargnants. En conséquence, si le Conseil constitutionnel ne reconnaît pas au principe de sécurité juridique¹¹ une valeur constitutionnelle, il vient cependant de reconnaître dans la décision précitée une valeur constitutionnelle au principe de confiance légitime en sanctionnant partiellement l'alignement des taux de prélèvements sociaux à tous les contrats d'assurance-vie quelle que soit leur date de souscription. En d'autres termes, le principe de sécurité juridique de l'administré est reconnu sous la garantie constitutionnelle des droits octroyés aux situations légalement acquises et aux effets pouvant être légitimement attendus de telles situations.

Au vu de cette analyse, il semblerait que les décisions du Conseil constitutionnel s'orientent vers une conception de la fiscalité qui s'avère plus compatible avec la réalité économique et les capacités contributives des contribuables contrant ainsi toute velléité de rétroactivité, même petite, qui se dresserait sur ce chemin.

B. La prise en compte par le Conseil constitutionnel de la réalité économique du poids de l'impôt au vu des capacités contributives du contribuable

Le Conseil constitutionnel démontre dans son analyse du PLF 2014, l'importance qu'il accorde à la réalité économique du poids de l'impôt au vu des capacités contributives du contribuable.

Le Conseil constitutionnel a ainsi censuré sur le fondement de l'autorité de la chose jugée en application de l'article 62 de la Constitution, les dispositions de l'article 13 de la loi de finances

pour 2014 relatives au plafonnement de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF).

Le Conseil réaffirme et précise ainsi sa jurisprudence antérieure laquelle avait déjà fait l'objet d'explications dans sa décision portant sur la loi de finances pour 2013 concernant la prise en compte de revenus « *virtuels* » dans le plafonnement de l'ISF. En effet, dans le PLF pour 2013, le gouvernement avait souhaité intégrer dans les revenus pris en compte pour le calcul dudit plafonnement certains produits capitalisés mais non définitivement réalisés et des bénéfices distribuables mais non effectivement distribués, c'est-à-dire des sommes qui ne se réfèrent pas à des bénéfices ou revenus que le contribuable a réalisés ou dont il a disposé au cours de la même année. Le Conseil constitutionnel avait alors censuré cette disposition affirmant qu'elle conduisait à faire peser sur le contribuable une charge fiscale démesurée en prenant comme revenus « *des sommes qui n'ont pas été effectivement perçues et qui pourront dans certains cas ne jamais l'être* »¹².

Malgré cette censure, le PLF pour 2014 proposait dans son article 13 de faire entrer à nouveau dans le dénominateur utilisé pour le calcul de plafonnement de l'ISF « *les revenus des bons ou contrats de capitalisation et des placements de même nature, notamment des contrats d'assurance-vie* ». Cette volonté a par ailleurs été réaffirmée par l'administration fiscale laquelle a précisé qu'il fallait retenir dans les revenus du contribuable « *les revenus des bons ou contrats de capitalisation et des placements de même nature, notamment des contrats d'assurance vie, souscrits auprès d'entreprises d'assurance établies en France ou à l'étranger, chaque année, pour leur montant retenu pour les prélèvements sociaux au titre du 3° du II de l'article L. 136-7 du CSS, reproduit sous l'article 1600-0 D du CGI* »¹³. Dans un communiqué du 9 juillet 2013, le ministre de l'Économie et des Finances avait alors demandé aux redevables concernés de régulariser leur situation au regard du

11 Toutefois, la CJUE, CEDH, le CE et la Cour de Cass. reconnaissent ce principe de sécurité juridique : CJCE 6 avril 1962 n° 13/61, Bosch ; CEDH 13 juin 1979 n° 6833/74, Marckx c/Belgique ; CE 24 mars 2006 n° 288460 s., Société KPMG et autres ; Cass. 1e civ. 6 décembre 2005 n° 04-20.625, Bull. civ. n° 475.

12 Commentaire de la décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013, Loi de finances pour 2014.

13 BOI-PAT-ISF-40-60, § 180 et 200, 14 juin 2013 : Dr. fisc. 2013, n° 27, comm. 360.

plafonnement de l'ISF en déposant une déclaration rectificative. Autrement dit, l'administration avait sans hésitation violé une décision du Conseil. Toutefois, c'était sans compter sur la volonté marquée du Conseil constitutionnel de faire respecter ses décisions et la Constitution dont il est le garant. Ce dernier a souhaité faire respecter sa jurisprudence et a exclu du plafonnement de l'ISF les revenus latents. Il affirme à cet égard que « *le législateur a fondé son appréciation sur des critères qui méconnaissent l'exigence de prise en compte des facultés contributives* » des contribuables. La décision du Conseil constitutionnel demeure particulièrement précise puisqu'elle limite la prise en compte par le législateur des revenus virtuels ou fictifs qui conduirait à se tromper sur la capacité contributive réelle du contribuable.

Pour rendre également compte de la réalité du poids de l'impôt, le Conseil constitutionnel peut adopter une approche économique. Afin d'apprécier la capacité contributive du contribuable à liquider sa plus-value immobilière concernant la cession des terrains à bâtir, le Conseil retient une telle approche. Le problème en l'espèce, était le fait de reconnaître une plus-value égale à la différence entre la valeur comptable historique de la transaction et la valeur de cession de marché ; cette situation conduisait à taxer une « *fraction du capital initial* ».

Les Sages du Conseil ont alors affirmé, pour la première fois, que seul l'enrichissement relatif à l'augmentation de la valeur réelle du bien devait être pris en compte. Cette exigence revient donc à prendre en compte l'inflation puisque sans ce dispositif, cela reviendrait « *à une imposition équivalente ou supérieure à la totalité de la plus-value réelle, ce qui constituerait une taxation confiscatoire* ». Par conséquent, le Conseil constitutionnel a jugé comme étant inconstitutionnelle la suppression de tout abattement pour durée de détention car « *elle conduit à déterminer l'assiette de ces taxes dans des conditions qui méconnaissent l'exigence de prise en compte des facultés contributives des contribuables intéressés* ». Autrement dit, il rétablit l'abattement initial pour durée de détention dans le but de

prendre en compte l'érosion monétaire.

En établissant cette prise en compte comme étant une exigence constitutionnelle, le Conseil, protecteur des droits et libertés du citoyen et garant de l'Etat de droit, opte pour une conception économique. Il a rendu en matière fiscale au cours des deux dernières années des décisions qui renforcent les droits des contribuables et qui illustrent bien notre propos.

II- LE RENFORCEMENT DES DROITS FONDAMENTAUX DES CONTRIBUABLES

Afin de contrer les parlementaires de la majorité charmés par la « *surenchère* » fiscale, il est nécessaire que le Conseil constitutionnel intervienne pour renforcer les garanties constitutionnelles offertes au contribuable, et ce, sur le fondement de la proportionnalité des délits et des peines ou sur celui de l'accessibilité et l'intelligibilité de loi (A). Le Conseil constitutionnel, en censurant les articles 100 et 96 de la loi de finances pour 2014, a donné des exigences précises sur la manière dont doivent être rédigés les textes fiscaux et tout spécialement, lorsque leur méconnaissance donne lieu à l'application d'importantes sanctions (B).

A. La garantie des droits fondamentaux des contribuables sur le fondement de la proportionnalité des délits et des peines et sur celui de l'accessibilité et de l'intelligibilité de loi: la censure des amendements relatifs à l'abus de droit et à la déclaration des schémas d'optimisation

Concernant l'abus de droit, la réforme consistait à modifier l'article L.64 du Livre des procédures fiscales (LPF) et à remplacer le motif « exclusif » caractéristique de l'abus de droit fiscal par le motif « principal ». Ainsi, dans cette situation, l'abus de droit aurait permis de sanctionner les montages ayant pour but principal – à la différence d'exclusif – d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales en s'appuyant sur une application littérale des textes. L'enjeu de cette réforme est clair puisqu'une telle modification donnerait la possibilité à l'administration de

FISCALITE INTERNE

caractériser plus facilement l'abus de droit fiscal et ce, au détriment du contribuable.

Cet amendement présentait un projet qui n'était toutefois pas nouveau. En effet, il y a quelques années, Philippe Marini avait suggéré de remplacer le terme « *exclusif* » par le terme « *essentiel* » dans le but d'être en adéquation avec la décision Halifax¹⁴ de la CJUE en date du 21 février 2006 où le terme « *essentially* » était utilisé. En réalité, cette jurisprudence a été fortement contestée en raison d'une erreur de traduction : « *essentially* » aurait dû être traduit « *par essence* » ce qui conduisait à le lire comme « *exclusif* ». En conséquence, la référence à cet arrêt a été abandonnée puisque la Cour de justice a affirmé à plusieurs reprises que l'abus de droit devait conduire « *à prohiber les montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique, effectués à la seule fin d'obtention d'un avantage fiscal* »¹⁵. Par ailleurs, le projet n'a pas été retenu dans le rapport Fouquet de 2008 intitulé « *Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche* ». La Commission Fouquet avait soutenu que cette modification serait porteuse d'une lourde insécurité juridique¹⁶.

Le gouvernement s'était d'ailleurs référé à ce rapport pour demander le retrait dudit amendement, soulevant son caractère trop imprécis. En effet, le ministre du budget de l'époque, Bernard Cazeneuve, affirmait qu'il y avait un problème juridique dans la nécessité de définir précisément la notion de motif principal « *pour déterminer ce qui, dans des actes, relève de la volonté d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales et, en fin de compte, l'abus de droit* ». Ce changement aurait conduit à briser la cloison séparant l'abus de droit et la fraude à la loi (condamnables au titre de l'article L.64 du LPF) de l'optimisation fiscale (non condamnable au nom du

principe de la liberté des choix fiscaux). Or, dans un Etat de droit, il est impossible de réprimer des opérations relatives au patrimoine des contribuables sur le fondement d'un simple critère subjectif et arbitraire laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond. Autrement dit, comment un juge pourrait-il définir ou repérer parmi les motivations du contribuable, celles qui ont principalement influencé son choix ? Ainsi, le motif principal ne semble pas avoir sa place au sein de notre actuelle procédure de répression des abus de droit. Soutenir un tel projet ouvrirait une large brèche à l'insécurité juridique et à la multiplication des contentieux. Par ailleurs, le ministre du Budget avait affirmé un risque de contrariété avec la définition avancée par la jurisprudence communautaire laquelle retient le but exclusivement fiscal¹⁷. Il n'en demeure pas moins que si le Conseil constitutionnel n'avait pas été saisi de la conformité à la Constitution, ce changement textuel aurait pu être retenu malgré l'opposition ferme du gouvernement.

Le 29 décembre 2013, le Conseil constitutionnel a jugé que les insuffisances de rédaction du législateur dans la nouvelle définition de l'abus de droit conféraient une marge d'appréciation trop importante à l'administration fiscale compte tenu des sanctions encourues. Il censure le texte sur trois fondements et notamment, sur la méconnaissance de « *l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* »¹⁸. Ce principe impose au législateur « *d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* ». Le Conseil

14 CJCE, 21 fév. 2006, aff. C-225/02 : Dr. Fisc. 2006, n°16,16.

15 CJCE, 3e ch., 22 mai 2008, aff. C-162/07, CJUE, 3e ch., 20 juin 2013, aff. C-653/11.

16 O. Fouquet J. Burgubru, D. Lubek et S. Guillemain, Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche. Rapport au ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique (juin 2008) : Dr. Fisc. 2008 n°27, 403 : « *Au regard de la sécurité juridique, il s'agirait d'une régression importante et coûteuse en termes d'image pour notre pays* ».

17 Référence expresse du ministre à CJUE, 3e ch., 20 juin 2013, aff. C-653/11, *Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs c/ Paul Newey*, préc.

18 Ce principe découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des Droits l'Homme et du Citoyen de 1789

constitutionnel se dresse ainsi en gardien d'une lecture la plus objective possible de l'abus de droit. Ensuite, le Conseil constitutionnel a censuré le texte sur le fondement de la méconnaissance du domaine propre de la loi (article 34 de la Constitution) et enfin, sur le fondement de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines¹⁹ (article 8 de la DDHC de 1789), obligeant le législateur à « fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis » ; « *une telle modification de la définition de l'acte constitutif d'un abus de droit a pour effet de conférer une importante marge d'appréciation à l'administration fiscale* » eu égard aux sanctions encourues lesquelles étaient applicables « à tous les impôts pesant sur les entreprises et les particuliers » (c'est-à-dire rétablissement de l'impôt normalement dû, paiement des intérêts de retard à raison de 0.40% par mois, et majoration égale à 80% des impôts dus, ramenée à 40% « lorsqu'il n'est pas établi que le contribuable a eu l'initiative principale du ou des actes constitutifs de l'abus de droit ou en a été le principal bénéficiaire »).

Par ailleurs, l'article 96 du PLF 2014 disposait qu'à compter du 1^{er} janvier 2015, tous les intermédiaires professionnels (cabinets d'avocats ou de conseil, experts comptables, institutions financières et gestionnaires de patrimoine) devaient, préalablement, porter à la connaissance de l'administration fiscale tout « *schéma d'optimisation fiscale* », sous peine d'amende. Là encore, la définition du schéma d'optimisation était floue voire très proche de celle de l'abus de droit de sorte que le soin de définir précisément cette « *scélérate optimisation* » était reporté sur le pouvoir réglementaire. Selon les auteurs de cet amendement, le but était de demander aux professionnels de transmettre à l'administration fiscale les schémas d'optimisation fiscale mis en place afin « *de faciliter son travail de vérification* » (débats AN). En d'autres termes, il s'agissait de permettre aux pouvoirs publics de mieux comprendre l'optimisation fiscale pour mieux la combattre par le biais de redressements

fiscaux ou par le biais de modifications législatives. L'idée n'était pas nouvelle puisque cet amendement reprenait un projet, envisagé par le Gouvernement dans le cadre du PLF pour 2006, qui avait finalement été abandonné. A l'époque, ce projet avait suscité de vives critiques de la part des professionnels.

Le gouvernement n'a pas non plus approuvé ce projet et le ministre délégué chargé du budget a demandé le retrait du texte pour plusieurs raisons. En effet, l'adoption de cet amendement aurait été source d'insécurité juridique tenant par exemple à la définition du schéma optimisant ou encore à la définition du « promoteur » du schéma. Plus précisément, il aurait conduit à une augmentation des obligations déclaratives (contraire au mouvement actuel d'allègement de ces obligations) sans créer de sécurité juridique complémentaire pour les schémas déclarés, il aurait également été source d'importantes difficultés d'application au vu du statut de certaines professions touchées par cette obligation déclarative (secret professionnel par exemple) et enfin, il aurait autorisé une importante immixtion de l'administration dans la gestion des patrimoines et conduit mécaniquement à une nouvelle diminution d'attractivité de notre système fiscal.

Malgré l'opposition du gouvernement, le Parlement a adopté l'amendement et le Conseil constitutionnel a été saisi afin de censurer la disposition. La censure opérée par le Conseil a été réalisée dans des termes similaires à ceux utilisés pour censurer la nouvelle définition de l'abus de droit. Il se fonde notamment sur « *l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intangibilité de la loi* » et constate le caractère général et imprécis de la notion de « *schéma d'optimisation fiscale* », associé à la sévérité des sanctions.

B. Abus de droit et déclaration des schémas d'optimisation fiscale : la sécurité juridique rédactionnelle

Par la censure de ces deux articles, le Conseil constitutionnel donne donc des indications précises

19 Ce principe de proportionnalité des délits et des peines dispose que la loi ne doit établir que des peines strictement nécessaires.

sur la manière dont doivent être rédigés les textes fiscaux, spécialement quand leur méconnaissance donne lieu à l'application de sanctions importantes.

Pour les raisons exposées, la censure des articles 96 et 100 n'est pas surprenante compte tenu de leurs imperfections. Les motifs de principe détaillés par les Sages du Conseil afin d'expliquer cette censure n'en sont pas moins singuliers puisqu'ils délimitent clairement la rédaction des textes en matière fiscale.

Ce qui est en jeu en l'espèce, est l'exercice raisonné de la compétence que l'article 34 de la Constitution confère au législateur.

Compétence ô combien stratégique, dont l'exercice s'est retrouvé paralysé, par la faiblesse ou l'insuffisance rédactionnelle de textes législatifs fiscaux, poussés par des parlementaires aussi zélés que pressés, soucieux de « *tweeter* » la loi plutôt que de la rédiger.

Afin de freiner cette dérive, le Conseil constitutionnel fait application du principe d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi et met en exergue par le biais de ce principe, des exigences rédactionnelles précises.

Il dispose que la rédaction ne doit pas avoir pour objet « *de reporter sur les autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* ». Autrement dit, les autorités administratives ne peuvent fixer les règles relevant de la compétence du législateur : c'est la problématique du domaine de la loi et du règlement qui avait été violée dans le cadre de l'article 96. En revanche, concernant le report sur les autorités juridictionnelles de la charge de fixer les règles relevant de la compétence législative, la question est moins facile. Généralement, on s'accorde à dire que le juge assure la sécurité juridique dans l'application de la loi obscure ou imprécise. A l'inverse, le Conseil constitutionnel, dans le cadre de son contrôle a priori, dispose que l'intervention du juge n'est pas suffisante pour protéger les contribuables contre le risque d'arbitraire ou d'une analyse contraire à

la Constitution. On comprend donc que la qualité rédactionnelle de la loi, la sécurité juridique dans l'application de la loi ainsi que l'exercice de sa compétence par le législateur sont clairement liés.

La question qui nous vient désormais à l'esprit est de « *deviner* » ce que notre Législateur, dans sa grande sagesse, nous réservera dans les prochains mois. Peut-on envisager une nouvelle tentative de réforme en matière d'abus de droit ? Cela nous semble pour l'instant exclu compte tenu des exigences rédactionnelles du Conseil constitutionnel. D'autant que le Conseil constitutionnel s'est référé à l'orientation jurisprudentielle de la CJUE et tout particulièrement à sa décision fondatrice sur la fraude à la loi²⁰.

Peut-on envisager une nouvelle tentative concernant la déclaration des schémas d'optimisation ? Une définition plus précise des schémas qu'il faudrait déclarer, serait-elle possible ? Là encore, la réponse s'oriente vers la négative dans la mesure où le Conseil constitutionnel, en se fondant sur la liberté d'entreprendre (Considérant 88), consacre le droit du contribuable à l'optimisation légale (le contribuable n'est pas forcé de choisir la voie la plus imposée). Le sujet demeure toutefois si sensible qu'il semble impossible de prévoir.

Ayons confiance en la créativité du législateur Français et en la constance du Conseil constitutionnel et reportons-nous aux propos du Président Fouquet qui a affirmé en janvier dernier, que l'on ne pouvait « *que se féliciter que le Conseil constitutionnel fasse de la sécurité juridique des relations entre l'administration et les contribuables une des lignes de force de sa jurisprudence fiscale* ».

CONCLUSION :

On peut donc affirmer, ce qui aujourd'hui relève du lieu commun, que la complexité et l'incertitude de notre système fiscal sont bien réelles et écrasent les contribuables et plus largement, la capacité de notre économie à innover et à être compétitive.

Lors de son discours de politique générale prononcé le 8 avril 2014, Manuel Valls a affirmé que « *la réalité*

20 CJCE, 14 déc. 2000, aff. C-110/99, Emsland Stärke : Rec. CE 2000, I, o. 11569.

FISCALITE INTERNE

(...) *atteint le moral des Français* » et a ajouté que « *nous devons tous prendre conscience de la nécessité d'apaiser et de rassembler* ». Cela passe notamment par le redressement du budget de l'Etat lequel s'entend par une indépendance financière mais aussi et surtout, par « (...) *une mise en cohérence et une meilleure lisibilité de notre système* ».

Il semble alors nécessaire de s'engager davantage dans une politique visant à protéger les contribuables de sorte qu'ils puissent effectuer des choix dans un contexte fiscal non « *rapidement* » modifiable *a posteriori* comme c'était le cas jusqu'à présent.

Pour éviter un recours abusif à la petite rétroactivité, il faut que l'Etat soit en mesure de prédire avec plus de justesse ses recettes fiscales... en a-t-il les moyens ?

Le Président de la République a souhaité activer la mise en œuvre du programme français de

simplifications en faveur des entreprises²¹. Ce programme vise « *à faire gagner du temps et économiser de l'argent aux entreprises par la réduction des charges administratives excessives et inutiles*²² ». Depuis plusieurs mois, un Conseil de la simplification pour les entreprises, coprésidé par Thierry Mandon et Guillaume Poitral, s'attelle à cette tâche ; il a déjà identifié et présenté dans un rapport du 14 avril 2014 les cinquante premières mesures de simplification pour les entreprises, applicables dès maintenant ou au 31 décembre 2014, lorsqu'elles auront été validées par le Président de la République. Les sept premières visent à sécuriser la vie des entreprises par un environnement plus lisible et prévisible. La quatrième mesure applique notamment un principe de non-rétroactivité fiscale pour les entreprises. Gageons qu'une véritable « *machine à simplifier* » s'est mise en marche...il était temps !

21 Nos homologues européens, tels que l'Allemagne, le Royaume-Uni ou les Pays-Bas, se sont déjà engagés dans une politique de simplification pour redonner de l'oxygène à leurs entreprises.

22 Dossier de présentation, les 50 premières mesures de simplification pour les entreprises, art. précité.



Le Master 221 - 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

LES CONSÉQUENCES DE LA CHUTE DU SECRET BANCAIRE

Marwan BEN CHAABANE, *Master II Fiscalité de l'Entreprise, Université Paris-Dauphine*

Damien HAUTIN, *Avocat Associé, LightHouse LHLF Société d'avocats*

La chute du secret bancaire en Europe révèle une distorsion dans la balance entre les pouvoirs de l'administration fiscale et les garanties données au contribuable¹.

Toute civilisation porte en elle le germe de sa naissance, de sa croissance, de son apogée, de son déclin et de sa chute. Si l'on compare le secret bancaire à une civilisation, il est certain que nous assistons aujourd'hui aux dernières heures de son règne.

Le secret bancaire est l'obligation qu'ont les banques de ne pas divulguer d'informations sur leurs clients à des tiers. Avec les crises financières et économiques en toile de fond, ce secret professionnel s'est peu à peu détérioré au point de ne plus exister aujourd'hui en Europe. C'est pourtant la France qui a vu naître le secret bancaire par l'exil de protestants s'étant réfugiés à Genève suite à la révocation de l'Édit de Nantes en 1685. La monarchie française continua de se financer auprès de banquiers protestants. Il était cependant inenvisageable pour Louis XIV que la provenance de son financement soit divulguée. De ce besoin de discrétion est née la volonté de ne pas révéler l'identité des clients et de leurs avoirs de la part des banquiers suisses. Le secret bancaire est aujourd'hui inscrit à l'article 47 de la loi fédérale suisse sur les banques et les caisses d'épargne.²

La chute du secret bancaire en Europe a trait à la fiscalité, mais revêt une dimension politique

significative. Ce combat contre le secret bancaire a été mené en Europe depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale et les assauts contre celui-ci ont pris un tournant décisif lors du G20 le 13 mars 2009, la Suisse ayant supprimé la distinction entre fraude et évasion fiscale.

Divers éléments d'ordre international ont également annoncé la fin du secret bancaire. On peut notamment énoncer la loi FATCA³ (« *Foreign Account Tax Compliance Act* ») aux États-Unis qui a joué un rôle prépondérant dans la démarche qu'a adoptée l'Europe. L'influence de cette loi est un événement clé de la compréhension du déroulement de la chute du secret bancaire.

Un autre élément permettant de situer le contexte est l'accord entre le Royaume-Uni et la Suisse, appelé accord Rubik⁴, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013. L'administration fiscale britannique se refusait à traquer ses résidents détenant des avoirs dans les banques helvétiques en contrepartie du versement d'un impôt libérateur par la Suisse. L'identité des clients des banques suisses étant toujours gardée secrète. Cet accord était censé rapporter entre 4 et 7 milliards de livres sterling au Trésor britannique, mais les statistiques de l'administration fiscale suisse

1 Cet article reflète l'opinion personnelle de ses auteurs et ne saurait refléter l'opinion de la société qui les emploie.

2 *La longue histoire du secret bancaire*, RFI, 13 mars 2009.

3 Foreign Account Tax Compliance Act, IRS.

4 Protocole portant modification de l'accord entre la Confédération suisse et le Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord concernant la coopération en matière de fiscalité.

font état de 796,7 millions⁵ d'euros. L'accord Rubik n'ayant pas eu l'effet escompté, sa généralisation en Europe n'a pas eu lieu et les gouvernements allemand et français s'y sont toujours opposés. Ces accords devaient permettre à la Suisse de conserver son secret bancaire, mais les pressions exercées par le G20 et l'OCDE ont eu raison de la détermination suisse. La liste « grise » des pays établie par l'OCDE a fait craindre à la Suisse un statut de persona non grata en matière d'entraide fiscale entre les administrations européennes.

D'aucuns diront que cette chute du secret bancaire a été réalisée dans le but de garantir une plus grande égalité des citoyens devant l'impôt. Cela se confirme par le combat mené à l'encontre de la fraude et l'évasion fiscale. Cette acception est certes vraie, mais il convient également de souligner que cela ne se fait pas sans un déséquilibre de la balance entre pouvoirs de l'administration fiscale française et garantie des droits des contribuables.

Derrière la chute du secret bancaire se cache la volonté des Etats d'élargir leur champ d'information afin d'avoir une base taxable toujours plus importante. Cela est d'autant plus vrai que ces derniers sont poussés par l'obligation de résultat de recettes fiscales. L'information est un enjeu vital pour l'administration afin de rester opérationnelle dans un monde et une économie globalisés. Cependant, ces actions ne sont pas neutres quant à la protection des droits des contribuables. Le sujet porte un réel intérêt, car la chute du secret bancaire en Europe amène aujourd'hui une problématique sous-jacente qu'est la dimension du pouvoir conféré à l'administration fiscale face au contribuable.

Poussé par la volonté d'une obligation de transparence de la part des contribuables, les pouvoirs de l'administration fiscale se sont considérablement accrus (I) ce qui porte atteinte de façon sensible aux droits du contribuable (II).

I- L'ÉLARGISSEMENT DES POUVOIRS DE L'ADMINISTRATION FISCALE FRANÇAISE

Les conventions fiscales internationales prévoyant un échange de renseignement sur demande semblent ne pas être un outil assez performant pour permettre à l'administration fiscale de lever l'impôt (A). Face à cette difficulté et sous l'influence de règles établies au niveau international, l'échange automatique d'information a été instauré pour permettre une plus grande efficacité du fisc français (B)

A. L'intérêt limité des conventions fiscales internationales

Les conventions fiscales internationales conclues par la France sont élaborées sur le modèle des conventions OCDE. L'article 26 de ces conventions énonce des dispositions relatives à la coopération entre les administrations fiscales des deux Etats contractants. Cet article prévoit que les autorités compétentes doivent échanger les renseignements « *vraisemblablement pertinents* ». La question est alors de savoir quel est le seuil permettant d'apprécier la pertinence des informations communiquées ? A cette question n'existe aucune réponse.⁶

Le paragraphe 2 de l'article 2⁶ des conventions restreint la confidentialité des échanges entre les deux administrations des Etats signataires et fait donc perdre l'intelligence de la mise en place d'une collecte d'information. En effet, les renseignements ne seront communiqués qu'aux personnes et autorités concernées par l'établissement de l'impôt. Il n'est pas fait mention d'informer le contribuable.

Ces conventions permettent aux Etats d'obtenir des renseignements, mais elles restent un outil limité à la transmission des informations⁷. Dès lors, les législations nationales peuvent constituer un frein à la mise en place de ce système conventionnel. Cette limitation se fait au bénéfice de l'Etat qui se

5 Office of Budget Responsibility : administration fédérale des contributions (Confédération suisse).

6 Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers, Rapport OCDE.

7 Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers, Rapport OCDE.

voit adresser une demande de renseignement. Ainsi, lorsque cet Etat communique les renseignements à l'autre Etat contractant, il n'est pas tenu d'aller au-delà des limites imposées par sa propre législation et par sa pratique administrative.

De plus, la France s'est souvent trouvée confrontée à un refus de se voir fournir les informations demandées, car ces dernières relevaient du secret commercial et industriel. Bien qu'insuffisant, la France a alors posé un principe selon lequel les Etats contractants doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir la disponibilité des renseignements et la capacité des administrations fiscales à y accéder et à les transmettre aux autres Etats.

Des exemples chiffrés permettent d'avoir une vision précise du phénomène. Sur les 1051 demandes adressées par l'administration fiscale française à ses partenaires étrangers à compter du 1^{er} janvier 2011, seules 477 ont obtenu une réponse au 31 décembre 2012. Cela représente moins de la moitié des demandes.⁸

Les échanges de renseignements entre la France et les autres pays ayant conclu avec elle une convention fiscale concernent à la fois les renseignements que la France souhaite obtenir de la part d'un pays, mais aussi l'examen de la part de l'autre Etat des informations en possession de l'administration fiscale française. Dans la convention franco-suisse, l'article 28 dispose que seront échangés les « renseignements vraisemblablement pertinents »⁹. Une nouvelle fois, les termes de la convention n'étant pas assez précis, cette dernière perd en efficacité.

Cette volonté de l'Etat français de se tourner vers un modèle plus efficient, vient également du fait que la Suisse s'est arrogé, dans le passé, le droit de transmettre à la France seulement les documents qui lui paraissaient pertinents. Cela est d'autant

plus vrai que la Confédération helvétique contesta de façon importante les demandes de la part de l'administration fiscale française.

Ce qui est vraiment problématique pour l'administration fiscale française et ce qui a poussé l'Etat à élargir les pouvoirs de celle-ci est que l'administration se trouvait dans nombre de situations face à une problématique difficilement soluble. Pour reprendre l'exemple de la Suisse, lorsque le fisc français formulait une demande auprès de l'administration fiscale suisse, cette dernière exigeait que la demande soit précise et circonstanciée. Or cela était difficile pour le fisc français, car c'est par cette demande que l'administration souhaitait obtenir un élément de preuve. On comprend alors pourquoi les conventions fiscales présentent en ce point une limite certaine.

Tous ces éléments n'ont fait que conforter la volonté de l'Etat d'élargir autant que possible les pouvoirs de l'administration fiscale française et de mettre en place un échange automatique d'informations, en s'inspirant du modèle américain.

B. La mise en place d'un échange automatique d'information

Le législateur américain, par la loi FATCA adoptée en 2010,¹⁰ a imposé aux établissements financiers d'identifier et de déclarer tous comptes détenus par des citoyens américains sous peine d'une retenue à la source de 30%. Cette loi a considérablement élargie le champ d'action de l'administration fiscale américaine en jouant un rôle de catalyseur de la chute du secret bancaire en Europe. En effet, la Foreign Account Tax Compliance Act vise également les institutions financières étrangères implantées sur le territoire américain. La non-conformité aux règles de cette loi par les établissements étrangers peut conduire jusqu'à l'interdiction d'exercer leur activité sur le sol américain. Cette force de frappe déployée par l'administration fiscale américaine (IRS) a poussé l'Europe à mettre en place un système

8 Rapport annuel du Gouvernement portant sur le réseau conventionnel de la France en matière d'échange de renseignements, Annexe au Projet de Loi de Finance pour 2014.

9 Version consolidée de la convention entre la France et la Suisse en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune signé le 9 septembre 1966.

10 Foreign Account Tax Compliance Act, IRS.

d'échange d'information similaire. Cela s'explique par le genre nouveau proposé par la loi FATCA qui garantit une efficacité maximale de sa sanction.

Le modèle américain qui est somme toute assez agressif a su séduire l'Europe afin d'accélérer la mise en oeuvre d'une politique commune en matière d'échange d'informations fiscales.

Il est alors intéressant de se demander comment cet échange automatique d'information se traduit en pratique ? Selon l'OCDE, « *l'agent payeur* », donc l'établissement financier, recueille les informations concernant le contribuable puis se charge de communiquer à l'administration fiscale les informations demandées sur l'identité des contribuables non résidents, ainsi que sur les paiements effectués en leur faveur.¹¹

Une fois ces informations reçues, l'administration fiscale locale effectue un travail de vérification et regroupe les informations en préparant des classifications par pays de destination. C'est alors que les informations sont envoyées à l'administration fiscale du pays de résidence du contribuable. Les données sont réceptionnées et décodées puis en fonction de leur pertinence, elles sont entrées dans un système de recoupement automatique ou manuel selon les pays. L'échange automatique d'information présente un réel effet dissuasif pour le contribuable qui ne souhaiterait pas divulguer toutes ses informations. Au-delà, de l'effet dissuasif, le pouvoir de l'administration en ressort grandit, car la pierre angulaire de ce mécanisme est que l'échange se fait de manière automatique.

On constate par ce mécanisme que le contrôle se fait à un double niveau. Au niveau local, par l'administration à qui sont demandés les renseignements puis au niveau de l'administration qui en a fait la demande.

L'Autriche et le Luxembourg, qui bloquaient depuis six ans l'adoption de la Directive 2003/48/CE dans sa version modifiée, ont accepté de lever leur secret bancaire à partir du 1^{er} janvier 2015. La transmission

automatique des informations ne se fera qu'à partir de 2016 et portera sur les informations relatives à l'année 2015. Par une définition large de la notion d'intérêts inscrite dans la dernière version de la Directive Epargne, le volume des informations sujettes à une transmission automatique est plus important. En effet, la Directive prévoit que l'échange automatique d'informations se fera sur les intérêts payés sur tous types de comptes bancaires, les coupons sur obligations, la différence entre la valeur d'émission et la valeur de remboursement d'une obligation, les dividendes distribués par des OPCVM investis pour plus de 15% en créances ainsi que les plus-values réalisées sur des OPCVM investis pour plus de 25% en créances.

Les pouvoirs de l'administration fiscale sont doublement élargis. D'une part, les informations transmises se feront de manière automatique et non plus sur simple demande ou en cas de présomption de fraude. D'autre part, le champ d'application des informations est étendu de manière forte. À titre d'exemple, la Directive Epargne prévoit que seront également soumises à un échange automatique d'information toutes les structures intermédiaires comme les trusts, les fondations et autres sociétés-écrans. Cet élargissement revêt un caractère nouveau dans le sens où les informations demandées concerneront des entités qui ne seront pas forcément localisées en France. Il apparaît alors clairement que sont visés les bénéficiaires effectifs qui seraient résidents fiscaux de France. La directive énonce le terme de « *bénéficiaire ultime et réel* ».¹² Cet exemple démontre bien la volonté de l'Etat de doter l'administration fiscale de pouvoirs conséquents en matière d'information.

L'administration fiscale française voit aujourd'hui son champ d'action élargie. L'information constituant une source de pouvoir sans commune mesure, il apparaît logique que les Etats intensifient leurs efforts en ce sens. Cependant, ces actions ne sont pas neutres quant à la protection des droits des contribuables (II)

11 23/07/2012.

12 Directive 2003/48/CE DU CONSEIL dans sa dernière version.

II- L'ÉQUILIBRE AVEC LES GARANTIES DU CONTRIBUABLE MIS À MAL

La volonté de l'Etat d'attribuer à son administration plus de pouvoir est louable, car les Etats doivent faire face à une concurrence fiscale toujours plus intense, mais celle-ci devient néfaste lorsque les droits des contribuables sont ébranlés (A). Une projection vers l'avenir laisse présager une pression fiscale grandissante (B).

A. Une atteinte aux libertés fondamentales

L'élément fort qui est avancé par les Etats afin de justifier cette prise de position en faveur d'un élargissement des pouvoirs de l'administration est la volonté de transparence. Cette transparence est devenue le fer de lance de la bataille qui a mené à la chute du secret bancaire. A l'origine, cette notion morale était utilisée par l'Etat qui devait « rendre des comptes » à ses citoyens en étant transparent. Aujourd'hui, ce sont les citoyens qui doivent prouver leur bonne conduite face à l'administration fiscale en étant transparents. Cette notion de transparence semble légitimer la distorsion croissante entre les pouvoirs de l'administration et la protection des droits du contribuable. Le secret bancaire est aujourd'hui perçu de manière négative en ce sens que le secret va à l'encontre de la transparence et est donc source de suspicion. Il convient de rappeler que le secret professionnel, qu'il s'agisse des banques, des médecins ou des avocats, doit être respecté, car il est fait pour protéger le contribuable. En effet, le secret professionnel permet d'établir une relation de confiance entre le professionnel et son client.

La protection du client n'est plus de mise puisqu'il doit être transparent. On constate dès lors que cette notion n'a plus la même acception qu'à son origine.¹³

Les questions d'assiette et de recouvrement de l'impôt en France reposent sur un système déclaratif. C'est ce système déclaratif qui établit une relation de confiance entre l'administration et les contribuables.

Le contribuable déclare de son propre chef et sous sa responsabilité ses revenus puis l'impôt est émis postérieurement par l'administration par voie de rôle. Le système déclaratif représente la contrepartie qui donne accès à l'administration à un certain nombre d'informations sensibles. Là réside toute la différence avec la possibilité d'avoir un droit de regard de manière automatique à des informations touchant la sphère privée, car cette contrepartie n'existe plus concernant l'échange automatique d'informations.

Les règles de procédure sont établies pour garantir les droits de chaque contribuable. Le législateur fixe les règles qui concernent les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. Ces droits fondamentaux, supra-législatifs, sont reconnus à titre général aux personnes soumises à l'ordre juridique français. Ce nouveau mécanisme d'échange automatique d'information porte atteinte dans une certaine mesure aux droits du contribuable.

Fréquemment invoqué lors des saisines du Conseil constitutionnel, le principe d'égalité, au même titre que celui du consentement à l'impôt, se situe au cœur des droits et libertés consacrés par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, qui fait référence à plusieurs reprises à ce principe fondamental.

À cet égard, les autres éléments du « bloc de constitutionnalité » mentionnant aussi le principe d'égalité, le seul constat du nombre de références à l'égalité souligne l'importance que le constituant attache au respect de ce principe. Nonobstant cette importance, il semblerait que la volonté de donner un pouvoir grandissant à l'administration fiscale soit supérieure. Ces principes ne sont pas impactés par la modification du mode d'échange des informations en matière fiscale puisque l'échange automatique s'appliquera de la même façon pour tous les citoyens.¹⁴

Le principe d'égalité connaît, dans le cadre de la jurisprudence fiscale du Conseil constitutionnel,

14 Les droits et libertés constitutionnels en matière fiscale, Etude par Eric Meier, Revue de Droit Fiscal, 25 mars 2010.

plusieurs déclinaisons et vise non seulement le principe général d'égalité devant la loi (article 6 de la Déclaration de 1789), mais également le principe d'égalité devant l'impôt et le principe d'égalité devant les charges publiques (article 13 de la Déclaration de 1789). C'est pourquoi le législateur a voulu accroître les pouvoirs de l'administration fiscale afin de rendre encore plus effectif le principe prévu à l'article 13.

Ainsi, comme le note Bernard Castagnède, « le contrôle d'égalité en matière fiscale peut cependant justifier le recours à des critères plus spécifiques, appropriés à l'objet des lois d'impôt. L'égalité devant l'impôt, qu'il s'agit alors de vérifier, est souvent regardée comme l'exigence particulière d'une « égale répartition » de la contribution commune ». ¹⁵

Néanmoins, au-delà des différentes formes que peut revêtir le principe d'égalité appliqué à la matière fiscale, la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'articule, comme le relève Bernard Castagnède, autour du « contrôle général d'égalité fiscale » et du contrôle de la répartition de la charge fiscale en fonction des facultés contributives.

Par suite, le principe d'égalité devant la loi tel que mis en œuvre par le Conseil constitutionnel emporte que deux contribuables placés dans une situation identique doivent être traités de manière identique, alors que la loi peut, sous certaines conditions, traiter de manière différente deux contribuables, notamment s'ils sont dans une situation différente. ¹⁶

L'offensive menée contre le secret bancaire est donc expliquée par une volonté qui s'inscrit dans la continuité de la lutte contre l'évasion fiscale : l'égalité des citoyens devant l'impôt. Cependant, cela se fait en portant préjudice au droit fondamental du respect de la vie privée des citoyens.

L'un des éléments qui explique le refus du Luxembourg de voter pour la modification de la

Directive 2003/48/CE est que ce pays souhaitait l'application d'une retenue à la source plutôt qu'un échange automatique d'informations afin d'offrir une plus grande stabilité entre protection de la vie privée et imposition des revenus de l'épargne. ¹⁷

Il peut être intéressant de se demander pourquoi l'Europe se lasse du secret bancaire ? Petit à petit, le secret bancaire s'est rétréci comme peau de chagrin au point de ne plus exister. Cela peut s'expliquer par une pression fiscale grandissante en Europe où les pays à forte taxation ont décidé de ne plus subir l'évolution de la fiscalité. Les pays européens à faible taxation comme le Luxembourg ont accepté de faire des concessions pour des raisons politiques et non fiscales. En effet, la loi FATCA a été plus qu'un catalyseur de l'échange automatique d'informations. Cette loi n'a pas vraiment laissé de choix au Luxembourg si ce pays européen voulait continuer à avoir des relations économiques et financières avec les États-Unis.

B. Une intensification de l'échange automatique d'information pour l'avenir

Quelle action va être mise en œuvre pour permettre au plus grand nombre de pays d'adhérer à l'échange automatique d'information élaboré par l'OCDE ?

La France, l'Allemagne, la Grande-Bretagne, l'Espagne et l'Italie se sont réunies afin d'impulser au niveau européen l'échange automatique d'informations. Cet échange portera sur les avoirs non déclarés et détenus à l'étranger. C'est un nombre de 44 pays qui devrait avoir signé des conventions bilatérales permettant la mise en place d'un échange automatique conformément au standard élaboré par l'OCDE. ¹⁸ La signature de ces conventions fiscales bilatérales devrait se tenir au Forum mondial sur la transparence prévu à Berlin les 28 et 29 octobre 2014. ¹⁹

Les données qui seront transmises entre administrations fiscales ne concerneront que

15 B. Castagnède, Le contrôle constitutionnel d'égalité fiscale : LPA 1^{er} mai 2001, n° 86, p. 4.

16 Cons. const., déc., n° 79-107 DC, 12 juill. 1979.

17 Directive 2003/48/CE DU CONSEIL dans sa dernière version.

18 Article 26 des conventions modèle OCDE.

19 Les Echos, 29 avril 2014.

FISCALITE INTERNE

celles collectées à partir du 31 décembre 2015. L'objectif étant d'établir les échanges automatiques d'informations dès 2017. On constate, par les déclarations des différents ministres européens, une volonté de traquer les fraudeurs qui souhaiteraient se soustraire au paiement de l'impôt, George Osborne ayant déclaré « Le message à ceux qui essaient d'éviter l'impôt est *“nous allons vous attraper”* »²⁰.

Cette évolution vers un échange automatique de l'information en matière fiscale présente un réel intérêt pour l'administration qu'est le gain de temps tiré de ce nouveau système. Ce nouvel outil est particulièrement adapté à notre époque, à l'heure où un grand nombre de transactions sont dématérialisées.

Le modèle américain avec la loi FATCA et le modèle européen d'échange automatique d'informations sont très proches en de nombreux points de sorte que le modèle américain pourrait devenir la prochaine étape en Europe. Outre Atlantique, l'échange concerne les informations relatives au patrimoine des citoyens américains à travers le monde tandis qu'en Europe cet échange est plus mesuré.

De plus, la directive 2011/16/UE prévoit une adéquation entre les normes internationales et les normes européennes en matière de transparence et d'échange d'information sur demande. Le champ d'application de cette directive est très large puisqu'il est étendu à tous les impôts et taxes à l'exception de

la TVA, des droits de douane, des droits d'accises et des cotisations sociales obligatoires.²¹

La directive 2003/48/UE prévoit un échange automatique d'informations sur les revenus de l'épargne versés à des personnes physiques. Cependant, est-il envisageable d'élargir l'échange d'informations aux personnes morales ? Il semblerait que cette possibilité ne soit pas à exclure et que l'échange automatique d'informations pourrait également porter sur d'autres natures de revenus tels que les dividendes ou les plus-values.

Enfin, l'article 19 de la Directive 2011/16/UE prévoit la possibilité d'une coopération étendue en fonction de l'évolution de la situation internationale et plus particulièrement de l'application de la loi FATCA. Cette clause de la nation la plus favorisée permettrait à tout Etat membre de l'Union européenne d'en assigner un autre à procéder à un échange automatique d'informations plus étendu que sur la base de la directive.

Il semblerait que, dans un futur plus ou moins lointain, l'échange automatique d'informations se transforme en un modèle américain plus agressif. Ces évolutions se construiront dans la durée avec l'appui de positions adoptées par plusieurs Etats européens, qui laissent présager une plus grande pression fiscale pour l'avenir. Ces problématiques fiscales étant complexifiées par la dimension politique qui leur est rattachée.

20 George Osborne, chancelier de l'Échiquier dans le cabinet formé par David Cameron.

21 Directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE.

FISCALITE INTERNE

LA NOUVELLE DÉFINITION DE L'APPRÉCIATION DU CARACTÈRE LUCRATIF DES ACTIVITÉS PUBLIQUES : LE RETOUR DU DROIT ADMINISTRATIF

Clément PEDRON, *Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris Dauphine*

Caroline CHAMARD-HEIM, *Professeur de droit public, Université Jean Moulin Lyon III*

Par de récentes décisions, le Conseil d'Etat a précisé les critères d'assujettissement à l'IS des collectivités publiques, en appréciant le caractère lucratif de leurs activités au regard de l'objet du service rendu et des conditions particulières dans lesquelles il est géré, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération le caractère désintéressé ou non de l'exploitation. Ces arrêts viennent ajuster la méthode de détermination du caractère lucratif des activités des collectivités publiques, en retenant une approche de pur droit administratif au détriment du droit fiscal.

Si l'on réfléchit à la genèse du droit fiscal, on peut observer que celui-ci s'est construit autour du consentement à l'impôt des personnes privées afin de contribuer au financement des activités d'intérêt général. Leur assujettissement paraissait exclusif à la lecture de l'article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) du 26 août 1789 qui se réfère seulement aux citoyens pour la « *contribution commune* » visant à entretenir la force publique et les dépenses d'administration. Les impôts seraient donc une contribution mise à la charge des personnes privées pour financer les services publics. Assujettir les personnes publiques à l'impôt alourdirait les charges de leurs activités, ce qui conduirait à un effet contre-productif. En effet, on verrait mal comment l'Etat pourrait se contraindre lui-même, ou même comment une personne publique pourrait se payer des impôts à elle-même. Il est plus commun d'appréhender les

personnes publiques sous un angle de puissance publique, comme source de la norme fiscale plutôt que sous l'angle d'un assujettissement à l'impôt¹.

Néanmoins, la qualité de « *contribuables des personnes publiques y compris de l'Etat n'est pas récente à l'échelle de la fiscalité moderne* » comme ont pu le souligner les professeurs Lamarque, Négrin et Ayrault en se référant à la loi du III frimaire an VII en matière de contribution foncière².

La situation a évolué à partir de la Seconde Guerre mondiale, au moment où les personnes publiques ont développé des activités économiques au sens large avec notamment les Etablissements Publics Industriels et Commerciaux (EPIC). S'est donc posée la question de la justification du non-assujettissement de ces activités. Ces personnes publiques pouvaient-elles prendre en charge des activités identiques à celles des entreprises sujettes

1 J.-L. Albert, *Fiscalité des personnes publiques*, L.G.D.J., coll. Systèmes 2012, p.9.

2 J. Lamarque, O. Négrin, L. Ayrault, *Droit fiscal général*, Litec, coll. Manuel 2009, p.487.

FISCALITE INTERNE

aux différents impôts ? Afin de maintenir une égalité concurrentielle entre les différents acteurs économiques, publics et privés, le législateur a posé, par l'article 4 de la loi du 28 juin 1941³, le principe de similitude qui permet l'imposition des personnes publiques dès lors qu'elles exercent une activité similaires à une activité prise en charge par les personnes privées, même si le but premier d'une collectivité publique n'est pas a priori la recherche du profit. Ce principe est aujourd'hui codifié à l'article 165⁴ du Code Général des Impôts : « *Les établissements publics, les exploitations industrielles ou commerciales de l'Etat ou des collectivités locales, [...] doivent [...] acquitter, dans les conditions de droit commun, les impôts et taxes de toute nature auxquels seraient assujetties des entreprises privées effectuant les mêmes opérations.* »

Avant de songer à leur imposition, il convient toutefois de déterminer ce qu'est une personne publique. Seul le Code général de la propriété des personnes publiques, en ses articles L.1 et L.2, délimite un champ d'application englobant l'Etat, les collectivités territoriales et leurs groupements, les établissements publics et les autres collectivités publiques. Le CGI adopte lui une vision hétérogène de la « *personne publique* » en choisissant le terme de « *personne morale de droit public* » en matière de TVA⁴ ou celui de « *collectivités publiques* » en matière de bénéfices industriels et commerciaux⁵. Ces énoncés exhaustifs peuvent se justifier par le fait que « *le droit fiscal appréhende les activités ou les biens, sans autre distinction ou critère qu'il a lui-même déterminé*⁶ ». Le droit fiscal ne se soumet donc finalement pas aux distinctions du droit administratif opposant les établissements publics industriels et commerciaux aux établissements publics administratifs. Chacun des deux établissements peut exercer des activités lucratives.

Les frontières du champ d'application des impôts, et notamment de l'impôt sur les sociétés (IS), lorsque sont en cause des activités de service public sont donc sources de problématiques. L'une d'elle s'est dégagée récemment au sujet de l'imposition à l'IS des activités de service public des collectivités territoriales et de leurs régies. L'assujettissement à l'IS des régies de service public devient ainsi un sujet de préoccupation permanent pour les collectivités publiques : l'administration fiscale ne manque pas de soulever cette question lors de contrôles fiscaux indiquant fréquemment une violation des obligations fiscales incombant à ces collectivités et à leurs régies, celles-ci se croyant à l'abri des impôts commerciaux⁷, du fait de leur statut.

Le législateur pouvant être très en retard sur les évolutions juridiques des structures d'exercice des activités publiques, l'identification du périmètre d'application de la norme fiscale peut s'avérer périlleuse, à la décharge des collectivités ayant été redressées par l'administration fiscale. En effet, les dispositions du CGI relatives à l'imposition des régies peuvent paraître épineuses pour un oeil non averti.

Ces interrogations montrent tout l'intérêt des décisions rendues au premier trimestre 2012 par le Conseil d'Etat. Du port de plaisance de La Ciotat à celui de Saint Cyprien, c'est à une balade annonciatrice de la période estivale que nous convient les juges du vaisseau amiral de la justice administrative. Les deux arrêts ont donc précisé le champ d'application de l'IS résultant du 1 de l'article 206 du CGI ainsi que la portée de son exonération prévue par l'article suivant du même code. L'arrêt du 7 mars 2012 Commune de Saint-Cyprien a tout d'abord défini la notion de régies de service public rendue complexe suite à l'articulation de disposition législative (I) avant que la décision du 20 juin 2012 Commune de la Ciotat ne donne la

3 C. Chamard-Heim, Les EPIC face au droit fiscal, Gestion & Finances Publiques, n°12, décembre 2009.

4 Art. 256B, Code général des impôts.

5 Art. 42 septies, Code général des impôts.

6 C. Chamard-Heim, Les EPIC face au droit fiscal, Gestion & Finances Publiques, n°12, décembre 2009.

7 M. Collet, À quelles conditions une régie locale de service public peut-elle échapper à l'impôt sur les sociétés ? , AJDA 2012, p.1807.

méthode de détermination du caractère lucratif des activités des collectivités territoriales et de leurs régies en évinçant le caractère désintéressé utilisé pour l'assujettissement des associations (II).

I- L'EXONÉRATION CONDITIONNÉE DES ACTIVITÉS LUCRATIVES DES RÉGIES DE SERVICES PUBLICS

L'exonération des activités lucratives des régies résulte d'une combinaison de dispositions législatives dépassées (A) qui ont conduit le juge administratif à redéfinir le champ d'application du régime d'exonération des régies (B).

A. Une exonération résultant de l'articulation malaisée de plusieurs dispositions législatives

Plusieurs dispositions du CGI trouvent à s'appliquer en matière d'assujettissement, ou d'exonération, à l'IS des personnes publiques. En premier lieu, le 1 de l'article 206 pose le principe de la soumission à l'IS de toute personne morale se livrant à une exploitation ou à des opérations à but lucratif et vise expressément les « organismes de l'Etat jouissant de l'autonomie financière » ainsi que les « organismes des départements et communes ». On trouve aux côtés de cette disposition l'article 1654 du même code, précité, qui affirme que sont assujettis aux « impôts et taxes de toute nature » dans les mêmes conditions que les entreprises privées effectuant les mêmes opérations, les établissements publics ainsi que les « exploitations industrielles et commerciales de l'Etat ou des collectivités locales ». Toutefois, ces articles s'appliquent sous réserve des dispositions du 6° du 1 de l'article 207 du CGI qui exonèrent d'IS les « régies de services publics » des différentes collectivités territoriales. Ainsi, le caractère lucratif des démembrements des collectivités n'implique pas automatiquement leur imposition à l'IS.

L'articulation de ces dispositions est donc malaisée, et la portée de l'exonération d'IS en faveur des régies de services publics peut être difficile à interpréter et à appliquer. Cette exonération est issue de la loi du 31 décembre 1945 portant fixation du budget général pour l'exercice 1946⁸. L'intention du législateur était de promouvoir la création de régies de services publics par les collectivités afin de générer des recettes. Cette exonération ne couvrait à l'époque que les régies simples et celles dotées de l'autonomie financière, car seules celles-ci existaient. Les régies se sont ensuite développées avec les régies dotées de la personnalité morale et les régies personnalisées, que la loi qualifie dorénavant « d'établissements publics locaux »⁹⁻¹⁰. Cependant, cet élargissement des types de régies pouvant être créées et la multiplication des hypothèses dans lesquelles celles-ci pouvaient être utilisées ne s'est traduit par aucune adaptation des dispositions fiscales citées. Les dispositions prévoyant l'exonération des régies de services publics n'ont donc pas été amendées depuis sept décennies.

La jurisprudence a donc hérité de la lourde tâche tendant à la délimitation du champ d'application de cette exonération des activités lucratives des régies de services publics. Le juge administratif, dans son arrêt du 7 mars 2012 Commune de Saint Cyprien s'est ainsi penché successivement sur la définition organique de la « régie » avant de définir matériellement le « service public ».

B. D'une interprétation extensive de la notion organique de régie à une lecture restrictive de la notion matérielle de service public

La décision du 7 mars 2012 concernait l'exploitation des ports de pêche et de plaisance de la commune de Saint Cyprien à travers l'exploitation d'une EPIC dénommé « Régie autonome du port de Saint Cyprien ». L'administration fiscale

8 *Les régies de service public des collectivités territoriales, dotées de la personnalité morale, peuvent-elles être exonérées d'IS ?* - CE 7 mars 2012 n° 331970, 3e et 8e s.-s., Commune de Saint-Cyprien - Conclusions du rapporteur public Vincent Daumas - BDCF 2012.

9 Voir article 2221-10 du Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT).

10 M. Collet, *À quelles conditions une régie locale de service public peut-elle échapper à l'impôt sur les sociétés ?*, AJDA 2012, p.1807.

demandait l'imposition des recettes de cette régie à l'IS, position que la Cour administrative d'appel de Marseille avait suivie en rejetant les prétentions de la commune, venue aux droits de la régie, justifiant cet assujettissement du fait de la personnalité morale de la régie. La commune contestait donc cette lecture de l'article 207 du CGI, celui-ci exonérant les régies de services publics, qu'elles soient dotées ou non de la personnalité morale. Afin de trancher la question, le Conseil d'Etat a donc choisi une interprétation extensive de la notion de régie avant de retenir une interprétation restrictive du service public.

En premier lieu, le juge administratif devait décider d'inclure ou non dans le champ d'application de l'exonération les régies personnalisées. Les collectivités locales ont le choix, lorsqu'elles sont responsables d'un service public et qu'elles décident d'en assurer la gestion, de le gérer soit en régie simple soit dans le cadre d'une régie autonome financièrement voir dotée d'une personnalité juridique propre¹¹. Le Conseil d'Etat tranche en faveur d'une approche littérale de la notion de « régie » en considérant que les modalités d'assujettissement ou d'exonération des régies de services publics concernaient celles « dotée(s) ou non de la personnalité morale ». Ce considérant sera par ailleurs repris dans l'arrêt Commune de La Ciotat du 20 juin de la même année. Le juge a ainsi suivi les recommandations de son rapporteur public Vincent Daumas qui relevait dans ses conclusions que « la distance qui existe entre régies dotées de la personnalité morale et régies dotées de la seule autonomie financière nous semble en effet trop faible pour justifier que l'un de ces modes de gestion des services publics locaux bénéficie d'une exonération d'impôt sur les sociétés et pas l'autre »¹². Leurs différences statutaires n'ayant pas d'incidence sur leurs activités, une différence de traitement fiscal entre ces deux entités juridiques

aurait remis en cause le principe de neutralité fiscale en favorisant fiscalement les régies autonomes au détriment des régies personnalisées, posant également la question de la conformité de cette distinction avec le principe constitutionnel d'égalité devant l'impôt des articles 6 et 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

En second lieu, le Conseil d'Etat devait définir la notion de « service public » visée à l'article 207 du CGI. Le champ d'application matériel du régime d'exonération avait été réduit sur cette notion par une interprétation déjà stricte de l'arrêt du 16 janvier 1956 Régie municipale des eaux minérales de Royat¹³. Le juge administratif avait considéré qu'« il résulte tant de la combinaison des dispositions [du code général des impôts directs] que des travaux préparatoires de l'article 37 de la loi du 31 décembre 1945 que peuvent seules bénéficier de l'exemption ainsi instituée les régies locales s'appliquant à des services publics que les départements ou les communes «ont le devoir d'assurer», c'est-à-dire celles qui ont pour objet l'exploitation ou l'exécution d'un service indispensable à la satisfaction des besoins collectifs des habitants du département ou de la commune ». Dans son arrêt du 7 mars 2012, le Conseil reprend la formulation de 1956 en précisant que « le service qu'elle exploite est indispensable à la satisfaction de besoins collectifs intéressant l'ensemble des habitants de la collectivité territoriale ».

Il s'agit donc ici d'exonérer un service public essentiel pour la population dans son ensemble que la collectivité a le devoir, et non la simple faculté, d'organiser. Ces services publics lucratifs et indispensables sont peu nombreux et sont explicitement cités par l'administration fiscale¹⁴. Ils concernent les régies de distribution d'eau, de transports en commun, de traitement des ordures

11 E. Bokdam-Tognetti, *Les collectivités territoriales et leurs régies de service public face à l'impôt : illustrations et limites du principe de réalisme fiscal*, R/JF 10/12 n° 902, p. 795.

12 *Les régies de service public des collectivités territoriales, dotées de la personnalité morale, peuvent-elles être exonérées d'IS ? - CE 7 mars 2012 n° 331970, 3e et 8e s.-s., Commune de Saint-Cyprien - Conclusions du rapporteur public Vincent Daumas - BDCF 2012.14* M. Cozian et F. Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprises*, 2012, 35^{ème} édition, p.329.

13 F. Cafarelli, *Remunicipalisation et finances*, La Semaine Juridique - Administrations et Collectivités territoriales, n°10, 10 mars 2014, 2069.

14 Voir BOI-IS-CHAMP-30-60, 20 sept. 2012, §160.

ménagères. A l'inverse, n'ont pas de caractère indispensable, sont exclues du bénéfice de l'exonération et sont imposables sur l'ensemble de leurs bénéficiaires, les régies qui se livrent à l'exploitation d'un casino, d'un domaine thermal, d'un théâtre, d'une buvette, de remontées mécaniques, à la gestion d'un marché d'intérêt national, à l'exploitation d'une activité de télédistribution ou encore des pompes funèbres. Ces activités ne se cantonneraient pas aux seuls services publics dont l'organisation serait rendue obligatoire par le législateur à l'encontre des collectivités, elles permettent « la prise en compte des circonstances particulières de temps et de lieu »¹⁵.

L'interprétation large de la notion de « régie » est donc limitée par le champ matériel des activités de « service public ». Cette solution, comme le souligne Emilie Bokdam-Tognetti, évite de « priver de toute portée l'exonération prévue par le législateur au 6° du 1 de l'article 207 ». L'arrêt Commune de La Ciotat, en plus de reprendre la définition de régie de service public ici décrite, évite un deuxième écueil, celui de « vider de sa substance le principe de l'imposition des personnes morales de droit public se livrant à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif énoncé à l'article 206 du CGI »¹⁶, en livrant une nouvelle méthode de détermination du caractère lucratif des activités publiques.

II- LES CONDITIONS DE GESTION DE L'ACTIVITÉ PUBLIQUE OU LE RETOUR DU DROIT ADMINISTRATIF DANS LA DÉTERMINATION DU CARACTÈRE LUCRATIF

Si la détermination du caractère lucratif de l'activité publique était examinée sous l'angle du caractère désintéressé de celle-ci par certaines juridictions, ce critère est rejeté par la juridiction suprême (A) qui

revient à un critère de droit administratif reposant sur l'objet du service public (B).

A. Le rejet du critère du caractère désintéressé de la gestion dans l'appréciation de la lucrativité

L'arrêt Commune de La Ciotat rendu le 20 juin 2012 a permis de retenir une nouvelle clé de compréhension dans l'appréciation du caractère lucratif de l'activité des collectivités publiques, en mettant un coup d'arrêt au courant jurisprudentiel par lequel certaines juridictions du fond avaient transposé aux collectivités publiques les critères d'assujettissement à l'IS dégagés par le Conseil d'Etat pour les associations.

En l'espèce, la commune de La Ciotat exploitait un port de plaisance dans le cadre d'une régie dotée de l'autonomie financière, mais non de la personnalité morale¹⁷. L'administration fiscale a, lors d'un contrôle fiscal, considéré que les conditions d'exploitation de ce port justifiaient l'assujettissement de la commune à l'impôt sur les sociétés. La commune contesta cette analyse, mais sa demande fut rejetée successivement par le tribunal administratif et la cour administrative d'appel de Marseille. Pour conclure à l'assujettissement à l'IS de la régie, la cour avait estimé que l'activité de la régie ne pouvait être regardée comme désintéressée dès lors que les importants excédents dégagés n'étaient pas affectés à la seule exploitation de ce port.

Comme il l'a été rappelé auparavant, l'article 206 du CGI fait entrer dans le champ de l'IS toute personne morale se livrant à une exploitation ou à des opérations à but lucratif et vise expressément les « organismes de l'Etat jouissant de l'autonomie financière » ainsi que les « organismes des départements et communes ». Ces opérations de caractère lucratif devaient donc être définies au regard des activités des collectivités publiques. Un

15 S. Rougé, « Les régies municipales et l'impôt sur les sociétés : un service public local peut-il être non indispensable ? » : JCP A 2012, n° 2255 p.45.

16 E. Bokdam-Tognetti, *Les collectivités territoriales et leurs régies de service public face à l'impôt : illustrations et limites du principe de réalisme fiscal*, RJF 10/12 n° 902, p. 795.

17 Droit Fiscal n°30, 26 juillet 2012, comm.394.

courant jurisprudentiel transposait aux collectivités publiques les solutions dégagées à propos des associations, pour identifier le caractère lucratif de l'activité. Le Conseil d'Etat s'était rallié à ces décisions avec l'arrêt du 16 mai 2007 Communauté de communes du pays de Landerneau-Daoulas, où le rapporteur public avait proposé une transposition des solutions appliquées aux associations aux collectivités publiques en matière de taxe professionnelle¹⁸.

Cette méthode d'appréciation se déroule en plusieurs étapes et permet d'apprécier si l'activité en cause peut être considérée comme lucrative. C'est notamment l'arrêt Association Jeune France du 1er octobre 1999, rendu en matière de TVA, qui explicite cette méthode. Ce raisonnement sera ensuite étendu à l'IS et à la taxe professionnelle, toujours pour les associations, par un arrêt du 1er mars 2000 Association Foire nationale des vins. Dans un premier temps, le juge fiscal s'interroge sur le caractère désintéressé de la gestion de l'organisme, sur la recherche de réalisation de bénéfices. Dans un second temps, en cas de réponse positive, il examine si ses activités concurrencent le secteur privé. En dernier lieu, en cas de réponse affirmative, il s'interroge sur le point de savoir si les conditions d'exercice des activités apparaissent comme équivalentes à celles d'une entreprise privée. L'équivalence est alors examinée à travers le prisme de la règle des 4 P : le juge compare les activités en cause par rapport aux entreprises concurrentes en examinant successivement le produit proposé, le public visé, le prix pratiqué et enfin la publicité effectuée par l'organisme.

Ce déroulement vise à neutraliser les distorsions de concurrence, en maintenant une égalité de prélèvements fiscaux entre les opérateurs économiques. Léon Blum, alors commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l'arrêt Commune de Mesle sur Sarthe du 3 février 1911,

estimait qu'un « principe général de la législation fiscale [entend] apporter le moins de distinction possible [...] entre les personnes privées et les personnes publiques »¹⁹. C'est cette logique qu'a donc reprise la cour administrative d'appel de Marseille dans l'arrêt contesté devant le juge de cassation. La cour précisait « que, pour apprécier le caractère lucratif exigé par les dispositions précitées de l'article 206 du CGI, il appartient au juge de l'impôt de rechercher si la gestion de la personne morale qui conteste son assujettissement à l'impôt sur les sociétés présente un caractère désintéressé et, si tel est le cas, si les services qu'elle rend ne sont pas offerts en concurrence dans la même zone géographique d'attraction avec ceux proposés au même public par des entreprises commerciales exerçant une activité identique ; que, toutefois, [...] elle reste exclue du champ de l'impôt sur les sociétés si elle exerce son activité dans des conditions différentes de celles des entreprises commerciales »²⁰.

Cette position de la cour est totalement écartée par le Conseil d'Etat, qui évince explicitement le caractère désintéressé de la gestion alors que les juges avaient implicitement omis de l'appliquer dans l'arrêt précité Commune de Saint Cyprien, et censure pour erreur de droit la déduction du caractère lucratif par l'existence d'excédents non affectés à l'activité visée. Si certains auteurs comme Martin Collet regrettent le rejet de cette méthode « claire et précise » prévenant les distorsions de concurrence, Emilie Bokdam-Tognetti salue cette nouvelle interprétation. Elle souligne, à l'appui des conclusions de Vincent Daumas, que le critère du caractère désintéressé ne peut s'appliquer aux personnes publiques, leurs conditions de gestion étant particulièrement encadrées.

Le Conseil d'Etat n'a pas retenu cette analyse pour les associations et a maintenu le critère du caractère désintéressé, posé par l'arrêt Association Jeune

18 E. Bokdam-Tognetti, *Les collectivités territoriales et leurs régies de service public face à l'impôt : illustrations et limites du principe de réalisme fiscal*, RJF 10/12 n° 902, p. 795.

19 M. Collet, *À quelles conditions une régie locale de service public peut-elle échapper à l'impôt sur les sociétés ?*, AJDA 2012, p.1807.

20 *Quels sont les critères d'exonération de l'IS d'une régie municipale ?* - CE 20 juin 2012 n° 341410, 3e et 8e s.-s., Commune de La Ciotat : RJF 10/12 n° 902 - Conclusions du rapporteur public Vincent Daumas - BDCF 2012.

France, dans l'arrêt du 13 février 2013 Association Groupe de plongée de Carantec²¹. Le juge de cassation s'est donc écarté de la méthode fiscale pour adhérer à une démarche « *administrativiste* » spécifique aux collectivités publiques en retenant la nature du service public.

B. L'objet du service public, critère « *administrativiste* » de la lucrativité des activités publiques

Se référer au critère purement fiscal du « *caractère lucratif* » d'une activité publique peut paraître étonnant pour les professionnels du droit administratif, plutôt coutumiers à distinguer les services publics selon qu'ils soient de nature administrative ou industrielle et commerciale. Si le juge fiscal a utilisé le caractère lucratif comme critère d'assujettissement à l'IS de diverses formes juridiques, celui-ci l'a pourtant apprécié différemment au sujet des activités des régies de services publics en retenant un critère issu du droit administratif.

Après avoir implicitement écarté le raisonnement appliqué aux associations dans l'arrêt Commune de Saint Cyrien, en se référant à l'objet du service comme critère d'appréciation du caractère lucratif de l'activité, le Conseil d'Etat était invité par son rapporteur public à confirmer ce courant de jurisprudence s'écartant de la méthode fiscale. Afin de déterminer le caractère lucratif de l'activité publique, les juges ont donc opté pour une approche s'attachant à « l'objet » du service en cause et « *aux conditions particulières dans lesquelles il est géré* ». Le Conseil a donc basé son appréciation du caractère lucratif de l'activité sur la distinction entre service public administratif et service public industriel et commercial.

L'objet du service, comme l'expliquait Vincent Daumas dans ses conclusions, est « *la teneur de la prestation exécutée par la collectivité. Si elle est*

de la nature de celles que des entreprises privées poursuivant un but lucratif sont susceptibles de rendre, cela plaide en faveur du caractère lucratif de l'activité. Si tel n'est pas le cas, par exemple si est en cause une activité de police ou de réglementation, celle-ci ne peut être regardée, par construction, comme relevant d'une exploitation lucrative ». Ce critère de l'objet est complété subsidiairement par les conditions particulières de l'exploitation : il sera examiné si la régie a opté pour une exploitation particulière en rendant le service gratuit ou en établissant une tarification différenciée en fonction des ressources, révélant la poursuite d'un objectif autre que lucratif.

Cependant, le lien entre activités lucratives et non lucratives ne recoupe pas totalement les notions de service public administratif et de service public à caractère industriel et commercial. Ces dernières notions, qui se distinguent à partir des critères posés par l'arrêt d'assemblée Union Syndicale des Industries Aéronautiques du 16 novembre 1956, font une place importante aux considérations d'espèce, mêmes si ils restent proches de la grille d'analyse retenue pour apprécier le caractère lucratif d'une activité. En effet, un service public administratif pourrait avoir pour objet une activité susceptible d'être prise en charge par une structure privée²². De telles considérations remettraient alors en cause la présomption de non lucrativité des activités de service public administratif posée par l'arrêt du 16 mai 2007 Communauté de communes du pays de Landerneau-Daoulas, pour retenir une automaticité de cette non lucrativité. Cette approche soulève ainsi les critiques de Martin Collet, qui la qualifie d'aléatoire, contrairement à l'approche associative qui ne suscitait, selon lui, aucune contestation.

Malgré tout, la cour d'appel administrative de Marseille, statuant sur renvoi du Conseil d'Etat dans cette affaire *Commune de la Ciotat*²³, a suivi

21 J.-L. Pierre, *Critères d'assujettissement d'une association de la loi de 1901 aux impôts commerciaux*, Droit des sociétés n°10, Octobre 2013, comm.170.

22 E. Bokdam-Tognetti, *Les collectivités territoriales et leurs régies de service public face à l'impôt : illustrations et limites du principe de réalisme fiscal*, RJF 10/12 n° 902, p. 795.

FISCALITE INTERNE

la position de la haute juridiction sans fonder son appréciation sur le caractère désintéressé ou non de la régie. Après avoir déduit des faits que la gestion du port de plaisance s'exerçait dans les mêmes modalités qu'une entreprise privée, au regard de l'objet et des conditions particulières de gestion de l'activité, la cour a démontré que le service portuaire était réservé à une clientèle spécifique, donc non indispensable à la population. La régie gérant le port de plaisance a ainsi été assujettie à l'IS²⁴.

Cette position du juge administratif a pu soulever des critiques, notamment en ce qu'elle privilégie fiscalement la régie par rapport à d'autres formes d'organisation des services publics telles que les délégations à des organisations privées ou la création de sociétés publiques locales (SPL). Une atteinte au principe de neutralité fiscale pourrait alors être soulevée, la question de l'assujettissement se posant systématiquement lors du choix du mode

de gestion d'un service public. Une exonération peut en effet permettre de diminuer le coût fiscal de la gestion du service public et donc, in fine, le prix payé par l'utilisateur ou le coût supporté par le contribuable. Cet avantage octroyé aux régies fait d'ailleurs des envieux, notamment ces SPL qui, ayant le statut de sociétés anonymes, se voient appliquer les règles fiscales de ces sociétés. Un mouvement souhaite donc une assimilation des SPL au régime des régies par l'application de la grille d'analyse dégagée par les arrêts Commune de la Ciotat et Commune de Saint Cyprien²⁵. Leur fiscalité ne se fonderait donc pas sur leur forme juridique, mais sur la nature de leur activité, permettant ainsi à des SPL de rester hors du champ de l'IS lorsqu'elles développent des activités non concurrentielles. Un tel schéma ne serait pourtant pas envisageable, en ces temps de rigueur budgétaire et de recherche de neutralité économique de l'impôt.

23 CAA Marseille, 4^e ch., 30 avr. 2013, n°12MAO2656, *Commune de la Ciotat*.

24 C. Chamard-Heim, *Un an de fiscalité des contrats publics*, Contrats et Marchés publics, n°3, Mars 2014, chron.3.

25 B. Boisseau, *SPL, plaidoyer pour une fiscalité « dans la maison »*, Contrats Publics, Avril 2013, p.60-62.

LA DÉDUCTION DES CHARGES FINANCIÈRES : VERS UNE APPROCHE ÉCONOMIQUE ET NON PUNITIVE ?

Mathilde DEYDIER, *Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris-Dauphine*

Gauthier HALBA, *Directeur fiscal de JC Decaux¹*

Alors que les investissements étrangers ont chuté en 2013 en France de 77 %², le législateur est venu introduire dans la loi de finances pour 2014 un 7^{ème} dispositif de limitation de la déduction des charges financières. Ces mesures sanctionnent de manière systématique le recours à l'emprunt, sans intégrer de logique économique à l'instar des modèles développés dans d'autres pays européens.

Conformément à l'article 39 du Code Général des Impôts, le bénéfice net est établi sous déduction de toutes charges, parmi lesquelles figurent notamment les charges financières. Si les charges d'intérêts sont en principe déductibles, les administrations fiscales appréhendent souvent avec défiance le recours à la dette et considèrent l'endettement comme un outil visant à minorer le résultat imposable des entreprises. Dans ce contexte, les législations fiscales tentent de limiter la déduction des charges financières.

La principale alternative au prêt consiste en l'apport en capital et ne bénéficie pas du même levier fiscal dans la plupart des États membres de l'OCDE. En effet, les dividendes ne viennent pas en déduction de la base taxable et les capitaux propres ne permettent généralement pas de gain fiscal. Certains États ont néanmoins mis en place des dispositifs qui incitent

les entreprises à majorer leurs capitaux propres, il s'agit de la technique des « *intérêts notionnels* » belge³, italienne ou brésilienne.

En réalité, emprunt et capital social ne sont pas interchangeables à l'envie et ne disposent pas des mêmes caractéristiques juridiques ou économiques. Ainsi, en cas de faillite, l'actionnaire est classé au dernier rang des créanciers tandis que le prêteur bénéficie d'une situation plus favorable. De plus, le ratio dette/capital est regardé avec attention par les agences de notation et permet d'obtenir des conditions d'emprunt ou d'assurance plus ou moins avantageuses.

Le coût fiscal du financement est un enjeu majeur lors de l'acquisition de sociétés. La déduction des charges financières permet d'acquiescer plus aisément une société en imputant les frais d'acquisition sur les bénéfices futurs de la société nouvellement acquise.

1 Cet article reflète l'opinion personnelle de ses auteurs et ne saurait refléter l'opinion de la société qui les emploie.

2 Selon le « *Global investment trends monitor* », Conférence des Nations-Unies pour le commerce et le développement (UNCTAD) n°15, 28 janvier 2014.

3 En vigueur depuis le 1er janvier 2006, la « *déduction d'intérêt notionnel* », appelée aussi « *déduction risqué* » est une mesure, de déduire de leur revenu imposable un intérêt fictif calculé sur leurs fonds propres.

Le choix du mode de financement ne dépend donc plus des seuls coûts et conditions accordés par les établissements bancaires, mais également de l'environnement fiscal dans un contexte de concurrence croissante entre les États. Le sujet dépasse le seul cadre fiscal et constitue un véritable enjeu économique permettant à des entrepreneurs d'acquérir des groupes.

En vertu du principe de non-immixtion dans la gestion de l'entreprise, l'administration n'est pas autorisée à apprécier le caractère normal du choix arrêté par celle-ci de financer par l'octroi d'un prêt, de préférence à un apport de fonds propres, l'activité ou l'acquisition d'une autre entreprise qu'elle détient ou contrôle et d'en tirer, le cas échéant, de quelconques conséquences fiscales⁴. En ce sens, le choix entre la dette et la capitalisation ne peut être critiqué par les administrations fiscales, seule la déduction de tout ou partie des intérêts est susceptible d'être remise en cause en fonction de la réglementation fiscale locale.

Néanmoins, l'Administration considère que le choix de l'investissement ne doit en aucun cas être influencé par la possibilité de déduire des intérêts. Ainsi, la France comme la majorité de ses partenaires a mis en place des dispositifs encadrant la déductibilité des intérêts d'emprunt. Cette approche repose sur l'idée que les entreprises ont trop souvent un recours abusif à l'emprunt sans intégrer que, dans un contexte économique difficile, elles n'ont pas toujours le choix de leur mode de financement.

En Allemagne, cette situation de crise a été très partiellement intégrée par le législateur⁵ en permettant aux entreprises de reporter en avant la fraction du résultat courant avant impôt non utilisée pour y imputer les intérêts nets versés par la société endettée.

En l'absence de toute harmonisation au niveau de l'Union européenne et sous l'impulsion des décisions de la CJUE, les États ont procédé ces

dernières années à d'importants changements législatifs, multipliant les mesures de limitation des charges financières, à l'image de la France dont la loi de finances pour 2014 ajoute un 7^e dispositif. Ce mouvement qui traduit l'inquiétude et l'impuissance des États face à l'érosion de leur base fiscale consiste de manière générale en un durcissement des dispositifs alors même que les méthodes d'appréhension de cette question divergent en Europe. D'un côté subsiste la technique traditionnelle d'une non-déduction de principe, assise sur des critères objectifs de l'entreprise (I). De l'autre, l'évolution de ces dispositifs intègre la prise en compte d'impératifs économiques, mais crée de l'incertitude tant pour les États que pour les entreprises (II).

I-LA RIGIDITÉ D'UNE NON-DÉDUCTION DE PRINCIPE ASSISE SUR DES CRITÈRES OBJECTIFS DE L'ENTREPRISE

Cette non-déduction de principe est le modèle le plus courant en Europe et se retrouve aussi bien en France qu'en Allemagne. Elle consiste à plafonner la déduction des intérêts d'emprunt, soit de façon spécifique lorsque l'entreprise est en situation de sous-capitalisation (A), soit de façon générale (B).

A. La prise en compte de ratios internes: les règles spécifiques relatives à la sous-capitalisation

Lorsque l'arbitrage entre le financement par fond propre ou par emprunt penche massivement pour ce dernier, l'entreprise est dite « *sous-capitalisée* ».

Cette situation peut également être problématique d'un point de vue juridique, mais nous n'examinerons ici que les impacts fiscaux.

Une entreprise sous-capitalisée finance davantage son activité par emprunt que par ses capitaux propres. Dans un contexte de libre déduction des

4 Conseil d'État, 30 décembre 2003 n° 233894, S.A. Andritz et n°249047, SARL Coréal Gestion.

5 Loi du 18 décembre 2009 dite « *d'augmentation de la croissance* ».

FISCALITE INTERNE

charges financières, la déduction fiscale des intérêts permet une économie d'impôt et constitue une perte de recettes pour l'État.

La France, comme nombre d'Etats a donc instauré afin de préserver sa base imposable, des règles spécifiques relatives à la sous-capitalisation codifiées à l'article 212 du CGI. Ce système a d'ailleurs lui-même été inspiré d'une loi allemande, entretemps abolie. Ce dispositif, qui sanctionne les entreprises insuffisamment capitalisées ne concerne que les seuls prêts intragroupes, il n'impacte donc pas les charges financières liées à des prêts contractés auprès d'établissements financiers et l'activité de centrale de trésorerie est elle aussi épargnée.

La question posée par cette mesure est celle de savoir à partir de quel seuil la faible capitalisation d'une entreprise n'est plus acceptable et traduit un transfert anormal de bénéfice. Pour y répondre, le législateur français a fixé trois limitations qui permettent de qualifier une situation de sous-capitalisation⁶. Ces limites sont appliquées de manière systématique et n'intègrent aucunement la conjoncture économique ou la situation particulière de l'entreprise concernée.

La première limite est fondée sur le niveau d'endettement de l'entreprise emprunteuse. Ce ratio d'endettement est déterminé de façon simple, il correspond à 1,5 fois le montant des capitaux propres de la société. Très souvent utilisé par des législations étrangères⁷, ce ratio a le double avantage de la simplicité et de la prévisibilité puisqu'il permet d'ajuster les capitaux propres⁸ afin de permettre une déduction des intérêts.

La deuxième limite dite de « *couverture d'intérêt* » a pour finalité de prendre en compte la capacité économique de remboursement de l'entreprise emprunteuse, elle correspond à 25% du résultat

courant avant impôt (RCAI) sur les bénéfices retraités. Directement inspiré du ratio du « *robot* » allemand, il a l'avantage de prendre en compte la situation économique de l'entreprise, mais a pour inconvénient d'être volatile et d'aggraver la situation financière de celle-ci en situation de crise. Il faudrait sans doute prendre en compte la moyenne des RCAI sur plusieurs exercices afin de lisser d'éventuels effets négatifs conjoncturels (crise et baisse d'activité d'une année).

Enfin, la troisième limite correspond au montant des intérêts versés à l'entreprise emprunteuse par des entreprises liées au sens du 12 de l'article 39 du CGI.

L'application du dispositif de l'article 212 du CGI est écartée si les entreprises démontrent que leur sous-capitalisation est en réalité contrainte, en affichant un ratio d'endettement global inférieur au ratio d'endettement du groupe auquel elles appartiennent. Cette approche au niveau du groupe est particulièrement novatrice en matière fiscale. En effet, la référence à la notion de groupe est utilisée non pour sanctionner, mais pour permettre à la société de justifier sa situation d'endettement. De plus, elle conduit à considérer que l'endettement individuel peut refléter celui du groupe et qu'il est donc légitime de ventiler l'endettement central au niveau des filiales. Néanmoins, d'un point de vue pratique, le recours à ce ratio est toutefois difficile en termes de justifications.

A défaut, la fraction des intérêts dus à des sociétés membres du groupe et excédant la plus élevée de ces trois limites, est réintégrée dès lors qu'elle excède 150 000 €. La fraction des intérêts non déductibles en vertu de ce dispositif est toutefois reportée, sous certaines limites, au profit des exercices suivants après application d'une décote annuelle de 5%.

6 BOI-IS-BASE-35-20-30-10 du 29 mars 2013.

7 D'un point de vue juridique, les législations françaises ou étrangères préfèrent, pour les sociétés de capitaux, un ratio entre capital social et capitaux propres qui permet de s'assurer que les créanciers sont bien protégés par le capital social et que la limitation de responsabilité financière des associés n'est pas factice.

8 Ajustement des capitaux propres via une augmentation de capital, des abandons de créances ou les suppléments d'apport.

Il est important de noter que la France reste l'un des rares États européens à avoir conservé un dispositif spécifique de lutte contre la sous-capitalisation après les arrêts rendus par la CJUE⁹ qui ont poussé plusieurs États tels que le Royaume-Uni et l'Allemagne à supprimer ces mesures.

Si la France n'a pas souhaité abroger ce texte qui avait, on peut le reconnaître, de vrais atouts, elle lui a adjoint un dispositif général de limitation de la déduction des intérêts¹⁰, à l'image de celui existant en Allemagne aggravant le manque de lisibilité du dispositif.

B. Le « rabot » franco-allemand: limite aveugle de déduction des charges financières

À la suite des décisions de la CJUE relatives aux dispositifs de sous-capitalisation¹¹, de nombreux États membres ont réagi en supprimant leur dispositif. Ainsi l'Allemagne a remplacé son régime de sous-capitalisation par la « *Zinsschranke* », la « *barrière fiscale* » de déduction des intérêts. La loi allemande prévoit désormais une limite générale pour la déduction des intérêts nets d'un exercice, c'est-à-dire la différence entre les intérêts versés et les intérêts perçus. Désormais, seule la quote-part du montant net des intérêts qui n'excède pas 30% du bénéfice net avant impôt corrigé est fiscalement déductible.

La particularité de cette « *barrière* » est qu'elle concerne les charges financières, quelle que soit leur origine, qu'elles soient issues d'un prêt intragroupe ou d'un prêteur indépendant, le dispositif est donc particulièrement rigoureux. Néanmoins, le gouvernement allemand a intégré en partie les conséquences de la crise économique et pris un certain nombre de mesures notamment afin de contribuer à la capacité de financement des

entreprises en période de crise. Elle prévoit d'une part que les intérêts non déductibles ne sont pas définitivement perdus, ils peuvent être reportés et déduits au cours d'un exercice suivant. D'autre part, la barrière de déduction n'est désormais applicable qu'à partir d'un montant net d'intérêts de 3 millions d'euros et l'entreprise peut se soustraire à son application en démontrant que son endettement propre est inférieur à l'endettement moyen du groupe auquel elle appartient.

Toutefois, la mécanique même du calcul de la réintégration faisant référence à 30% de l'EBITDA¹² est très pénalisante pour les entreprises en période de crise, car elle ajoute à la chute du résultat d'exploitation une charge d'impôt ou une aggravation de la situation financière de l'entreprise.

En France, la barrière de déduction générale des charges financières ou « *rabot* » est issue d'un projet de convergence franco-allemande en matière fiscale. En février 2012 « *un livre vert* »¹³ comportant les conclusions d'un groupe de travail ayant pour objet de relancer le rapprochement des relations commerciales et politiques entre la France et l'Allemagne avait été présenté. La loi de finances française pour 2013 a mis en place le « *rabot* » des intérêts, mais la convergence n'est en réalité que partielle et décevante¹⁴.

En effet, le « *rabot* » instauré en France est en pratique extrêmement différent de celui existant en Allemagne. Il introduit une limitation générale de déduction des charges financières, non pas calculée sur un pourcentage du RCAI, mais correspondant de manière aveugle à 75% de leur montant pour l'exercice 2014. En d'autres termes, les entreprises dont les charges financières nettes dépasseront 3 millions d'euros devront réintégrer 25% de leurs charges financières à leur résultat imposable, quelle

9 Revue de droit fiscal n°8, 25 février 2010, 196 : La sous-capitalisation à l'épreuve des libertés de circulation ; Etude par Alexandre Maitrot de la Motte.

10 Dispositif introduit par l'article 23 de la loi de finance pour 2013 et codifié à l'article 212 bis du CGI.

11 Voir notamment CJCE, 12 décembre 2002, C-324/00 Lankhorst-Hohorst. et CJCE, 13 mars 2007, C-524/04 Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation.

12 *Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization* ou « *Bénéfices Avant Intérêts, Impôts et Amortissements* » et se rapprochant sensiblement de l'excédent brut d'exploitation (EBE).

13 février 2012.

14 Le « *rabot* » des intérêts : la fin de la convergence franco-allemande ? Daniel Gutmann, Les Echos, 6 mars 2013.

que soit leur situation. Au sein d'un groupe intégré, le plafonnement s'applique au niveau de l'ensemble du groupe et non au regard de chacune des sociétés membres. Ne sont donc concernées que les seules charges financières nettes résultant d'opérations réalisées avec des sociétés hors du groupe.

Ce dispositif, contrairement au modèle développé en Allemagne, se combine aux règles précédemment applicables en France, venant encore diminuer leur lisibilité. De plus, le législateur français n'a pas intégré les difficultés financières des entreprises liées à la crise. Seules certaines entreprises qui doivent financer par emprunt des stocks dont la rotation est très lente, bénéficient d'une exclusion de l'application du dispositif. Cet assouplissement ne concerne en réalité que des cas très marginaux comme les entreprises de champagne qui financent par des crédits dit « *de vieillissement* » des stocks qu'elles commercialisent plusieurs années après.

Cette mesure qui ne prend en compte aucun critère économique est particulièrement pénalisante pour les entreprises françaises. Ainsi, une grande entreprise contrainte d'emprunter auprès d'un établissement bancaire pour financer son activité doit désormais majorer le coût de son crédit du montant lié à la non-déduction de ses charges financières. Ce « *rabot* » des intérêts a donc pour premier effet de réduire la capacité d'emprunt des entreprises en majorant leur coût de financement, c'est d'autant plus paradoxal que le financement est la clef de leur développement et favorise l'investissement. Dans ce contexte, les investissements étrangers ont chuté en 2013 en France de 77 % alors qu'ils augmentaient parallèlement de 392 % en Allemagne et de 37 % en Espagne¹⁵.

La sanction aveugle du recours à l'endettement en plus d'être particulièrement défavorable aux entreprises, s'inscrit à rebours des nouvelles méthodes inspirées par des critères économiques mis en place au Royaume-Uni ou aux Pays-Bas et vers lesquelles on pourrait souhaiter tendre.

II- L'ÉVOLUTION DES DISPOSITIFS : VERS UNE APPROCHE ÉCONOMIQUE ?

Aux limites systématiques de déduction des intérêts, le législateur britannique a préféré une approche casuistique visant à déterminer un endettement « normal » ou « acceptable ». Cette approche, si elle a le mérite de ne pas sanctionner systématiquement le recours à l'endettement est néanmoins source d'incertitudes autant pour les entreprises que pour les administrations fiscales (A'). Outre cette première limite, le dispositif ne se suffit pas en lui-même et le Royaume-Uni a dû mettre en place des dispositifs anti-abus notamment sur la question des produits hybrides qui constitue le nouvel enjeu pour les États dans l'encadrement de la déduction des charges financières (B').

A. Le recours à la notion de prix de transfert

Suite aux décisions de la CJUE, le législateur britannique a supprimé son dispositif litigieux de lutte contre la sous-capitalisation dans la loi de finances pour 2004. Il a renoncé à le remplacer et a décidé d'assimiler cette question des prêts intragroupes aux problématiques de prix de transfert en étendant la législation applicable en la matière aux transactions purement internes au Royaume-Uni.

Cette approche est extrêmement différente de celle retenue en France et en Allemagne. Elle a été développée à l'origine par la jurisprudence lorsqu'aucun dispositif particulier n'existait sur ce sujet et perdue au Royaume-Uni, mais aussi aux États-Unis.

Les prix de transfert font partie intégrante de la gestion normale des entreprises multinationales. Pour reprendre la définition qu'en donne l'OCDE, les prix de transfert correspondent aux « *prix auxquels une entreprise transfère des biens corporels, des actifs incorporels, ou rend des services à des entreprises associées* » situées dans des pays différents. Il s'agit donc d'admettre l'endettement

15 Selon le « *Global investment trends monitor* », Conférence des Nations-Unies pour le commerce et le développement (UNCTAD) n°15, 28 janvier 2014.

intragroupe sauf à ce qu'il soit démontré comme étant anormal.

Cela revient à appréhender la question de la déduction des intérêts en se référant à une situation de pleine concurrence. Cette approche économique exclut les prêts accordés par des tiers qui sont par principe réalisés selon des conditions de marché. L'administration fiscale britannique raisonne au cas par cas, en appréciant les conditions et motivations économiques de l'endettement mis en place. À l'issue de cette analyse, elle requalifie éventuellement les intérêts litigieux en revenus distribués et empêche corrélativement leur déduction au niveau de la société qui les verse.

Cependant, cette approche constitue une déclinaison spécifique des prix de transfert puisque contrairement à une application classique, ce dispositif concerne aussi des transactions purement internes, sans passage de frontières. Ainsi, certaines entreprises qui n'étaient pas concernées par la question des prix de transfert en l'absence de toutes transactions internationales et donc, a priori, de transfert de bénéfices à l'étranger se sont vues appliquer le dispositif et les contrôles se sont multipliés. La Commission européenne a en ce sens estimé « *regrettable que, pour échapper à toute accusation de discrimination, les États membres étendent l'application des mesures anti-abus conçues pour lutter contre l'évasion fiscale transfrontalière à des situations strictement circonscrites au cadre national dans lesquelles le risque d'abus est absolument nul* »¹⁷.

Si cette méthode peut apparaître plus juste en pratique et moins pénalisante, car elle s'adapte aux situations particulières, il en résulte de l'incertitude tant pour les administrations fiscales que pour les entreprises. En effet, quel est le taux d'endettement « normal » d'une entreprise ?

De plus, trouver des comparables s'avère en la matière particulièrement difficile puisque des

entreprises d'un même secteur, considérées comme « comparables » peuvent avoir des structures de financement radicalement différentes en raison notamment de leur histoire. En effet, un groupe qui croît de manière organique n'a généralement pas les mêmes besoins de financement qu'une société qui se développe par voie d'acquisition. La notion de « comparable » est donc sur cette question significativement plus complexe à cerner qu'en matière de cessions de biens ou de prestations de services.

En conséquence, la « normalité » du recours à l'endettement laisse une part importante à l'appréciation de chacune des parties ce qui rend nécessairement plus subjective cette méthode économique au regard des dispositifs spécifiques de sous-capitalisation ou de rabout général. Pour corriger cette incertitude, l'administration britannique, de manière pragmatique, a néanmoins recours, lors de ces contrôles, à des ratios proches de ceux appliqués de manière générale pour déterminer une situation de sous-capitalisation et calculés sur le résultat de l'entreprise.

Outre l'incertitude créée par cette relation de confiance avec l'administration qui autorise la déduction des charges financières de manière générale sous réserve d'abus, le recours aux prix de transfert ne permet pas de prendre en compte certains enjeux tels que la lutte contre les transferts « inappropriés » de bénéfices à l'étranger. Ce type de dispositifs semble rendre nécessaire l'adjonction de mesures particulières, notamment afin de limiter les effets d'aubaine liés aux situations de doubles non-impositions procurées par le recours aux produits dits « hybrides ».

B. La lutte contre les produits hybrides: nouvel enjeu de la limitation de déduction des charges financières

L'absence d'harmonisation¹⁸ des dispositifs de déduction des charges financières au niveau

17 L'application des mesures de lutte contre les abus dans le domaine de la fiscalité directe au sein de l'Union européenne et dans les rapports avec les pays tiers, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, 10 décembre 2007.

18 Les dernières évolutions en France et dans le monde en matière de déductibilité des charges financières, Claire Acard et Alexandra Lorant, Droit fiscal, n°15, 11 avril 2013, 232.

FISCALITE INTERNE

européen crée de la complexité et c'est de là que naît l'optimisation agressive stigmatisée par l'OCDE dans son projet « BEPS »¹⁹.

En effet, les Etats n'ont pas de traitements cohérents ni de définitions communes des produits financiers. Ainsi, un instrument qualifié de prêt dans un Etat peut être considéré comme du capital dans un autre. Cette divergence de qualification peut conduire soit à une double imposition des produits de ces instruments soit à une double exonération, en raison du traitement différent entre l'État de la source et l'État de résidence du bénéficiaire. Ce sujet constitue un enjeu majeur autant pour les entreprises qui souhaitent éviter des frottements fiscaux significatifs que pour les Etats qui tentent de ne pas perdre de matière imposable.

Ainsi, la « *lutte contre l'optimisation fiscale au titre des produits hybrides et de l'endettement artificiel* » et à travers elle, les produits hybrides sont la nouvelle cible des États en mal de recettes fiscales. L'offensive est aussi bien menée par l'OCDE²⁰ que par l'Union européenne²¹. Sur ce point, une harmonisation semble envisageable puisqu'a été proposée une modification de la directive mère-fille²² afin d'intégrer des dispositions luttant contre les situations de double non-imposition.

Ce n'est pas le recours à une méthode économique qui a été choisie dans cette lutte contre les produits hybrides. En ce sens, le Royaume-Uni a mis en place, depuis une dizaine d'années, un mécanisme indépendant conditionnant la déductibilité des charges financières pour l'entreprise emprunteuse au niveau d'imposition des intérêts entre les mains du prêteur. Ce dispositif, le « *tax arbitrage rules* »²³, est applicable dans l'hypothèse où une même dépense aboutit à deux déductions fiscales dans deux États différents. L'approche des

prix de transfert a donc ses limites et ne permet apparemment pas d'englober l'ensemble des enjeux de la déduction des charges financières.

En France, la loi de finances pour 2014 a mis en place une mesure comparable. Applicable aux exercices clos à compter du 25 septembre 2013, elle ajoute une condition supplémentaire à la déductibilité des intérêts afférents aux sommes laissées ou mises à disposition d'entreprises liées. Désormais, celle-ci est soumise à la démonstration par l'entreprise débitrice que les sommes versées au titre de l'exercice en cours ont été assujetties à un impôt sur le revenu ou sur les bénéfices entre les mains du bénéficiaire pour un montant au moins égal au quart de l'impôt sur les bénéfices déterminé dans les conditions de droit commun, soit une imposition minimale de 8,33%²⁴.

La loi ne s'attache donc pas seulement à sanctionner une absence d'imposition, mais toute imposition en deçà de 8,33%. Encore une fois, le législateur français n'intègre pas de logique économique et se cantonne à une approche punitive.

En ce sens, la loi ne distingue en rien la situation des centrales de trésorerie et crée un frein au développement de telles structures en France pouvant même conduire à leur délocalisation dans des Etats qui prendraient en compte la spécificité d'une telle activité. Pourtant, une centrale de trésorerie n'a pas vocation à recourir « *artificiellement* » à l'emprunt, mais bien à faire circuler au sein du groupe les excédents de trésorerie des sociétés membres. Il est donc réellement dommageable que le législateur n'ait pas en amont pallié ce risque et exclu du dispositif les centrales de trésorerie comme c'est le cas pour l'application des règles relatives à la sous-capitalisation précédemment énoncées.

19 OCDE, Rapport BEPS, « Base erosion and profit shifting » du 12 février 2013.

20 Suite à la Déclaration sur BEPS adoptée lors de la réunion du Conseil ministériel 2013 et à la demande des ministres des Finances du G20, l'OCDE a lancé en juillet 2013 un Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, qui recense 15 actions spécifiques à engager afin de doter les pouvoirs publics des instruments nationaux et internationaux nécessaires afin de traiter le problème de l'érosion de la base d'imposition et du transfert de bénéfices.

21 Plan d'action pour renforcer la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, 6 décembre 2012.

22 Directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents.

23 Introduit par la loi de finances (Finance Act) du 7 avril 2005.

24 BOI-IS-BASE-35-50 du 15 avril 2014.

FISCALITE INTERNE

Il convient de reconnaître pour conclure qu'aucun des dispositifs encadrant la déduction des charges financières mis en œuvre aujourd'hui n'est réellement satisfaisant. Pour autant, il faut bien admettre que l'équation n'est pas évidente à résoudre: il s'agit de mettre en place des règles suffisamment souples pour prendre en compte les impératifs économiques

des entreprises et en même temps suffisamment rigides pour ne pas créer d'instabilité. A cet équilibre difficile à trouver s'ajoute la nécessité d'intégrer de nouveaux enjeux liés à la déduction des charges financières dans une économie mondialisée sans politique fiscale harmonisée.

L'ARRÊT FONCIÈRE DU ROND-POINT : QUELLES CONSÉQUENCES POUR LES ENTREPRISES ?

Claire AVRIN, *Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris Dauphine*

Par un arrêt du 23 décembre 2013¹, le Conseil d'Etat se prononce en faveur de l'alignement du traitement comptable et fiscal des provisions, lorsque celles-ci remplissent les conditions de déductibilité fiscale. Il se prononce également sur la technique de redressement de l'administration fiscale, laissant toutefois de nombreuses incertitudes et difficultés à résoudre.

Dans cette affaire soumise au Conseil d'Etat, une société civile immobilière avait constitué comptablement en 1996 une provision d'un montant de 16 000 000 F en raison de la perte de valeur d'un immeuble qui lui appartenait. Cette provision n'a pas été déduite fiscalement. Elle procède à la vente de cet immeuble par lots en 1998 et 1999 et reprend comptablement sa provision (14 000 000 F en 1998 et 2 000 000 F en 1999). La provision n'ayant pas été déduite fiscalement, la reprise n'est pas intégrée dans le résultat fiscal de la société.

Au cours d'une vérification de comptabilité, l'administration fiscale reproche à la société de ne pas avoir intégré dans son résultat fiscal les reprises de provision. Ainsi, elle rehausse les résultats de la société des montants correspondants, entraînant une imposition supplémentaire entre les mains de l'associée de la société, la SAS Foncière du Rond-Point.

La question est posée en premier lieu devant le Tribunal administratif de Paris³ : la société, en décidant de ne pas constater la provision et sa reprise dans son résultat fiscal, prenait-elle une décision de gestion opposable à l'administration fiscale ? Autrement dit, la société avait-elle le choix de ne pas déduire ni reprendre fiscalement la provision, quand bien même celle-ci remplissait les conditions de déductibilité fiscale ?

Le TA de Paris répond par la négative, la société devait prendre en compte fiscalement cette provision. La SAS Foncière du Rond-Point porte l'affaire devant la Cour d'appel administrative de Paris. Celle-ci, par un arrêt très remarqué et très commenté⁴, affirme qu'une société a la faculté de ne pas déduire de son résultat fiscal une provision pourtant constatée comptablement et remplissant les conditions de déductibilité fiscale.

Cet arrêt de 2010 marque le début d'une grande période d'incertitude sur le sort fiscal des provisions.

1 Le présent article a été écrit par Claire Avrin avec l'aide de Sébastien De Monès, Avocat Associé du cabinet d'avocats Bredin Prat. L'article reflète uniquement les opinions personnelles de son auteur.
2 CE, plén. fisc., 23 déc 2013, n°346018, min. c/ SAS Foncière du Rond-Point.
3 TA Paris, 9 juin 2009, n°0417162/2, min. c/ Sté Foncière du Rond-Point.
4 CAA Paris, 9^e ch., 18 nov. 2010, n°09PAO4821, min. c/ Sté Foncière du Rond-Point.

Alors que l'arrêt d'appel semble faire jurisprudence pour certains⁵, d'autres annoncent déjà que celui-ci n'est conforme ni à la loi, ni à la jurisprudence⁶, présageant une solution ayant vocation à être écartée par le Conseil d'Etat, celui-ci ayant été saisi par le ministre à la suite de l'arrêt d'appel.

Il ne faudra pas attendre longtemps avant de voir la question se poser de nouveau devant les juridictions administratives. Ainsi, deux jugements du Tribunal administratif de Montreuil viennent semer le trouble parmi ceux convaincus du bien-fondé de la solution de la CAA de Paris en prenant position en sens contraire⁷.

L'enjeu est crucial pour les entreprises en termes de sécurité juridique. Les entreprises ne savent plus quelle est la position à adopter quant à leurs provisions et la question est d'autant plus importante que les deux jugements du TA de Montreuil ont entraîné des conséquences lourdes pour les entreprises qui n'avaient pas respecté leurs obligations.

L'importance de la question et les incertitudes quant au traitement des provisions n'ont pas donné le choix au Conseil d'Etat, celui-ci devait trancher et affirmer une solution qui aurait au moins le mérite de mettre un terme à l'insécurité juridique dans laquelle étaient plongées les entreprises.

Cet arrêt du 23 décembre 2013 tranche la question du sort des provisions fiscales tout en précisant les conséquences d'un manquement à la règle du parallélisme entre comptabilité et fiscalité (I), mettant ainsi fin aux débats houleux ayant cours jusqu'à présent. Cependant il ne se prononce pas sur toutes les questions et laisse encore place à de nombreux commentaires qui pointent des incertitudes encore existantes ainsi que des difficultés à venir pour les sociétés (II).

I- FONCIÈRE DU ROND-POINT : LES PRINCIPES AFFIRMÉS PAR LE CONSEIL D'ETAT

Cette décision attendue du Conseil d'Etat énonce avec fermeté l'alignement, autant que possible, du traitement fiscal sur le traitement comptable des provisions (A). Il nous indique également les conséquences à en tirer pour les entreprises n'ayant pas tenu compte, sur le plan fiscal, d'une provision passée comptablement (B).

A. Alignement du traitement fiscal et comptable des provisions

« Lorsqu'une provision a été constituée dans les comptes de l'exercice, et sauf si les règles propres au droit fiscal y font obstacle, notamment les dispositions particulières du 5° du 1 de l'article 39 du CGI limitant la déductibilité fiscale de certaines provisions, le résultat fiscal de ce même exercice doit, en principe, être diminué du montant de cette provision dont la reprise, lors d'un ou de plusieurs exercices ultérieurs, entraîne en revanche une augmentation de l'actif net du ou des bilans de clôture du ou des exercices correspondants »⁸.

Le principe est posé et il est clair : une provision comptable doit être déduite et sa reprise constatée dans le résultat fiscal de l'entreprise lorsqu'aucune disposition législative ne s'y oppose. Il n'y a donc pas de choix possible pour l'entreprise, le comptable dicte le fiscal.

Il est vrai que le droit fiscal, en France, n'est autre que le résultat comptable de l'entreprise après prise en compte de divers retraitements prévus par le législateur. Beaucoup de pays n'ont pas fait le choix de lier comptabilité et fiscalité, la France l'a fait et le Conseil d'Etat en tire les conséquences dans cet arrêt.

5 Eric Meier & Régis Torlet (Baker & McKenzie SCP). *Provisions : quand le comptable ne tient pas le fiscal en l'état*. Droit fiscal n°10, 10 mars 2011, comm. 244.

6 Olivier Fouquet (Président de section (h) au Conseil d'Etat). *Provision comptable et provision fiscale : vrais ou faux jumeaux ?* Décembre 2011.

7 TA Montreuil, 1re ch., 6 déc. 2012, n°1109486, Sté Dalkia & TA Montreuil, 1re ch., 4 juill. 2013, n°1110039.

8 CE, plén. fisc., 23 déc 2013, n°346018, min. c/ SAS Foncière du Rond-Point.

FISCALITE INTERNE

La connexité entre le fiscal et le comptable existe donc depuis toujours et a même été qualifiée de principe divin par Olivier Fouquet, Président de section au Conseil d'Etat⁹. La solution était-elle pour autant évidente ?

Il semblerait que non. Durant toute la période précédant cet arrêt, de nombreuses décisions du Conseil d'Etat tout comme de nombreux éminents professeurs, praticiens et même conseillers d'Etat¹⁰ semblaient retenir une solution tout autre, relayant le lien entre comptabilité et fiscalité au second plan.

En effet, le Conseil d'Etat, par de multiples arrêts, évoquait le sort des provisions fiscales en des termes qui ne pouvaient laisser aucun doute. La constatation d'une provision était une « *faculté que l'entreprise peut ne pas exercer, et qu'elle peut par conséquent n'exercer que partiellement* »¹¹. Cette décision fut réitérée à de nombreuses reprises¹², toutes soulignant une « *faculté* » et laissant entendre que les provisions procèdent d'une décision de gestion opposable aussi bien à l'entreprise qu'à l'administration fiscale.

Beaucoup se sont alors demandés si la présente décision s'apparentait à un revirement de jurisprudence¹³. Il fut curieux de voir que certains, tel que le Conseiller d'Etat Olivier Fouquet, n'y voyait pas là un revirement¹⁴. Certes, la question était en un sens inédite puisque tous les arrêts précédemment cités ne concernaient pas des cas où le traitement fiscal des provisions différait du traitement comptable. Mais comment interpréter le mot « *faculté* » qualifiant la constatation d'une provision si le traitement fiscal n'était pas en cause ?

Les partisans du « *non-revirement* » parviennent difficilement à l'expliquer voire ont abandonné l'idée

d'y trouver une quelconque explication rationnelle (« *l'examen des précédents que la SAS Foncière du Rond-Point ne manque pas d'invoquer en défense nous a plongés dans une perplexité dont nous ne sommes pas parvenus à sortir* »¹⁵).

Il semble difficile de dire que le Conseil d'Etat ne parlait pas des provisions fiscales lorsqu'il parlait de « *faculté* », surtout lorsque l'on sait à quel point les règles comptables en matière de provisions sont contraignantes pour les entreprises. En effet, il existe en comptabilité un principe qui en dicte leur existence, le principe « *d'image fidèle* ». Ce principe oblige les entreprises à produire des comptes reflétant le plus fidèlement possible la situation financière dans laquelle elles se trouvent.

Une des traductions du principe d'image fidèle est le principe de prudence, obligeant les entreprises à constater des provisions et des dépréciations lors de la perte de valeur potentielle d'un élément d'actif. La nécessité de constater des provisions et dépréciations est inscrite dans le Code de commerce et fait l'objet d'un contrôle très strict des commissaires aux comptes et le non-respect des dispositions législatives est puni d'une peine d'emprisonnement et d'une très lourde amende.

Il apparaît évident, comme le soulignait Gauthier Blanluet¹⁶, que le Conseil d'Etat ne pouvait se prononcer sur la décision de passer comptablement une provision puisque l'on voit que l'entreprise n'a quasiment aucune marge de manoeuvre, sauf à aller contre la loi et à s'immiscer dans un domaine hors de compétence des juridictions administratives.

Il semblerait alors que l'on soit face à un revirement non assumé. En présence d'un revirement de jurisprudence, le Conseil d'Etat peut décider de

9 Olivier Fouquet (Président de section (h) au Conseil d'Etat). Provision comptable et provision fiscale : vrais ou faux jumeaux ? Art. précité.

10 Philippe Bissara. concl. sur CE, 8e et 9e ss-sect., 2 févr. 1983, n°29069.

11 CE, 7è et 8è ss-sect., 5 mars 1975, n°89781.

12 CE, 7è et 8è ss-sect., 27 mai 1983, n°27412 ; CE, 9è et 10è ss-sect., 10 déc. 2004, n°236706.

13 Gauthier Blanluet. *L'arrêt Sté Foncière du Rond-Point et la connexité fiscal-comptable : revirement ou clarification ? Quelles conséquences pour l'avenir ?* Revue de droit fiscal. N°14. 3 avril 2014.

14 Olivier Fouquet (Président de section (h) au Conseil d'Etat). Provision comptable et provision fiscale : une saveur douce-amère. Revue de droit fiscal. N°1-2. 9 janvier 2014.

15 Edouard Crepey, rapporteur public, conclusions sous l'arrêt CE, plén. fisc., 23 déc 2013, n°346018, min. c/ SAS Foncière du Rond-Point.

16 Gauthier Blanluet. *Provisions comptables non déduites fiscalement : une dernière image avant arrêt.* Droit fiscal n°38, 19 septembre 2013, comm. 426.

n'appliquer sa solution que pour les affaires futures et donc laisser les affaires en cours sous « l'ancienne jurisprudence ». Or ce n'est pas ce qu'a fait le Conseil d'Etat dans cette affaire, peut être en raison du fait qu'il ne considérait pas sa solution comme un revirement, tout comme le disait Olivier Fouquet¹⁷.

Cet enseignement n'est pas le seul que l'on peut tirer de l'arrêt du Conseil d'Etat. Celui-ci nous indique timidement les conséquences à tirer du non-respect du principe, permettant aux entreprises de savoir à quoi s'attendre lors de la réception d'un avis de redressement par l'administration fiscale quand la reprise d'une provision n'apparaît pas dans le résultat fiscal.

B. La technique de redressement

Une fois le principe d'alignement des provisions comptable et fiscale affirmé, il faut maintenant résoudre la question du redressement. Le Conseil d'Etat juge que l'administration fiscale est fondée à imposer la reprise d'une provision lorsque celle-ci remplit les conditions de déductibilité fiscale, alors même qu'elle n'aurait pas été déduite fiscalement. Il poursuit ensuite en ces termes « l'administration fiscale est en droit de corriger la surestimation de l'actif net du bilan d'ouverture de l'exercice au cours duquel la perte a été constatée et la provision a été reprise dans les comptes, en y inscrivant cette provision afin de pouvoir ensuite tirer les conséquences de sa reprise pour la détermination du résultat fiscal de cet exercice »¹⁸.

Cette correction du bilan fiscal s'accompagne d'une correction symétrique des bilans d'ouverture lorsque les bilans de clôture ont été modifiés, cela afin de remonter jusqu'à l'année au cours de laquelle la provision aurait dû être constatée fiscalement.

Les règles de redressement énoncées par le Conseil d'Etat ne sont pas inédites, mais appellent quelques remarques, notamment lorsque l'exercice au cours

duquel la provision a été constatée comptablement est prescrit, comme c'était le cas en espèce.

Tout d'abord, lorsqu'aucun des exercices concernés n'est prescrit et en vertu de la correction symétrique des bilans, en principe, l'administration fiscale devrait remonter jusqu'à l'exercice au cours duquel la provision aurait dû être constatée fiscalement. Ainsi, il sera constaté deux choses : une déduction au titre de l'exercice au cours duquel la provision aurait dû être constatée et une augmentation de la base imposable au titre de l'exercice de reprise de la provision.

Ensuite, vient la question plus délicate du redressement lorsque l'exercice de constatation de la provision est prescrit. Deux situations sont à distinguer, car correspondant à deux périodes gouvernées par différentes règles.

La première situation est celle de l'espèce et concerne toutes les provisions constatées avant la loi sur l'intangibilité du bilan d'ouverture du premier exercice non prescrit du 1^{er} janvier 2005¹⁹. Cette période est gouvernée par la jurisprudence Ghesquière du Conseil d'Etat qui avait abandonné l'intangibilité du bilan²⁰. En l'espèce, les reprises de provisions que l'administration voulait intégrer dans le résultat de la société ont été passées avant 2005, la jurisprudence Ghesquière était donc applicable. Sous cette règle, le jeu des corrections symétriques commence au moment où la provision apparaît au bilan d'ouverture de l'exercice de reprise et se termine au bilan de clôture de l'exercice pourtant prescrit au cours duquel la provision aurait dû être constatée fiscalement. Ainsi, la jurisprudence Ghesquière est défavorable au contribuable puisque la reprise se trouve taxée, mais la constatation de la provision, entraînant une déduction au cours de l'exercice prescrit, ne peut pas être prise en compte.

La seconde situation concerne les provisions constatées après le 1^{er} janvier 2005. En raison

17 Olivier Fouquet (Président de section (h) au Conseil d'Etat). *Provision comptable et provision fiscale : une saveur douce-amère*. Art. précité.

18 CE, plén. fisc., 23 déc 2013, n°346018, min. c/ SAS Foncière du Rond-Point.

19 Codifiée à l'article 38, 4 bis du CGI et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005.

20 CE, ass., 7 juill. 2004, n°230169, SARL Ghesquière Equipement.

de l'intangibilité du bilan d'ouverture du premier exercice non prescrit, le contribuable semble se trouver dans une situation beaucoup plus favorable. En effet, lorsque la reprise de provision intervient lors du premier exercice non prescrit, le contribuable échappera même au redressement puisque le bilan d'ouverture étant intangible, la provision ne peut pas être constatée et une provision non constatée ne peut pas faire l'objet d'une reprise, la reprise ne pouvant exister si la provision n'existe pas.

Lorsque c'est l'exercice de constatation de la provision qui est prescrit, la provision va pouvoir être constatée au bilan d'ouverture de l'exercice de reprise et, en vertu des corrections symétriques, les bilans de clôture puis d'ouverture seront modifiés afin de constater cette diminution de l'actif net et ce jusqu'au bilan de clôture du premier exercice non prescrit, le bilan d'ouverture étant intangible. Ainsi, une déduction sera constatée au cours du premier exercice non prescrit tandis qu'une augmentation de la base imposable apparaîtra au cours de l'exercice de reprise de la provision, rendu ainsi le redressement presque neutre pour l'entreprise.

Mais il est toutefois à noter que le Conseil d'Etat n'a pas fait du principe de correction symétrique un principe absolu. Il pose une limite floue et potentiellement dangereuse, à savoir l'erreur délibérée de l'entreprise qui fait échec à l'application du principe de correction symétrique si elle est constatée. Cela nous amène à étudier les incertitudes et les difficultés qu'entraînent cet arrêt pour les entreprises.

II- FONCIÈRE DU ROND-POINT : DE NOUVELLES INCERTITUDES ET DIFFICULTÉS POUR LES ENTREPRISES

L'arrêt « *Foncière du Rond-Point* », s'il a le mérite d'éclaircir les entreprises quant au traitement de leurs provisions, suscite de nombreuses interrogations quant à sa portée. Un point crucial est évoqué sans qu'il soit possible aujourd'hui d'affirmer avec

certitude les conséquences pour les contribuables, à savoir le caractère délibéré de l'erreur qui empêche celui qui l'a commise de bénéficier de la correction symétrique des bilans, cet élément faisant partie des incertitudes de l'arrêt (A). Egalement, cette décision suscite des difficultés pour les entreprises, notamment au regard de la gestion de leur déficit et de leurs relations avec l'administration fiscale lorsqu'il règne une incertitude sur la déductibilité d'une provision (B).

A. Les incertitudes

La première incertitude venant à l'esprit à la lecture de cet arrêt est celle de l'appréciation du caractère délibéré de l'erreur que commettrait une entreprise en ne déduisant pas une provision pourtant déductible. Ce « *caractère délibéré* » fait échec à la correction symétrique des bilans et a pour conséquence de priver l'entreprise de la déduction de sa provision entraînant donc une double imposition.

« (...) *La même omission, qui se retrouve dans les écritures de bilan des exercices antérieurs telles que retenues pour la détermination du résultat fiscal, doit y être symétriquement corrigée, pour autant qu'elle ne revêt pas, pour le contribuable, un caractère délibéré* »²¹. Le Conseil d'Etat pose une limite tenant au caractère délibéré, mais ne précise ni le contenu de la notion ni la façon dont celle-ci devra être appréciée par les juges du fond.

La question qui se pose alors est de savoir ce qu'est précisément une erreur délibérée. Il est possible d'envisager cela sous deux angles. Le premier consisterait à dire qu'une erreur est délibérée lorsqu'elle a été décidée, voulue, qu'elle résulte d'un acte positif de son auteur. Le second serait de dire qu'une erreur est délibérée lorsque le contribuable a été de mauvaise foi, qu'il l'a effectuée tout en sachant pertinemment que son action n'était pas celle prescrite par les textes ou l'administration.

A ces deux distinctions s'ajoutent trois catégories de situation dans lesquelles l'administration peut intervenir. La première est celle du contribuable

21 CE, plén. fisc., 23 déc 2013, n°346018, min. c/ SAS Foncière du Rond-Point.

qui pensait que la provision qu'il avait déduite comptablement ne pouvait pas être déduite fiscalement, les règles de déductibilité fiscale étant parfois obscures et les pénalités en cas de déduction non autorisée étant dissuasives. La deuxième est celle d'un contribuable croyant, en toute bonne foi, que les provisions comptables pouvaient ne pas être déduites fiscalement par un simple choix de l'entreprise, ce qui pouvait être la croyance d'un grand nombre de contribuables tant la jurisprudence n'était pas claire sur la question avant cet arrêt. La troisième et sans doute la plus facile à régler, est celle du contribuable qui aurait décidé, de mauvaise foi, de ne pas déduire fiscalement une provision tout en sachant que celle-ci était déductible.

Si la dernière situation ne pose pas de problème, car tant l'action positive et la mauvaise foi sont caractérisées, les deux premières catégories peuvent soulever des difficultés. A priori il serait difficile de considérer que les contribuables étaient de mauvaise foi lorsqu'ils ont décidé de ne pas déduire fiscalement les provisions comptables. Pourtant, un arrêt très marquant précédemment cité du Tribunal administratif de Montreuil sème le doute quant à l'appréciation du caractère délibéré en l'ayant retenu dans l'affaire France Télécom²².

La situation de la société France Télécom, qui avait constaté d'importantes provisions sur ses titres de participation dans une filiale sans les déduire fiscalement, était pourtant loin de caractériser une quelconque mauvaise foi. Les arguments prouvant au contraire sa bonne foi ne manquaient pas et tout semblait donc laisser croire que la société avait pris une décision qu'elle pensait fondée. Cela signifie donc que, pour le Tribunal administratif de Montreuil, le caractère délibéré est constitué à partir du moment où la société décide de ne pas déduire fiscalement la provision. La seule issue pour l'entreprise serait alors de démontrer qu'elle n'a pas pris cette décision, ce qui est en pratique impossible.

Cette approche ne semble pas être pertinente en raison de la complexité et de la grande part de subjectivité des provisions. Le caractère délibéré devrait s'apprécier en fonction de la bonne ou mauvaise foi du contribuable et seul cet élément devrait rentrer en jeu.

Il est donc naturel de s'interroger sur l'appréciation du caractère délibéré de l'erreur que la société Foncière du Rond-Point a commise. La provision, passée en 1996, intervient au moment de la crise immobilière où l'administration fiscale avait pris pour cible les déductions de provisions liées aux dépréciations d'immeubles. En effet, elle considérait que les immeubles avaient vocation à rester au sein des entreprises et que de ce fait, ceux-ci se dépréciaient par le biais d'amortissements. Seuls les immeubles qui allaient être vendus par les entreprises pouvaient faire l'objet de provisions s'ils se dépréciaient. Cette doctrine n'est plus applicable aujourd'hui, le Conseil d'Etat a en effet considéré dans plusieurs arrêts qu'un actif immobilisé pouvait, alors même qu'il était amortissable, faire l'objet de dépréciation et que la déduction d'une provision n'était pas subordonnée à l'intention de céder²³. Dans ce contexte bien particulier, si la société n'avait pas, à l'époque de la constatation de la provision, l'intention de céder l'immeuble, alors elle n'avait pas déduit la provision en toute bonne foi et en toute légalité. L'erreur délibérée ne devrait pas être retenue dans ce cas.

De manière générale, du fait de la grande période d'incertitude qui régnait avant cet arrêt du Conseil d'Etat, la mauvaise foi ne devrait pas être constatée lorsque le contribuable avance l'argument qu'il pensait que les provisions fiscales procédaient d'un choix de gestion opposable à l'administration, cela pour éviter que l'administration profite de cette décision qui lui est favorable pour reprocher à un grand nombre de contribuables la non-constatation fiscale des provisions comptables et le caractère délibéré de ces omissions.

22 TA Montreuil, 1^{re} ch., 4 juill. 2013, n°1110039.

23 CE, 9^e et 10^e ss-sect., 10 déc. 2004, n°236706, « Sté Roissy Film » & CE, 9^e et 10^e ss-sect., 12 janvier 2005, n°253865, « min. c/ SA Pricel ».

Il est regrettable que le Conseil d'Etat n'ait pas précisé ce qu'il entendait par « *caractère délibéré* » alors qu'il en avait les moyens, comme cela avait déjà été fait auparavant²⁴, en liant cette notion avec celle de mauvaise foi. Bien qu'il semble probable que la mauvaise foi devra être caractérisée pour aboutir à écarter le bénéfice des corrections symétriques, les jugements du Tribunal de Montreuil sèment le doute et un éclaircissement du Conseil d'Etat aurait été le bienvenu en l'espèce.

Quant à la deuxième incertitude qui est celle de savoir si le caractère délibéré de l'action fait échec à l'application de la théorie d'intangibilité du bilan, la réponse semble être apportée par le rapporteur public à défaut de l'avoir été par le Conseil d'Etat²⁵. Selon lui, la règle d'intangibilité du bilan est une règle absolue qui s'applique, peu importe la bonne ou mauvaise foi du contribuable. Elle ne peut jamais être écartée. Reste à savoir si les (probablement nombreuses) décisions qui vont suivre retiendront cette théorie, ce qui devrait être le cas si l'on respecte la lettre de la loi qui ne prévoit pas d'exception de la sorte à la règle qu'elle pose.

Il est donc recommandé aux entreprises de documenter autant que possible les décisions prises relatives aux provisions afin d'apporter, en temps voulu, tous les éléments permettant de faciliter la constatation de la bonne foi et de ne pas se retrouver dans une situation délicate aboutissant à un redressement douloureux pour l'entreprise du fait de l'échec de la règle de correction symétrique.

B. Les difficultés

L'arrêt n'entraîne pas uniquement des incertitudes, il présage de nombreuses difficultés qui vont suivre pour les entreprises et qui sont des conséquences directes de cette jurisprudence. Deux difficultés attirent en particulier l'attention. Celle relative aux incertitudes des entreprises face à la déductibilité de leurs provisions et celle relative à la gestion des

déficits en raison de la nouvelle règle de limitation du report des déficits.

Concernant la première difficulté, force est de constater que l'administration fiscale disposera à l'avenir d'un avantage considérable lorsqu'il s'agira de la question des provisions. En effet, celle-ci peut, au regard de l'article 39,1, 5°, constater que les provisions que l'entreprise a passées ne remplissent pas les conditions de déductibilité et appliquer des pénalités à l'entreprise qui aurait méconnu les règles du précédent article en déduisant une provision qui n'avait pas lieu de l'être. Celle-ci peut aussi, en se basant sur cet arrêt, redresser une entreprise qui n'aurait pas respecté les règles (volontairement ou pas).

Les entreprises se retrouvent donc dans une situation relativement délicate : l'administration peut se montrer pointilleuse sur les règles de déductibilité d'une provision et tenter de remettre en cause la déduction constatée par l'entreprise lorsque la provision a pour conséquence de diminuer sa base imposable, mais elle peut aussi se montrer ferme et interpréter de manière plus large les règles de déductibilité des provisions lorsque c'est la reprise de celles-ci qui bénéficieraient à l'administration en augmentant la base imposable d'une entreprise, surtout dans l'hypothèse où, par exemple, l'entreprise deviendrait bénéficiaire à la suite de la reprise de provision.

Il sera donc difficile pour les entreprises de trouver un équilibre entre la crainte de se voir appliquer des pénalités si la provision a été déduite alors qu'elle ne remplissait pas les conditions de déductibilité et la crainte de se voir signifier un redressement lorsque la provision aurait dû être déduite et sa reprise taxable.

Lorsque les sommes en jeu sont particulièrement importantes et que la question de la déductibilité des provisions concernées se pose, il pourrait

24 CE, 8è et 9è ss-sect., 12 mai 1997, n°160777, SARL Intraco. « *Si l'administration veut établir le caractère délibéré d'une écriture, elle doit prouver que le contribuable a adopté un comportement de mauvaise foi* » dans Gauthier Blanluet. *Provisions comptables non déduites fiscalement : une dernière image avant arrêt*. Droit fiscal n°38, 19 septembre 2013, comm. 426.

25 Edouard Crepey, rapporteur public, conclusions sous l'arrêt CE, plén. fisc., 23 déc 2013, n°346018, min. c/ SAS Foncière du Rond-Point.

sembler souhaitable pour l'entreprise de faire valider la position choisie par le biais d'un rescrit. Or l'obtention d'un rescrit est une procédure longue qui n'aboutit que très rarement. Il semble donc illusoire de penser que les sociétés pourront résoudre les difficultés liées aux provisions par le biais de rescrits.

La seconde difficulté est celle relative à la règle du plafonnement du report des déficits codifiée à l'article 209, I du CGI. Cet article limite le report en avant des déficits dans la limite de 1 000 000 € majoré de 50 % du montant correspondant au bénéfice imposable de l'exercice excédant ce premier montant. De ce fait, les déficits que proviendraient d'une provision importante ne seraient pas totalement imputables sur les importants bénéfices que pourraient entraîner la reprise, cela pourrait donc conduire à une situation délicate pour l'entreprise, surtout si son activité ne génère pas suffisamment de cash pour que celle-ci puisse payer ses impôts.

Sous l'ancienne législation limitant le report des déficits à 5 ans, l'administration avait tenu compte de la situation précédemment décrite. Elle avait prévu que la reprise d'une provision qui avait fait apparaître un déficit n'était pas prise en compte dans le résultat fiscal de l'entreprise si celle-ci n'avait pas pu imputer le déficit résultant du passage de la provision²⁶. Or rien n'est prévu concernant la nouvelle limitation du report des déficits pour le cas spécifique des provisions.

Certains vont même jusqu'à dire que la combinaison de cette obligation de déduire les provisions et

l'article 209 du CGI rendrait la constitutionnalité de ce dernier article discutable, car il entraînerait une rupture d'égalité devant les charges publiques²⁷.

En attendant que le Conseil constitutionnel se prononce sur la question si celle-ci lui est soumise, l'administration pourrait prendre en compte cette difficulté en aménageant, comme elle l'avait fait, la règle du report des déficits en prévoyant par exemple que dans le cas spécifique des provisions, l'entreprise pourrait par exemple réintégrer la provision sur plusieurs exercices afin de pouvoir imputer la totalité des déficits générés par la provision (si ceux-ci sont bien dus au passage de la provision) sur les bénéfices liés à la reprise.

Dans l'attente de plus de précisions des juridictions du fond, de l'administration ou peut-être même du législateur, il est recommandé aux entreprises d'accorder une attention particulière à leurs provisions en documentant, autant que possible, toutes les décisions relatives à leur passage et à leur reprise. En particulier, les entreprises devront insister sur leur bonne foi lorsqu'elles décident de déduire une provision ou au contraire lorsqu'elles l'écartent afin de pouvoir bénéficier de la correction symétrique du bilan en cas de redressement.

En parallèle, il serait souhaitable que l'administration tienne compte de la complexité du traitement fiscal des provisions et prévoit des règles plus précises et laissant moins de place à l'arbitraire afin de placer le contribuable dans une situation plus confortable et d'éviter les redressements à répétition.

26 D. adm. 4.R 4123 § 4 du 26 novembre 1996 : BIC-XII-4065 ; Arnaud de Brosses et Miroua Verban, *Les entreprises entre le marteau et l'enclume. Provision comptable / provision fiscale*. BF 4/14.

27 Arnaud de Brosses et Miroua Verban, *Les entreprises entre le marteau et l'enclume*. art. précité.

LA PRISE EN COMPTE DU DROIT ÉTRANGER EN DROIT FISCAL

Isabelle PICHARD, *Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris-Dauphine*

Gauthier HALBA, *Directeur Fiscal Groupe, JCDecaux¹*

Le juge français n'applique pas les lois fiscales étrangères. Pour autant, dans un contexte international où les sujets fiscaux français sont soumis aux droits étrangers, le juge ne peut plus ignorer les contraintes juridiques des droits étrangers. Le mouvement est engagé vers une prise en compte croissante du droit étranger en droit fiscal français, qui emporte d'importantes conséquences pratiques pour les entreprises.

En droit international privé, un conflit de lois est résolu selon la loi du juge saisi, qui permet de déterminer la loi applicable, qui elle, peut parfaitement être une loi étrangère. Le juge français peut donc être amené à appliquer la loi étrangère. En revanche, en droit public, le juge français refuse en principe d'appliquer directement le droit étranger. Ce principe découle du principe de souveraineté des Etats. Dans ce sens, Maxime Chrétien a pu considérer que les lois fiscales, de par leur nature de lois de droit public, se trouvent nécessairement soustraites à tout raisonnement en termes de conflit de lois².

Ce principe d'inapplicabilité des lois étrangères en droit fiscal français n'est pourtant pas absolu. Il connaît aujourd'hui des atténuations de plus en plus nombreuses.

Tout d'abord, lorsque le législateur réforme certains articles du Code Général des Impôts (CGI), tels que les articles 209 B ou 155A du CGI, il ne fait pas abstraction du droit étranger. Au contraire, il le prend en compte pour tenter de neutraliser

la délocalisation de produits imposables vers des pays qui offrent une fiscalité considérée comme privilégiée. Le meilleur exemple est sans conteste celui de l'article 212-Ib en vertu duquel la déductibilité des intérêts versés à une entreprise liée est désormais soumise à une condition d'imposition minimale du créancier. L'application de cette disposition implique nécessairement pour l'administration et le juge français de s'intéresser au traitement étranger des intérêts en question.

En outre, une difficulté survient lorsque la règle fiscale pose, pour son application, une condition préalable dont le contenu ne peut être déterminé que par référence à une loi étrangère. Le juge fiscal est alors amené à pratiquer la méthode dite de la prise en considération de la loi étrangère³. Il ne s'agit pas pour le juge d'appliquer le droit étranger, mais seulement de « *tenir compte de son existence dans la mise en œuvre de la règle de droit substantiel* »⁴. Cette démarche est comparable à celle des « *questions préalables* » que connaît parfaitement le droit fiscal. Prenons, par exemple, le cas des

1 Cet article reflète l'opinion personnelle de ses auteurs et ne saurait refléter l'opinion de la société qui les emploie.

2 M. Chrétien, « Le fisc en face du droit international privé », *Travaux du comité français de droit international privé*, Volume 14, Comité français de droit international privé, Dalloz, 1954.

3 E. Fohrer, « La prise en considération des normes étrangères », Thèse de doctorat, Université Paris II, 2004.

4 D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, PUF, Collection Thémis Droit, 2007, p. 230.

droits de mutation : ils supposent l'existence d'un transfert de propriété sur le plan du droit civil. Ainsi, pour déterminer le traitement fiscal de l'opération, le juge doit préalablement s'intéresser à sa nature juridique. De la même manière, pour déterminer le traitement fiscal français d'une opération ou d'une entité soumise à un droit étranger, le juge doit, dans certains cas, effectuer un « *raisonnement préalable de droit étranger* »⁵. L'arrêt SNC Immobilière GSE⁶ est récemment venu consacrer cette prise en compte des qualifications juridiques étrangères.

Par ailleurs, dans son optique de lutte contre les phénomènes de double non-imposition considérés comme abusifs, l'administration peut être tentée de faire valoir la qualification fiscale étrangère de certaines opérations. Pourtant, invoquer une qualification fiscale étrangère ne semble pas pouvoir être un argument recevable. En effet, le droit fiscal dispose de qualifications propres, qui permettent d'appliquer un régime d'imposition. Prenons l'exemple d'un bail commercial. Si le bail porte sur des locaux nus et si le bailleur est une personne physique, les loyers relèvent de la catégorie fiscale des revenus fonciers et non des bénéfices industriels et commerciaux, alors même que le bail a la nature juridique d'un bail commercial⁷. De même, lorsque certaines législations fiscales qualifient d'intérêts des loyers de crédit-bail, c'est une qualification propre au droit fiscal qui vise uniquement à fixer une méthode d'imposition.

Dès lors, dans quelle mesure le droit étranger doit-il être pris en compte pour l'application du droit fiscal français ?

Si la qualification fiscale étrangère est en principe sans incidence sur le traitement fiscal français (I), il en va différemment de la qualification juridique étrangère d'une situation ou d'une opération, qui n'est plus ignorée du juge de l'impôt (II).

I- ABSENCE DE PRISE EN COMPTE DU TRAITEMENT FISCAL ÉTRANGER

Bien que l'absence de pertinence du traitement fiscal étranger ressorte clairement de la jurisprudence du Conseil d'Etat (A), il faut nuancer ce principe en relevant l'influence actuelle de l'OCDE et des institutions européennes qui vont dans le sens d'une certaine prise en compte du droit fiscal étranger par les Etats (B).

A. Position du Conseil d'Etat

Bruno Gouthière relève qu'au vu de la jurisprudence du Conseil d'Etat, « *la qualification fiscale donnée par l'autre Etat à un revenu ou à une activité est sans incidence sur la manière dont le juge de l'impôt qualifiera lui-même ce revenu ou cette activité* »⁸. En d'autres termes, en cas de divergence entre la qualification fiscale étrangère et la qualification fiscale française d'une opération, cette dernière doit prévaloir.

Le Conseil d'Etat a fait application de ce principe dès 1965 dans un arrêt⁹ rendu à propos de l'ancienne convention fiscale franco-belge. Des revenus encaissés par une société française étaient qualifiés de redevances par l'administration belge, tandis que l'administration française les qualifiait de revenus de capitaux mobiliers. Le juge a affirmé que l'administration française n'était pas tenue par la qualification étrangère.

Dans l'arrêt Malet¹⁰, l'affaire soumise au Conseil d'Etat reposait sur une divergence de qualification fiscale entre la France et les Etats-Unis. Un résident français avait perçu des jetons de présence d'une société américaine. Les jetons de présence n'étant visés par aucun des articles de la convention franco-américaine alors applicable, ils relevaient

5 D. Gutmann, « Le juge fiscal et la loi étrangère », *Regards critiques et perspectives sur le droit et la fiscalité*, LGDJ, 2005, p. 191 et suivantes.

6 CE, 8ème et 3ème s-s., 7 septembre 2009, n° 303560, *SNC immobilière GSE* : RJF, 12/09, concl. L. Olléon, BDCF, 12/09.

7 C. Frionnet et S. Némarq, « Bail commercial : une qualification fiscale autonome », *Option Finance*, 3 juin 2013.

8 B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, Éditions Francis Lefebvre, 9ème édition, 2012, n° 10680.

9 CE, 8e s-s., 10 février 1965, n°59660.

10 CE, 7e et 8e s-s., 26 février 1992, n°83461 : RJF, 4/92, n°534.

FISCALITÉ INTERNATIONALE

de la « *clause balai* » qui prévoyait l'imposition dans l'Etat de la source, en l'espèce les Etats-Unis. Or, l'article relatif à l'élimination de la double imposition prévoyait que les revenus imposables aux Etats-Unis en vertu de la Convention étaient exonérés de toute imposition en France. Selon ce raisonnement, les jetons de présence se trouvaient exonérés en France. Toutefois l'administration française a cru pouvoir se fonder sur le traitement fiscal américain des jetons de présence pour exclure cette exonération.

En effet, l'administration fiscale américaine a estimé que les jetons de présence perçus par Monsieur Malet relevaient de la catégorie des revenus des professions indépendantes. Or la convention prévoyait que ces revenus n'étaient imposables aux Etats-Unis que si leur bénéficiaire y avait séjourné au moins 183 jours. Dès lors, l'Administration fiscale américaine n'avait soumis les jetons de présence à aucune imposition. L'Administration française a dû « *trouver exagéré* », selon les termes du Commissaire du Gouvernement Olivier Fouquet, que la situation du contribuable aboutisse à une absence totale d'imposition.

Allant dans ce sens, le tribunal administratif de Paris a jugé dans son jugement que la « *clause balai* » n'était pas applicable aux jetons de présence dès lors que ceux-ci étaient exonérés aux Etats-Unis. Il en a conclu que les jetons étaient imposables en France. En annulant ce jugement, le Conseil d'Etat réaffirme le principe d'autonomie de l'interprétation fiscale française. La circonstance qu'un revenu soit exonéré d'impôt à l'étranger ne permet en aucun cas de justifier son imposition en France.

Cette affaire illustre la manière dont se créent potentiellement des situations de double non-imposition en raison de l'absence de prise en compte du traitement fiscal étranger. L'administration fiscale affiche une aversion de plus en plus forte pour ces combinaisons entre déduction en France et

non-imposition à l'étranger. Dans cette optique, elle voit dans l'arrêt du Conseil d'Etat SNC Immobilière GSE que nous analyserons infra, un fondement lui permettant d'appréhender le traitement fiscal étranger d'une opération pour apprécier son traitement fiscal français. Ainsi, dans le cadre de nouveaux redressements, elle remet en cause la déductibilité de subventions ou abandons de créances en invoquant le droit qui leur est appliqué à l'étranger. Cette interprétation de la jurisprudence SNC Immobilière GSE nous paraît erronée dans la mesure où elle fait abstraction de la distinction entre qualification fiscale étrangère et qualification juridique étrangère, pourtant essentielle.

C'est d'ailleurs dans ce sens que s'est prononcé le tribunal administratif dans une récente affaire société LVMH¹¹. En l'espèce, l'administration a contesté la déduction d'un abandon de créance consenti par une société française à sa filiale américaine. La filiale avait en effet comptabilisé l'abandon de créance comme une dotation en capital. Cet abandon a donc été traité fiscalement comme un apport par l'administration fiscale américaine. L'administration française a considéré que compte tenu de ce traitement comptable et fiscal étranger, l'aide devait être traitée chez la société mère comme un apport, non déductible. Mais le tribunal administratif a donné tort à l'administration. L'absence d'attribution de droits sociaux et l'intention de la société mère, révélée par le procès verbal du Conseil d'administration, permettaient d'aboutir à la qualification d'abandon de créance, déductible en vertu du droit fiscal français applicable. Le tribunal a analysé l'opération sur le plan civil pour aboutir à une qualification fiscale. Le traitement fiscal retenu aux Etats-Unis n'a eu aucune incidence sur le raisonnement du juge. Il faut toutefois relativiser la portée de cette décision qui n'est qu'un jugement de première instance et noter qu'un pourvoi a été formé devant la cour administrative d'appel de Versailles.

11 TA Montreuil, 1ère ch., 3 janv. 2013, n° 1200562, *Sté LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton* : note D. Gutmann, « Abandon de créance à une filiale étrangère : quel statut pour la loi fiscale étrangère ? », *Droit fiscal*, n°29, 18 juillet 2013, comm. 381.

Par ailleurs, pour lutter de plus en plus fermement contre les situations de « *double-dip* », l'administration a recours à la procédure de l'abus de droit à l'encontre des dispositifs hybrides. Un haut représentant de l'administration donne sa position sur les produits financiers hybrides dans les termes suivants : « *Cette asymétrie est fondée sur la différence de qualification entre les législations financières, fiscales et comptables. Ces montages sophistiqués peuvent être remis en cause sur le terrain de la fraude à la loi. Ce qui nécessite pour l'administration de démontrer l'artificialité du montage et le but exclusivement fiscal* »¹². Or, dans le cadre de certains redressements, l'administration semble considérer que le caractère « exclusivement fiscal » des opérations est démontré par le traitement fiscal étranger¹³. Elle « *semble désormais évoluer vers une remise en cause de certaines opérations essentiellement sur la base d'un traitement différent en France et à l'étranger* »¹⁴, ce qui est pourtant contraire à la jurisprudence du Conseil d'Etat.

A cet égard, il est intéressant de relever que la Cour suprême néerlandaise¹⁵ s'attache comme le Conseil d'Etat français à la qualification juridique et fiscale d'un instrument financier pour déterminer son imposition¹⁶.

B. Un contexte international favorable à la prise en compte du droit fiscal étranger sous l'impulsion de l'OCDE et des institutions européennes

Plusieurs commentaires du modèle OCDE de convention fiscale recommandent aux Etats une prise en considération du droit de l'Etat cocontractant.

Ainsi, selon les commentaires des articles 23 A et 23 B, lorsque le droit interne de l'Etat de la résidence conduit à l'application de dispositions de la convention différentes de celles qu'applique l'Etat de la source, l'Etat de la résidence doit néanmoins accepter la qualification de l'Etat de la source et accorder en conséquence une exonération ou un crédit d'impôt pour éviter la double imposition, ou taxer pour éviter la double non-imposition¹⁷.

Illustrons ce point par un exemple¹⁸. Une société de personnes établie dans un État E exerce une activité économique dans cet État par l'intermédiaire d'un établissement stable. Un associé, résident d'un État R, cède sa participation dans cette société de personnes. L'État E traite la société de personnes comme transparente fiscalement. Il considère donc que la cession de la participation dans la société

12 O. Siviude et P. Cahanin, « Les transactions financières au crible des prix de transfert », *La lettre du Trésorier*, n°288, février 2012, p. 16.

13 D. Gutmann, « Les structures hybrides sont à la mode en fiscalité », *Option Finance*, 16 avril 2012, p. 20 et s.

14 Ibidem.

15 Cour Suprême néerlandaise, 7 février 2014, nr. 12/03540.

16 P. Geelen, M. Oudemans, P. Fumenier, « Focus : Traitement fiscal de certains instruments hybrides aux Pays-Bas », *La lettre de la Société d'Avocats Taj*, n°68, mars 2014 : « En France on sait que les vérificateurs n'hésitent pas à mettre en oeuvre la procédure de répression des abus de droit pour requalifier certaines opérations financières ou à s'opposer à l'application d'un régime favorable au motif qu'il ne serait pas cohérent avec le traitement fiscal de la contrepartie à l'opération. La décision du juge néerlandais est intéressante en ce qu'elle confirme que dans un Etat de droit, l'administration ne peut pas, pour les seuls besoins de l'établissement de l'impôt, écarter la qualification juridique d'un instrument financier si la loi fiscale n'en dispose pas spécifiquement ».

17 OCDE, Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune, version 2010, article 32.3 : « Lorsque, en raison de différences entre les droits internes de l'État de la source et de l'État de la résidence, le premier applique à un élément particulier de revenu ou de fortune, des dispositions de la Convention différentes de celles qu'auraient appliquées l'État de la résidence au même élément, le revenu n'en reste pas moins imposé conformément aux dispositions de la Convention telles que les interprète et les applique l'État de la source. Dans un cas de ce genre, les deux articles requièrent donc que l'État de la résidence accorde un allègement de la double imposition en dépit du conflit de qualification résultant de ces différences entre les droits internes ». Voir également : J.-P. Le Gall, « L'imposition des revenus immobiliers de source américaine sous l'empire de la convention fiscale du 31 août 1994 », *BF Lefebvre*, 7/2004..

18 OCDE, Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune, version 2010, article 32.4.

FISCALITÉ INTERNATIONALE

de personnes constitue, pour l'application de la convention conclue entre les deux États, l'aliénation des actifs de la société de personnes, aliénation qui peut être imposée par cet État en application des paragraphes 1 ou 2 de l'article 13¹⁹.

L'État R, en revanche, traite la société de personnes comme une entité imposable. Par conséquent, il considère que l'aliénation de sa participation par l'associé est assimilable à une cession d'actions d'une société par actions, aliénation qui, en vertu du paragraphe 5 de l'article 13²⁰, ne peut pas être imposée par l'État E.

Dans ce cas, le conflit de qualification résulte exclusivement de la différence de traitement de sociétés de personnes dans la législation interne des deux États.

Par conséquent, l'État E doit être considéré par l'État R comme ayant imposé la plus-value de cession « conformément aux dispositions de la Convention » pour l'application de l'article 23 A ou de l'article 23 B.

L'État R doit donc accorder une exemption en vertu de l'article 23 A ou un crédit d'impôt en vertu de l'article 23 B en dépit du fait qu'en vertu de son droit interne, il traite la plus-value de cession comme un revenu provenant de la cession d'actions d'une société par actions et que si la définition du revenu par l'État E était conforme à celle de l'État R, ce dernier n'aurait pas à accorder d'allègement au titre de l'article 23 A ou de l'article 23 B.

Notons toutefois que ce commentaire et son exemple ne concernent que les conflits de qualification. Ils ne s'appliquent pas aux conflits d'interprétation de situations de faits ou de dispositions de la convention²¹.

En outre, le commentaire de l'article 13 sur les gains en capital va également dans le sens de la prise en compte du droit fiscal étranger. Il dispose en effet que les États peuvent compléter leur convention pour y prévoir qu'un État ne devra renoncer au droit d'imposer que lui donne sa législation interne que si l'autre État, auquel la Convention attribue le droit d'imposer, exerce effectivement ce droit²².

19 Ibidem, articles 13§1 et 13§2 :

« 1. Les gains qu'un résident d'un État contractant tire de l'aliénation de biens immobiliers visés à l'article 6, et situés dans l'autre État contractant, sont imposables dans cet autre État.

2. Les gains provenant de l'aliénation de biens mobiliers qui font partie de l'actif d'un établissement stable qu'une entreprise d'un État contractant a dans l'autre État contractant, y compris de tels gains provenant de l'aliénation de cet établissement stable (seul ou avec l'ensemble de l'entreprise), sont imposables dans cet autre État ».

20 Ibidem, article 13§5 : « Les gains provenant de l'aliénation de tous biens autres que ceux visés aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont imposables que dans l'État contractant dont le cédant est un résident ».

21 Ibidem, article 32.5 : « Si pour l'application du paragraphe 2 de l'article 13, l'État E considère que la société de personnes a exercé une activité par l'intermédiaire d'une installation fixe d'affaires alors que l'État R soutient qu'il y a lieu d'appliquer le paragraphe 5 parce que la société de personnes n'a pas d'installation fixe d'affaires dans l'État E, le différend porte sur la question de savoir si l'État E a imposé le revenu conformément aux dispositions de la Convention. La même question peut se poser si l'État E, pour l'application du paragraphe 2 de l'article 13, a interprété les mots « qui font partie de l'actif » comme couvrant certains actifs qui ne seraient pas entrés dans le champ d'application de cette disposition selon l'interprétation donnée par l'État R. Ces conflits qui résultent de différences d'interprétation des faits ou des dispositions de la Convention doivent être distingués des conflits de qualification décrits dans le paragraphe ci-dessus qui résultent non pas de différences d'interprétation de dispositions de la Convention mais de différences entre les législations internes. Dans le premier cas, l'État de la résidence peut soutenir que l'État de la source n'a pas appliqué son impôt conformément aux dispositions de la Convention si cette application a été basée sur ce que l'État de la résidence considère comme une interprétation erronée des faits ou de la Convention. Les États devraient utiliser les dispositions de l'article 25 (procédure amiable), et en particulier de son paragraphe 3, pour résoudre les conflits de ce type lorsque les différences d'approche conduiraient à une double imposition ».

Voir également : J.-P. Le Gall, « L'imposition des revenus immobiliers de source américaine sous l'empire de la convention fiscale du 31 août 1994 », BF Lefebvre, 7/2004.

22 OCDE, Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune, version 2010, article 21 : « Puisque tous les États n'imposent pas les gains en capital, il peut paraître justifié de n'éviter que la double imposition effective des gains en capital. En conséquence, les États contractants ont toute latitude pour compléter leurs conventions bilatérales, de sorte qu'un État ne devra renoncer aux droits d'imposer que lui donne sa législation interne que si l'autre État, autorisé à imposer en vertu de la Convention, exerce effectivement son droit. Dans un tel cas, le paragraphe 5 de l'article devrait être complété en conséquence. L'article 23 A devrait en outre être complété comme l'indique le paragraphe 35 des Commentaires sur l'article 23 A ».

La Cour de Justice de l'Union européenne apporte également sa pierre à l'édifice. Dans son arrêt *Marks & Spencer*, elle introduit en droit européen l'obligation pour l'Etat de résidence d'une société mère de tenir compte des pertes réalisées par sa filiale établie dans un autre Etat membre dès lors que celles-ci sont « définitives »²³. Or, pour juger du caractère définitif d'une perte étrangère, le juge de l'impôt doit nécessairement examiner le contenu du droit fiscal étranger. Il en résulte que le traitement fiscal d'une perte dans un Etat membre dépend du droit fiscal étranger applicable à cette perte dans un autre Etat membre.

Cet arrêt n'a jamais été commenté par l'administration fiscale française et son application pratique reste extrêmement délicate.

Enfin, l'absence d'harmonisation des qualifications fiscales est une préoccupation majeure de l'OCDE et de la Commission européenne. Dans son rapport sur les dispositifs hybrides²⁴, l'OCDE soutient que « dans un contexte mondialisé où les économies sont de plus en plus intégrées, il est essentiel d'examiner les modalités des interactions entre les différents systèmes fiscaux ». L'organisation encourage les Etats à adopter des règles refusant le bénéfice de certains dispositifs hybrides. « L'idée directrice de toutes ces règles est de rattacher le régime fiscal national d'une entité, d'un instrument ou d'un transfert faisant intervenir un pays étranger au régime fiscal applicable dans ce pays étranger »²⁵. La Commission européenne s'est attaquée au même chantier en lançant en 2012 une consultation publique sur la « double non-imposition transfrontalière des entreprises »²⁶.

En s'inspirant des travaux de l'OCDE et de la Commission européenne, il serait techniquement envisageable, pour l'avenir, que des Etats introduisent dans leurs conventions fiscales un principe selon lequel les qualifications fiscales d'un Etat contractant s'imposent à l'autre²⁷. La solution retenue dans l'affaire société LVMH se trouverait alors inversée.

II- PRISE EN COMPTE DE LA QUALIFICATION JURIDIQUE ÉTRANGÈRE

L'arrêt SNC Immobilière GSE²⁸, dont la portée pratique est très importante (B), consacre un principe de prise en compte des qualifications juridiques étrangères qui n'est pas entièrement nouveau (A).

A. La jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat

Deux degrés de prise en compte du droit étranger peuvent être mis en évidence dans la jurisprudence du Conseil d'Etat²⁹.

Le juge peut prendre en compte le droit étranger pour permettre l'imposition en France. Ainsi, pour considérer qu'une personne morale étrangère est susceptible d'être imposée en France, le juge doit nécessairement examiner le statut qui lui est donné par le droit étranger. L'objectif de la démarche consiste seulement à trouver à cette entité une qualification en droit français.

Ainsi, le Conseil d'Etat, pour imposer en France les Anstalt du Liechtenstein, a analysé leur régime juridique et en a déduit que la catégorie juridique

23 CJCE, 13 décembre 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*.

24 OCDE, « Dispositifs hybrides : questions de politique et de discipline fiscales », mars 2012.

25 *Ibidem*.

26 Titre de la consultation : « Demande de contributions sur des exemples concrets de double non-imposition et sur les moyens de remédier à ce phénomène » ; période de consultation : 29 février 2012 – 30 mai 2012.

27 D. Gutmann, « Abandon de créance à une filiale étrangère : quel statut pour la loi fiscale étrangère ? », *Droit fiscal*, n°29, 18 juillet 2013, comm. 381.

28 CE, 8ème et 3ème s-s., 7 septembre 2009, n° 303560, SNC immobilière GSE : RJF, 12/09, concl. L. Olléon, BDCF, 12/09.

29 O. Fouquet, « Pour qualifier un acte anormal de gestion au sens du droit fiscal français le juge peut se fonder sur les dispositions d'un droit des sociétés étranger », *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 4/09, décembre 2009, p. 818.

FISCALITÉ INTERNATIONALE

à laquelle il était possible de les assimiler était celle des sociétés anonymes françaises, d'où leur imposition à l'impôt sur les sociétés³⁰.

Cette approche du droit étranger par le Conseil d'Etat a été confirmée par un arrêt Andritz³¹. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si la clause de non discrimination de la convention franco-autrichienne faisait obstacle à ce que deux filiales françaises, l'une d'une société mère française, l'autre d'une société mère autrichienne, soient soumises à deux régimes différents de sous-capitalisation. Le Conseil d'Etat pour mettre en oeuvre la clause de non discrimination qui ne peut jouer qu'à l'égard de situations comparables, a dû vérifier quel était exactement le régime juridique de la société anonyme de droit autrichien. Il a déduit de son examen que la société anonyme autrichienne, « si elle avait exercé son activité en France, aurait, compte tenu de sa forme et de la nature de son activité, été soumise à l'impôt sur les sociétés ».

Le juge peut également et de manière plus originale prendre en compte le droit étranger à des fins de cohérence juridique. Le juge de l'impôt français se réfère fréquemment, pour qualifier une situation donnée, au droit civil, au droit commercial, ou au droit comptable français. Il peut donc, par un raisonnement préalable similaire, se référer à des droits étrangers.

C'est précisément ce que fait le Conseil d'Etat dans l'arrêt Diebold Courtage³². En l'espèce, des loyers payés par la société française Diebold Courtage à une société en commandite néerlandaise entraient dans le champ de la retenue à la source française.

Toutefois, la convention fiscale franco-hollandaise exonérait ces paiements de retenue à la source, à condition qu'ils soient versés à un résident hollandais. En vertu du droit des sociétés et du

droit fiscal hollandais, la société en commandite néerlandaise est une société de personne dépourvue de personnalité juridique et transparente fiscalement. Dès lors, elle n'est pas soumise à l'impôt et ne peut être qualifiée de résidente des Pays-Bas.

L'administration française en a déduit que les paiements devaient être soumis à la retenue à la source française. Néanmoins, pour juger que l'exonération de retenue à la source était applicable, le Conseil d'Etat a été jusqu'au bout de l'analyse et a examiné la situation des associés pour lesquels il a constaté qu'ils étaient résidents des Pays-Bas. Le juge a donc pris en compte le droit hollandais. Selon Olivier Fouquet³³, il a pris en considération la transparence de la société en commandite hollandaise, plutôt que de chercher à l'assimiler « de force » à une société en commandite française.

Certains auteurs ont alors considéré que le Conseil d'Etat avait seulement fait application de la notion de « *bénéficiaire effectif* » et n'avait pas cherché à s'appuyer sur le droit hollandais. Mais l'analyse menée par le juge dans sa jurisprudence ultérieure démontre que cet arrêt était certainement la première démonstration d'une approche nouvelle du droit étranger.

En 2002, est rendu le célèbre arrêt Superseal³⁴. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a examiné le contenu du droit canadien applicable à la dissolution d'une société canadienne qui avait pour unique actionnaire une autre société du même pays. La société dissoute détenait des biens immobiliers situés en France. Constatant que le droit canadien reconnaît un effet translatif de propriété à la dissolution de société, le juge a qualifié l'opération de cession au sens du droit français. Cette qualification de cession rendait applicable l'article 6 de la convention franco-canadienne relatif

30 CE, 7ème et 8ème s-s., 24 février 1986, n°54253-54256 : RJF, 4/86, n°353.

31 CE, 8ème s-s., 30 décembre 2003, n°233894, SA Andritz : RJF, 03/04, n°238, chron. L. Olléon, RFJ, 2/04, p. 83.

32 CE, 13 octobre 1999, n°191191, SA Diebold Courtage : RJF, 12/99 n°1492, chron. E. Mignon, p. 931, concl. G. Bachelier, BDCF, 12/99, obs. O. Fouquet, Rev. Administrative, 2000, n°315, p. 264.

33 Obs. O. Fouquet, Rev. Administrative, 2000, n°315, p. 264, précitée.

34 CE, 9ème et 10ème s-s., 27 mai 2002, n° 125959, Société Superseal Corporation : JurisData n° 2002-080152, Droit fiscal, n°40, 2 octobre 2002, comm. 750, RJF, 8-9/2002, n° 900, concl. G. Goulard, BDCF, 8-9/2002, n° 104.

FISCALITÉ INTERNATIONALE

aux bénéficiaires provenant de l'aliénation de biens immobiliers.

Le Conseil d'Etat en a déduit que la plus-value réalisée était imposable en France. Selon les termes du Commissaire du Gouvernement Guillaume Goulard, « *il s'agit de comprendre la nature juridique d'une opération réalisée selon le droit d'un autre Etat, afin de lui appliquer une qualification propre au droit fiscal français, dans ses composantes conventionnelle et législative* ». Il ajoute que « *les caractéristiques de l'opération doivent être appréciées selon le droit des sociétés où l'opération a été menée (...) et (...) la qualification doit être opérée selon le droit fiscal de l'Etat d'imposition* ».

B- L'ARRÊT SNC IMMOBILIÈRE GSE ET SES APPLICATIONS PRATIQUES

L'arrêt SNC Immobilière GSE peut être considéré comme la consécration du fait que le Conseil d'Etat prenne en compte le droit étranger. Au-delà de la qualification adoptée par le droit étranger, une interdiction posée par le droit étranger doit être prise en compte par le juge de l'impôt français.

En l'espèce, le droit des sociétés portugais prévoyait la possibilité de recourir à des apports de fonds propres par les associés sous la forme de versements de fonds dénommés « *versements supplémentaires* » (article 210 du code des sociétés portugais). En quoi consistent ces « *versements supplémentaires* » inconnus du droit français ? Ils figurent au bilan parmi les capitaux propres. A la différence des apports en capital, ils ne se traduisent pas par l'attribution de parts sociales. A la différence des emprunts, ils ne peuvent être rémunérés par des intérêts et sont prévus par les statuts.

Dans cette affaire, la société française Immobilière GSE a consenti des « *versements supplémentaires* » à ses filiales portugaises. Afin de financer l'opération, elle a souscrit des emprunts bancaires, et déduit les intérêts versés aux banques de son résultat fiscal. L'administration fiscale, en considérant ces versements comme des « *avances sans intérêts* », a

réintégré les intérêts non réclamés sur le fondement de l'acte anormal de gestion. Ce raisonnement revenait à refuser de tenir compte du droit des sociétés portugais.

La question qui nous intéresse est alors soulevée : les contraintes imposées par le droit des sociétés portugais devaient-elles être prises en compte pour apprécier l'opération au regard du droit fiscal français ?

Le Conseil d'Etat apporte une réponse positive à cette question en statuant en faveur du contribuable. Il prend en compte le droit étranger à deux titres. D'une part, il juge que la qualification d'« *avances* » est erronée. Selon le rapporteur public Laurent Olléon, il ne fait aucun doute qu'au regard du droit portugais, les versements supplémentaires ne présentent pas le caractère d'avances mais de fonds propres. Il affirme qu'« *il est impossible de faire abstraction du droit étranger* », et qu'« *il paraîtrait absurde de faire litière d'un droit étranger qui qualifie expressément de fonds propres une certaine catégorie de versements quand il s'agit de déterminer si, pour l'application de la loi fiscale française, il faut regarder ces versements comme des avances ou comme des fonds propres* ».

Le Conseil d'Etat retient la qualification juridique d'apports, en analysant le droit des sociétés portugais comme il aurait analysé le droit des sociétés français, et en tire des conséquences fiscales. D'autre part, il juge que l'absence de refacturation aux filiales des intérêts de l'emprunt contracté par la mère ne peut constituer un acte anormal de gestion, étant donné que le droit des sociétés portugais prohibe le paiement de tels intérêts.

Notons qu'un an plus tard la cour administrative d'appel de Paris rend une décision parfaitement similaire dans une affaire concernant également des « *versements supplémentaires* », accordés cette fois à une filiale allemande³⁵.

Ces arrêts marquent une avancée vers une plus forte prise en compte du droit étranger en droit fiscal,

35 CAA Paris, 2 novembre 2010, n° 09PA0137, Société Stallergènes.

FISCALITÉ INTERNATIONALE

en particulier s'agissant de l'appréciation de l'acte anormal de gestion. Il est désormais clair que cette appréciation ne s'arrête pas aux frontières françaises. L'administration n'est pas fondée à considérer qu'une entreprise a commis un acte anormal de gestion alors qu'elle s'est bornée à appliquer une législation étrangère. Selon Bruno Gouthière, les conséquences de l'arrêt SNC Immobilière GSE devraient être tirées aussi bien lorsqu'une législation étrangère pose une interdiction que lorsqu'elle crée une obligation. En revanche, il serait sans incidence lorsqu'une législation étrangère ouvre une simple faculté³⁶.

Cette analyse nous paraît un peu tranchée et il nous semble qu'elle devrait être tempérée. En effet, une faculté donnée à une société peut emporter des conséquences définitives. Par ailleurs, quand bien même l'option serait révocable, ses conséquences emporteraient des conséquences juridiques, comptables et donc fiscales qui pourraient influencer sur le traitement fiscal français.

La jurisprudence SNC Immobilière GSE permet d'anticiper des applications pratiques intéressantes pour les entreprises. L'idée est, pour le contribuable, de se prévaloir du droit étranger pour justifier une opération auprès de l'administration. Prenons l'hypothèse fréquente d'une société qui envisage de liquider une de ses filiales selon la procédure amiable.

Dans la mesure où cette filiale serait établie en France, le droit français impose d'apurer toutes les dettes, y compris les dettes envers les associés en cas de liquidation amiable. Dès lors, si la société détient une créance en compte courant sur une filiale, cette créance doit être apurée. Avant la

deuxième loi de finances rectificative pour 2012, deux options s'ouvraient à la société mère dans une telle hypothèse. D'une part, elle pouvait consentir un abandon de créance à caractère financier à sa filiale, qui était déductible sous certaines conditions. D'autre part, elle pouvait lui consentir un apport en capital, puis constater une moins-value à court terme au moment de l'annulation des titres consécutive à la liquidation. Cette moins-value était également déductible.

Mais la deuxième loi de finances rectificative pour 2012 interdit la déduction, d'une part des abandons de créance à caractère financier, sous réserve de certaines exceptions³⁷, et d'autre part, de la moins-value à court terme réalisée à l'occasion d'une cession de titres de participation moins de deux ans après une augmentation de capital³⁸. Il convient de noter que l'article 39 quaterdecies 2 bis vise les « *cessions* ». Or, le BoFip n'apporte pas à ce jour de commentaire précisant ce qu'il convient d'entendre par « *cession* » pour l'application de cette disposition. Toutefois, il est fort probable que le terme de « *cession* » recouvre « *toute sortie de bilan* », et notamment l'annulation de titres. Dès lors, la déduction chez la société mère de cette perte sur compte courant ne semble plus possible.

Si la filiale est établie à l'étranger, et que le droit des sociétés local prévoit la liquidation amiable d'une société pour insuffisance d'actif lorsqu'il ne subsiste qu'une dette d'associé au passif de son bilan. La société mère française pourrait alors, sur la base de l'arrêt SNC Immobilière GSE, opposer le droit étranger à l'administration, pour soutenir qu'elle a subi une perte sur créance irrécouvrable. Cette perte serait alors déductible en France.

36 B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales* : Éditions Francis Lefebvre, 9e édition, 2012, n° 10690.

37 Article 39,13 du CGI :

« Sont exclues des charges déductibles pour l'établissement de l'impôt les aides de toute nature consenties à une autre entreprise, à l'exception des aides à caractère commercial.

Le premier alinéa ne s'applique pas aux aides consenties en application d'un accord constaté ou homologué dans les conditions prévues à l'article L. 611-8 du code de commerce ni aux aides consenties aux entreprises pour lesquelles une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte. (...) ».

38 Seconde loi de finances rectificative pour 2012, article 18 – article 39 quaterdecies 2 bis du CGI : « La moins-value résultant de la cession, moins de deux ans après leur émission, de titres de participation acquis en contrepartie d'un apport réalisé et dont la valeur réelle à la date de leur émission est inférieure à leur valeur d'inscription en comptabilité n'est pas déductible, dans la limite du montant résultant de la différence entre la valeur d'inscription en comptabilité desdits titres et leur valeur réelle à la date de leur émission ».

FISCALITÉ INTERNATIONALE

D'autres applications pourraient encore être imaginées par les sociétés françaises dès lors que le droit local de leurs filiales pose des obligations ou interdictions qui peuvent leur être favorables.

La prise en compte du droit étranger pour la détermination de l'impôt est un sujet qui devrait

se développer dans les années à venir et il semble certain que le législateur, sous l'impulsion de l'administration fiscale française, tente d'en limiter les effets comme cela a été le cas pour la nouvelle rédaction de l'article 212-lb relatif notamment aux hybrides mais dont l'application est bien plus large.

LE BEPS, UN PRODUIT HYBRIDE ?

Jessica SELLEM, *Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris-Dauphine*

Bruno KNADJIAN, *Avocat, Hogan Lovells LLP*

Au travers du BEPS, l'OCDE a été à l'initiative d'une réflexion sur les schémas d'optimisation fiscale dont les dispositifs hybrides pour lesquels certains pays membres de l'OCDE et en particulier la France ont commencé à y répondre partiellement...

L'érosion de la base d'imposition des Etats et le transfert de bénéfices qui y est lié («**BEPS**» - Base Erosion Profit Shifting) sont les sujets au cœur de l'actualité fiscale. Ce projet de réflexion et d'action, porté par l'OCDE depuis juillet 2013, vise à lutter contre l'érosion des bases fiscales des Etats. Le BEPS est né officiellement des déclarations des dirigeants du G20 lors d'une réunion tenue à Mexico les 18 et 19 juin 2012 ; il traite des méthodes d'optimisation fiscale et non de la fraude fiscale. A la suite de la crise financière, les Etats ont pris conscience de la nécessité de rétablir au plus vite leur équilibre budgétaire. Ils ont réalisé que les entreprises avaient recours, en toute légalité, à des schémas d'optimisation fiscale qui leur permettaient d'échapper, en totalité ou presque, à l'impôt. Ils ont alors pu constater que la législation fiscale n'avait pas évolué au même rythme que l'économie mondiale ce qui a conduit à la mise en oeuvre de pratiques nuisant à l'intégrité fiscale tout en créant des comportements anticoncurrentiels entre les Etats.

Le projet BEPS a été porté par les représentants du G20 qui ont fait appel à l'OCDE pour y aboutir. L'OCDE a été vue comme l'organisation idéale pour assurer une coordination entre les politiques nationales fiscales. Elle a permis de regrouper, non seulement ses membres mais également des pays

non membres (par exemple l'Argentine, le Brésil, la Chine, l'Inde et la Russie) autour d'un projet unique. Le projet de l'OCDE et son calendrier ont été validés en juillet 2013 à Moscou par les ministres des Finances constitutifs du G20. Ces actions s'étalent sur deux ans avec trois échéances, dont la première en septembre 2014 et les deux suivantes en septembre 2015 et décembre 2015.

Le projet BEPS prévoit quinze actions concrètes regroupées autour de trois thèmes différents : la cohérence fiscale, la substance économique et enfin la transparence. Les recommandations du BEPS seront à caractère non contraignant, à savoir des règles de droit non obligatoires¹.

Un des principaux axes traités par les membres de l'OCDE dans le cadre du BEPS est celui des produits hybrides. Ils sont définis comme des « *dispositifs exploitants les différences d'instruments, d'entités ou de transferts du régime fiscal entre deux ou plusieurs pays* »². La spécificité des produits hybrides est qu'ils permettent d'obtenir un avantage fiscal considérable pour les entreprises utilisatrices tout en créant d'importantes pertes de recettes fiscales pour les Etats.

Certains pays ont pris de l'avance sur les mesures du BEPS et ont commencé à introduire dès à présent dans leur politique nationale des mesures pour

1 OCDE - Fiscalité, *À propos de BEPS*.

2 Dispositifs hybrides : questions de politique et de discipline fiscales, *OCDE, mars 2012*.

lutter contre les dispositifs hybrides. C'est le cas de la France qui, inspirée par les actions du BEPS, a pris des mesures relatives aux instruments hybrides dans la loi de Finances 2014³. Les produits hybrides sont devenus une cause fiscale importante non seulement au niveau national mais également au niveau international.

L'OCDE a été la première à s'engager dans la lutte contre les produits hybrides par le biais de son programme BEPS (I.) avant d'être suivie récemment par la France qui a aménagé son cadre légal au travers de la loi de Finances 2014 (II.).

I- LA LUTTE CONTRE LES PRODUITS HYBRIDES PAR L'OCDE À TRAVERS LE BEPS

Les produits hybrides ont été pour la première fois définis par l'OCDE (A.) puis c'est le BEPS qui en a précisé les problématiques tout en envisageant les moyens d'actions des Etats pour y faire face (B.).

A. Classification des dispositifs hybrides

Dans son rapport intitulé « *Dispositifs hybrides : questions de politique et de discipline fiscales* » publié en mars 2012, l'OCDE détermine quatre dispositifs hybrides (instrument hybride, entité hybride, entité à double résidence et transfert d'hybrides). Le travail de l'OCDE est basé davantage sur la compréhension des effets fiscaux de ces produits plutôt que sur leur définition. L'intention de l'OCDE n'est pas de définir précisément ces dispositifs hybrides, mais plutôt de comprendre leurs effets fiscaux. Parmi les dispositifs hybrides, certains permettent d'obtenir une double déduction ou une déduction avec non-inclusion (a) alors que d'autres accordent un crédit d'impôt étranger (b).

a) Dispositifs à effet de double déduction ou de non-inclusion

La première catégorie traite des **instruments hybrides**. Aujourd'hui, aucune définition légale n'est donnée aux instruments hybrides. De plus, malgré leur disparité, aucune classification n'a été proposée

par le législateur. L'OCDE définit les instruments hybrides comme des « *instruments dont le régime fiscal est différent dans les pays concernés, étant le plus souvent considérés comme titres de dette dans un pays et comme titres de participation dans un autre* ».

Les prêts participatifs, les obligations convertibles en actions, les obligations remboursables en actions, les actions de préférence ou encore les titres subordonnés à durée de vie indéterminée sont des exemples d'instruments hybrides. Cette liste n'est pas exhaustive et aujourd'hui la seule limite aux types d'instruments hybrides est l'imagination des financiers.

Les produits hybrides présentent d'abord des avantages financiers mais aussi et surtout des avantages fiscaux.

Ils ont une place importante dans le financement des entreprises. Pour se financer aujourd'hui une entreprise peut soit avoir recours au capital, soit s'endetter. Mais elle peut également avoir recours aux financements hybrides. Les instruments d'endettement hybrides sont généralement des dettes avec des caractéristiques qui diffèrent de celles de la dette classique.

L'avantage fiscal procuré par les instruments hybrides est la déduction avec une non imposition ou une imposition très faible. Prenons l'exemple d'une société d'un pays A qui est financée par une société d'un pays B. L'instrument de financement correspond à un titre de participation dans le pays B alors qu'il est analysé comme un titre de dette dans le pays A. Pour la société A, les versements d'intérêts sont déductibles alors que dans le pays B ils sont considérés comme des dividendes et sont donc faiblement imposés (grâce au régime mère-fille) ou non imposés.

La deuxième catégorie de dispositifs hybrides est celle des **entités hybrides**. Les entités hybrides confèrent une double déduction ou une déduction avec non-inclusion. La caractéristique d'une entité hybride est qu'elle a une double facette : elle

3 Loi n°2013-1278 du 29 décembre 2013 de Finances pour 2014.

FISCALITÉ INTERNATIONALE

est opaque dans un pays et transparente dans un autre. Les impositions et les déductions sont constatées au niveau des membres pour les sociétés transparentes. L'entité hybride bénéficiera alors de deux traitements fiscaux différents d'un pays à l'autre.

Prenons un exemple pour illustrer le fonctionnement des entités hybrides : une société mère établie dans un pays A a une société d'exploitation dans un pays B. Une entité hybride est intercalée entre la société A et la société B ; ainsi la société A détient une participation majoritaire dans l'entité hybride et cette dernière détient une forte participation dans l'entité B. Cette entité hybride est transparente dans le pays A alors qu'elle est opaque dans le pays B. D'autre part, une intégration fiscale est mise en place entre l'entité hybride et l'entité B. L'entité hybride va avoir recours à un prêt auprès d'une banque ou d'une tierce partie. Les intérêts de ce prêt seront déductibles et pourront être imputés aux résultats de l'entité B du fait de l'intégration fiscale mise en place. Dans le pays A, la déduction des intérêts se fera au niveau de la société A. Il y aura donc « *deux déductions pour la même obligation contractuelle dans deux pays différents* »⁴.

Si l'entité hybride a recours à un prêt auprès de l'entreprise du pays A, alors l'avantage fiscal sera une déduction et une non-inclusion. Comme l'entité hybride est transparente dans le pays A l'emprunt fait par l'entité A à l'entité hybride n'est pas pris en compte dans le pays A. Les intérêts de l'emprunt sont tout de même déductibles dans le pays B où l'entité hybride est opaque. De plus les intérêts pourront être déduits des bénéfices générés par l'entreprise B du fait du régime d'intégration fiscale.

La troisième catégorie est celle des **entités à double résidence**. L'entité à double résidence fiscale permet d'obtenir le même traitement fiscal que l'entité hybride.

b) Dispositif permettant l'obtention d'un crédit d'impôt étranger

Le dernier type de dispositif hybride est celui des **transferts d'hybrides**. Il permet d'obtenir comme avantage fiscal l'utilisation d'un crédit d'impôt étranger. On retrouve le transfert d'hybride dans un contexte de recherche de financement. Une entité A (pays A) recherche du financement auprès d'une entité B (pays B). Une structure dédiée (SPV) est alors constituée. Le SPV correspond à une entité *ad hoc* qui est créée dans un but précis. Il est financé par A qui reçoit en échange des actions préférentielles de ce dernier.

A conclut avec l'entreprise du pays B une vente avec rachat de ses actions préférentielles dans le SPV. A convient alors avec B qu'elle rachètera ses actions préférentielles du SPV à un prix fixé et à une date convenue. Cette opération permet donc à l'entité A d'obtenir du financement puisqu'elle reçoit des liquidités en échange de la vente de ses actions préférentielles du SPV. Le SPV a comme revenus des intérêts d'obligation et il verse des dividendes à la société du pays B. B obtient un crédit d'impôt pour les impôts payés sur les dividendes distribués par le SPV dans le pays A. Dans le pays A, le contrat de vente est interprété comme un contrat de prêt garanti par le nantissement des actions du SPV. Pour le pays A, le bénéficiaire des dividendes reste la société du pays A. La société A bénéficie également d'un crédit d'impôt ou d'une exonération des dividendes relative aux impôts payés par le SPV pour les dividendes distribués.

Il y a donc une exonération dans le pays A et une imposition dans le pays B mais compensée par l'obtention du crédit d'impôt étranger. On comprend alors que le transfert d'hybride via la conclusion d'un accord de vente et d'achat d'un SPV entre deux sociétés est traité différemment d'un pays à l'autre : « *un pays traite la transaction comme une vente et un rachat de parts tandis que dans l'autre pays la transaction est considérée comme un prêt garantie par la participation dans ce SPV* »⁵.

4 Sénat, rapport de commission d'enquête, « Commission d'enquête sur l'évasion des capitaux et des actifs hors de France et ses incidences fiscales ».

5 Le Petit Juriste, *Dispositifs hybrides : perspectives françaises et étrangères*, déc. 2013, n° 24, page 18.

B. Actions et recommandations proposées par le BEPS

L'action 2 du rapport OCDE « Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices » de juillet 2013 évoque les mesures relatives aux produits hybrides (a). Ce rapport a été suivi par deux projets publiés le 19 mars dernier par l'OCDE avec les recommandations concrètes pour répondre aux attentes de cette action (b).

a) Action relative aux produits hybrides

L'action 2 du BEPS intitulée « *neutraliser les effets des montages hybrides* »⁶ est consacrée aux produits hybrides et propose deux mesures principales pour lutter contre les conséquences de ces derniers. La première mesure concerne des modifications au travers **des dispositions légales nationales** alors que la deuxième mesure planifie des changements du **Modèle de Convention fiscale de l'OCDE**.

L'action 2 du BEPS propose plusieurs modifications possibles des dispositions légales nationales. Sont évoquées la mise en place d'une reconnaissance obligatoire des paiements lorsqu'ils sont déductibles chez le payeur, la non-déduction des intérêts qui ne font pas partie du bénéfice imposable du bénéficiaire ou encore la non-déduction des intérêts lorsqu'ils ont déjà pu être déduits dans un autre pays. Enfin est proposée par l'OCDE la mise en place d'arrangements entre les pays s'ils appliquent ces règles sur la même transaction ou la même structure.

Les modifications prévues dans les conventions auront elles pour objectif de « *faire en sorte que les instruments et entités hybrides (...) ne soient pas utilisés pour obtenir indûment les avantages procurés par les conventions* ».

L'action 2 du BEPS préconise que soient prises en compte les interactions entre les modifications de la législation nationale et celles du Modèle de la Convention fiscale de l'OCDE.

b) Recommandations du BEPS

Le 19 mars 2014, deux projets relatifs à l'action 2 du BEPS ont été publiés par l'OCDE. Le premier projet évoque les arrangements prévus au niveau des législations internes tandis que le deuxième projet s'intéresse aux modifications de la Convention Modèle OCDE. Ces projets sont sujets à consultation publique et un certain nombre de questions est posé aux lecteurs afin d'orienter les éventuelles modifications qui devront être effectuées. L'objectif de ces recommandations est de donner des règles claires, complètes et automatiques qui neutraliseront les avantages fiscaux sans perturber les relations économiques⁷.

Le premier projet proposé par l'OCDE traite de l'ensemble des dispositifs hybrides en rappelant leur fonctionnement et en exposant les recommandations, à structures identiques, apportées.

Pour les **instruments hybrides**, l'OCDE préconise l'instauration d'une règle de liaison. Il est alors proposé la mise en place d'une règle primaire et secondaire, la règle secondaire s'appliquant uniquement si la règle primaire n'est pas suivie.

La règle primaire dit que le payeur ne doit pas déduire les paiements effectués en vertu d'un instrument financier hybride. La règle secondaire, également définie comme une règle défensive, indique que si la déduction a été effectuée par le payeur alors le bénéficiaire devra obligatoirement incorporer dans son résultat imposable le revenu correspondant aux paiements effectués. D'autre part, si la société bénéficiaire des intérêts dispose d'un régime d'exonération des dividendes, une modification de législation interne devra prévoir qu'il sera fait abstraction du régime d'exonération pour le traitement des produits hybrides.

Comme il l'a été exposé les **entités hybrides** peuvent permettre de bénéficier d'une double déduction ou d'une déduction accompagnée d'une non-inclusion.

7 Vidéoconférence sur le BEPS, OCDE, 2 avril 2014.

Deux solutions ont alors été prévues par le projet. Dans les cas de déduction et non-inclusion, il est prévu une règle primaire qui préconise la limitation de la déduction dans le pays de l'entité hybride et une règle secondaire qui prévoit une inclusion dans le bénéfice de l'investisseur d'un revenu financier relatif au prêt. Dans les cas de doubles déductions, la règle primaire concernerait la non-déduction dans le pays de l'entité hybride tandis que la règle secondaire traiterait de la non-déduction au niveau de l'investisseur.

Le projet de l'OCDE propose également des recommandations pour le traitement des **transferts d'hybrides** qui permettent de bénéficier de crédits d'impôt. La recommandation de l'OCDE est que le crédit d'impôt soit limité au revenu net imposable en vertu de l'arrangement.

Ces règles ont pour objectif de recréer la symétrie fiscale existant au niveau domestique mais qui est jusqu'à présent perdue lors de transactions transfrontalières. La structure des recommandations, avec une règle primaire et une règle secondaire, est justifiée par deux raisons : la première est que ce système fonctionnera même si tous les pays ne suivent pas les recommandations du BEPS. La deuxième raison est qu'à l'inverse, ce système permettra d'éviter des doubles déductions et des doubles impositions si tous les pays suivent les règles exposées par l'OCDE⁸.

Le deuxième projet traite des modifications à apporter à la Convention Modèle OCDE. Il est alors proposé d'incorporer un paragraphe supplémentaire à l'article 1 du modèle de la Convention OCDE pour tenir compte des revenus des entités fiscalement transparentes. Les revenus d'une entité, considérée comme fiscalement transparente, seront alors interprétés comme les revenus d'un résident de l'état si la législation interne de l'Etat les traite comme tels.

Les conclusions concernant les produits hybrides devront être rendues en septembre 2014 mais ces recommandations seront susceptibles de subir des modifications d'ici là.

II- IMPACTS DU BEPS SUR LA POLITIQUE FISCALE FRANÇAISE EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LES PRODUITS HYBRIDES

La France fait partie des pays qui n'ont pas attendu les dispositions du BEPS espérées pour septembre 2014 pour introduire dans leur législation nationale un dispositif de lutte contre l'endettement artificiel lié aux produits hybrides. Ce dispositif a été introduit dans la loi de Finances 2014 et a trouvé son origine dans le BEPS⁹ et plus précisément dans les propositions de l'action 2 de ce dernier. L'article 14 du projet de loi de Finances 2014 et finalement l'article 22 de la loi de Finances 2014 ont apporté des modifications à l'article 212 du Code Général des Impôts («CGI»). Les dispositions de cet article sont tout de même différentes, à plusieurs échelles, aux propositions de l'action 2 du BEPS. Cet article a pour objectifs principaux de lutter contre les schémas d'endettement artificiels, contre la déduction d'intérêt de produits hybrides et enfin de lutter contre l'établissement de centrale de trésorerie dans des pays à fiscalité privilégiée (A.). Cependant il existe encore aujourd'hui de nombreuses imprécisions dans cet article et une instruction ministérielle est toujours attendue par les entreprises malgré la consultation publique sur le sujet publiée depuis le 15 avril (B.).

A. Loi de Finances 2014 : Lutte contre l'endettement artificiel par le recours à des produits hybrides

La caractéristique essentielle de ce nouvel article est le conditionnement de la déductibilité des

8 Décisions n° 2013 – 685 DC, Loi de Finances pour 2014, article 22 – *Lutte contre l'optimisation fiscale au titre des produits hybrides et de l'endettement artificiel*, Compte-rendu des débats de la séance publique du 18 octobre 2013.

9 CGI, article 39.12 : « Des liens de dépendance sont réputés exister entre deux entreprises : a-lorsque l'une détient directement ou par personne interposée la majorité du capital social de l'autre ou y exerce en fait le pouvoir de décision ; b- lorsqu'elles sont placées l'une et l'autre, dans les conditions définies au a, sous le contrôle d'une même tierce entreprise ».

FISCALITÉ INTERNATIONALE

intérêts (a) qui sera applicable de façon rétroactive tout en promettant d'importantes recettes fiscales pour la France (b).

a) Conditionnement de la déductibilité des intérêts

L'article 22 de la loi de Finances 2014 prévoit une symétrie d'imposition pour pouvoir procéder à la déduction des charges financières des entreprises liées au sens de l'article 39,12 du CGI¹⁰. Ainsi, pour être déductibles, l'entreprise prêteuse doit désormais démontrer que le prêteur est assujéti « à un impôt sur le revenu ou sur les bénéfices dont le montant est au moins égal au quart de l'impôt sur les bénéfices déterminé dans les conditions de droit commun »¹⁰. Cette disposition a été incorporée au premier paragraphe de l'article 212 du CGI en alinéa b). Pour que les charges financières soient déductibles chez l'emprunteuse, il est alors nécessaire que la société emprunteuse fasse l'objet d'une imposition minimale sur les revenus financiers intrinsèques au prêt. Par ailleurs, il faudra vérifier que la société prêteuse soit uniquement imposable sur ces revenus. Il se peut alors qu'elle ne soit pas imposée du fait d'un résultat déficitaire de l'entité ou de l'appartenance à un groupe d'intégration fiscale. La condition d'imposition minimale devra être appréciée sur l'exercice en cours de la société prêteuse et les intérêts non déductibles le seront définitivement. Enfin, cet article prévoit un renversement de la charge de la preuve puisque ce sera à l'entreprise de démontrer sur la demande de l'administration que les intérêts sont imposés au moins à 8,33% chez la prêteuse.

Une des caractéristiques de cette disposition est qu'elle touche un périmètre géographique très important de sociétés. Le dispositif s'applique de la même manière pour les sociétés prêteuses résidentes en France ou non. Les parlementaires préconisent cette application pour respecter le droit de l'Union Européenne et plus précisément la liberté d'établissement des sociétés prêteuses. Ils ont voulu prendre les précautions nécessaires pour

éviter que cet article n'aille à l'encontre des libertés fondamentales garanties par le droit de l'Union Européenne¹¹. En France, les jeunes entreprises innovantes (JEI) exonérées d'impôt sur les sociétés contraindraient la société emprunteuse à ne pas déduire les intérêts financiers afférents au prêt. La situation pourrait également se produire pour les sociétés dans des zones défavorisées (Zone Franche Urbaine ou Zone de Revitalisation Rurale) ou encore des entreprises nouvelles. Le dispositif est alors étendu aux optimisations non intentionnelles. Il est à noter que même si ces dispositions ne constituent pas de discriminations directes, il y a un risque que la Commission Européenne demande la suppression de ce dispositif en cas de constat de discriminations indirectes. Il peut en effet découler des discriminations si ce dispositif s'applique de manière plus importante aux situations transfrontalières qu'aux situations internes.

Contrairement aux propositions de l'OCDE, l'article 22 de la loi de Finances 2014 a été mis en place par le législateur pour lutter uniquement contre les instruments hybrides. Le législateur français ne cherchait initialement pas à lutter contre les autres dispositifs hybrides. Cependant, les entités hybrides qui permettent d'obtenir un avantage fiscal de déduction et de non-inclusion rentrent dans le champ d'application de la disposition.

b) Rétroactivité et gain de la mesure

Les dispositions de l'article 22 de loi de Finances 2014 sont rétroactives au 25 septembre 2013. M. Gilles Carrez, président de la Commission des Finances avait demandé en séance du 12 décembre 2013 une mise en application de la nouvelle disposition à la clôture de l'exercice 2013. Cependant, il a été décidé de conserver la date du conseil des ministres pour la mise en application de ces dispositions de lutte contre l'évasion fiscale. L'utilisation des produits hybrides étant à l'origine d'importantes pertes fiscales, il est attendu que ces nouvelles dispositions rapportent

¹⁰ CGI, article 212.

¹¹ Emmanuel Raingeard de la Blétière « Lutte contre le « planning » fiscal agressif et libertés fondamentales garanties par le droit de l'Union européenne », Option finance, 8 avril 2013.

FISCALITÉ INTERNATIONALE

une somme conséquente au gouvernement français. « *Le rendement de la mesure est estimé – de manière approximative compte tenu du manque de données – à 200 millions d’euros par an en régime de croisière* »¹². Mais ce montant devrait très vite augmenter et doubler pour l’année 2014 du fait de la rétroactivité.

Notons que ce nouvel article a connu beaucoup de critiques des parlementaires qui considèrent que cette nouvelle disposition complexifiera davantage le traitement des charges financières. Mais surtout ce qui est critiqué est le fait qu’il subsiste un certain nombre d’imprécisions et de questionnements sur l’application pratique de ce nouveau dispositif.

B. Imprécisions sur les conditions de symétrie d’imposition

Parmi ces imprécisions, sont à la fois visées les questions évoquées pendant les débats parlementaires (a) mais également les nouvelles interrogations des entreprises (b). L’administration fiscale a publié le 15 avril 2014 ses premiers commentaires figurant au BOI-IS-BASE-35-50 et qui font l’objet d’une consultation publique du 15 avril 2014 au 30 avril 2014 inclus. Dès leur publication, ces commentaires sont opposables à l’administration jusqu’à leur éventuelle révision à l’issue de la consultation publique.

a) Questions évoquées pendant les débats parlementaires

Une des premières interrogations porte sur l’application de la règle des 25%. Aucune précision n’était initialement donnée quant à la base de comparaison sur laquelle devrait s’appliquer le taux. On pouvait alors se demander si la base de comparaison devait être le montant brut du flux d’intérêt concerné, le montant net du flux d’intérêt ou encore le résultat global imposable du prêteur. A

la lecture des débats parlementaires et des récents commentaires de l’administration, il semble que le taux d’imposition à retenir est celui pour le montant du produit brut. Il n’est tenu compte que de son régime d’imposition et non des charges de toute nature qui viennent diminuer le résultat imposable de la créancière. Cependant, l’administration précise que le produit en cause ne doit pas nécessairement donner lieu au versement effectif d’un impôt sur les bénéfices ou sur les revenus. Par conséquent, n’est pas susceptible de rendre non déductibles les charges financières le seul fait que l’entreprise créancière ait un résultat nul ou déficitaire.

Il a été précisé qu’en France, les 25% seront calculés sur le taux d’imposition de droit commun français et que lorsque la société créancière sera établie hors de France, il faudra « *comparer le taux d’imposition effectif des intérêts dans le résultat de l’entreprise créancière avec celui applicable en France* »¹³. L’administration fiscale précise qu’il faudra pour déterminer ce taux d’imposition tenir compte des dispositions de la législation de l’Etat de l’entreprise créancière. Sera alors comparé le taux de 8,33% avec « *le taux effectif d’imposition dans l’Etat de résidence de la société créancière* »¹⁴.

Une autre interrogation porte sur l’articulation du dispositif de l’article 212-I du CGI avec d’autres articles tel que le 209B du CGI. Les récents commentaires de l’administration fiscale ont confirmé qu’il y aura une exclusion du nouvel article 212.I.b) pour les « *entreprises prêteuses se trouvant dans le champ de l’article 209B du code général des impôts* ». Concernant l’articulation de ce nouveau dispositif avec les autres, il s’appliquera après les articles 212, I-a et 39,1-3° du CGI.

Enfin les dispositions à prendre pour les sociétés dites transparentes ont été évoquées pendant les débats parlementaires. Il a alors été proposé que le

12 Décisions n° 2013 – 685 DC, Loi de Finances pour 2014, *article précité*.

13 BOFIP, (15/04/2014) : IS - Consultation publique - Charges financières - Dispositif de limitation des charges financières en cas de faible imposition ou d’exonération des intérêts dans le résultat de l’entreprise liée créancière, BOI-IS-BASE-35-10.

14 Décisions n° 2013 – 685 DC, Loi de Finances pour 2014, *article précité*.

15 CGI, art 212, I-a : Dispositif relatif au taux d’intérêts limite rémunérant les sommes laissées ou mises à disposition par une entreprise liée. CGI, art 39,1-3° : Dispositif de limitation applicable aux intérêts servis aux associés en fonction des taux effectifs moyens pratiqués par les établissements de crédit.

FISCALITÉ INTERNATIONALE

le taux d'imposition minimal soit apprécié au niveau des porteurs de parts. Trois types de structures sont concernés par ce régime. Tout d'abord les « **organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) et fonds d'investissement alternatifs (FIA)** relevant des articles L.214 à L.214-191 du code monétaire et financier ». Concernant les OPCVM, un lien de dépendance est attendu à deux échelles : entre la société emprunteuse et la structure transparente puis entre la structure transparente et ses actionnaires. Ensuite, sont concernés les sociétés soumises au **régime fiscal des sociétés de personnes de l'article 8 du CGI**. La dernière catégorie est celle des **structures transparentes de droit étranger**. Lors des débats parlementaires, il a été convenu que les SIIC ne devaient pas explicitement faire partie du champ d'application de ce nouveau dispositif même si elles constituaient des structures transparentes au sens du droit fiscal. En effet, les dispositions d'exonération d'impôt sur les sociétés prévues par le régime fiscal des SIIC ne concernent que leur activité immobilière. Les intérêts reçus par une SIIC seront donc imposés au taux normal ce qui permettra à la société emprunteuse de déduire ces intérêts conformément à l'article 212.I.b) du CGI. Cela a été confirmé dans les commentaires de l'administration fiscale qui précisent cependant que la société devra apporter la preuve que les intérêts versés à la SIIC sont affectables à son secteur taxable.

b) Nouvelles interrogations des entreprises et praticiens

D'autres questions n'ont pas été évoquées lors des débats parlementaires. C'est notamment le cas de la prise en compte de l'imposition au niveau des porteurs de parts dans le cadre de sociétés transparentes. En effet, le cas de superposition de structures transparentes n'a pas été vu lors des discussions parlementaires. Les commentaires de

l'administration expliquent qu'en cas de pluralité de porteurs de parts, c'est le niveau global d'imposition qui sera apprécié. De plus, en cas de double superposition de personnes transparentes, les charges financières de la société débitrice seront rapportées au résultat. Enfin, il suffit qu'une société liée ne réponde pas aux conditions d'imposition minimale pour que les charges financières soient non déductibles pour la société débitrice.

Le type de preuve à apporter reste encore un élément qui n'a pas été développé par l'administration fiscale. Dans ses commentaires, l'administration indique que la preuve pourra être apportée par tout moyen et ces éléments de preuves devront uniquement être apportés lorsque l'administration fiscale en fera la demande.

Enfin, une autre interrogation porte sur la prise en compte de l'imposition lors de l'existence de comptabilisations décalées entre le prêteur et l'emprunteur. Certains financements peuvent aboutir à des décalages d'imposition ou de déduction dans le temps. Cela peut être lié à une différence de législation notamment lorsque les intérêts sont imposés chez le prêteur uniquement lorsqu'ils sont échus alors qu'ils sont déduits en France quand ils auront couru¹⁶. Les commentaires de l'administration indiquent que lorsque la société débitrice ne pourra pas apporter la preuve de l'imposition chez le créancier, du fait de comptabilisation décalée, la charge d'intérêt ne sera pas déductible. Mais la déduction pourra être ultérieurement possible lorsque la société débitrice sera en mesure d'apporter la preuve d'imposition chez la société créancière. Dans ce cas là et contrairement au cas général, la société débitrice joindra la preuve d'imposition à sa déclaration de résultat et elle n'attendra pas que la demande soit faite par l'administration fiscale.

16 Landwell & Associés, Loi de finances 2014 : Actualité fiscale, jurisprudence, instructions, jeudi 16 janvier 2014, Salons Hoche, Paris

LA PRATIQUE DES PRIX DE TRANSFERT DANS LES BRICS

Marie RIDEL, *Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris-Dauphine*

Karine HALIMI GUEZ, *Managing Director, FedEx EMEA Tax¹*

Outre les difficultés propres à la nature des prix de transfert, s'ajoutent celles relatives aux caractéristiques des pays impliqués. Les BRICS en sont l'exemple le plus probant. La pratique des prix de transfert se trouve ainsi au confluent d'intérêts opposés, ceux des multinationales se heurtant fréquemment aux revendications des BRICS.

L'acronyme BRIC, qui désigne le Brésil, la Russie, l'Inde et la Chine, a pour origine un article de Goldman Sachs, publié dans le cadre d'un exercice de modélisation économique afin de prévenir les tendances économiques mondiales du 21^{ème} siècle². La principale conclusion de cette analyse a été que les pays des BRICS joueraient ensemble un rôle croissant dans l'économie mondiale.

Le nouvel ordre économique mondial tend à confirmer les prédictions de Goldman Sachs. Ayant commencé avec une part de 10% du PIB mondial et une part de moins de 4% du commerce international en 1990, les BRICS (après l'inclusion récente de l'Afrique du Sud dans le forum des BRICs) représentent désormais pas moins de 25% du PIB mondial et 15% du commerce international, soit une augmentation de 150% de leur participation au PIB mondial³.

En outre, les pays des BRICS sont désormais membres des organisations internationales majeures telles que l'OMC et le G20. D'autres indicateurs tels que l'évolution des flux entrant et

sortant des investissements directs à l'étranger, l'ouverture au commerce extérieur, les réserves de change, ou encore la force de travail, font des BRICS les puissances de demain.

Pendant, de nombreuses difficultés restent en suspens tant au niveau des BRICS en tant que groupe, qu'à titre individuel à l'échelle nationale de ces pays. Ainsi en atteste le mauvais classement des pays membres des BRICS dans le rapport annuel de la Banque Mondiale, les infrastructures inadaptées de ces pays, une forte carence au niveau institutionnel, l'hétérogénéité des Etats membres au sein du groupe et le manque de cohésion, la fragilité de l'économie de ces pays, ainsi que les différences politiques entre ces pays.

Les autorités des BRICS ont adopté un comportement particulièrement agressif dans le recouvrement de l'impôt et l'application des règles fiscales. Ce constat se rencontre dans deux domaines en particulier : la pratique des prix de transfert et la détermination de l'existence d'un établissement stable. L'arrêt *Vodafone*⁴ illustre

1 Cet article reflète l'opinion personnelle de ses auteurs et ne saurait refléter l'opinion de la société qui les emploie.

2 O'NEIL, (J.), *Building Better Global Economic BRICs*, Global Economic Paper n°66, 30 novembre 2001.

3 HERVIEU, (S.), *En intégrant l'Afrique du Sud, les BRIC s'affirment comme un club politique des pays émergents*, Le Monde, 15 avril 2011.

4 SC *Vodafone International Holding BV v. Union of India*, 20 janvier 2012 : l'Administration indienne soutenait que le revenu engendré par le transfert par des sociétés situées en dehors de l'Inde, d'actions d'une société indienne, était imposable en Inde.

particulièrement bien le contexte d'insécurité juridique qui règne dans les BRICS. Cette agressivité des Administrations dans les BRICS trouve son fondement dans une volonté d'affirmation face aux pays développés, ces derniers étant vus par les BRICS comme s'enrichissant à leur détriment. Cette affirmation des BRICS vis-à-vis des pays de l'OCDE s'est exprimée récemment par l'annonce de la création d'une Banque du Développement par ces pays⁵ ; ce projet est l'expression d'une volonté d'affirmation sur la scène politique internationale. En effet, les BRICS sont assis sur un paradoxe qui est très bien illustré par la situation de la Chine dans le monde ; qualifiée d'« atelier du monde »⁶ du fait d'une force de travail importante et à très bas coût, la Chine est aussi le plus gros détenteur des bons du Trésor américain... Cette situation se traduit, à l'échelle nationale, par le fait que désormais, les BRICS réclament une juste reconnaissance pour la valeur ajoutée qu'ils apportent aux multinationales, ce qui se concrétise par une forte imposition des activités réalisées par les multinationales dans ces pays.

La fiscalité dans les Etats des BRICS est fortement influencée par leurs spécificités politiques et économiques (I), ainsi que par l'application de règles spécifiques à ces marchés (II), ce qui fait de la pratique des prix de transfert un enjeu majeur dans la structuration des entreprises multinationales dans les BRICS.

I- DES SPÉCIFICITÉS D'ORDRE POLITIQUE ET ÉCONOMIQUE

Les multinationales dont les politiques de prix de transfert impliquent les BRICS doivent faire face à des particularités d'ordre politique et économique, parmi lesquelles l'impact du contrôle des changes dans les relations intercos (A) et une application toute relative du principe de pleine concurrence (B).

A. L'impact du contrôle des changes dans les relations intercos

Compte tenu de leurs spécificités communes, les BRICS sont plus qu'un acronyme. Ces pays constituent désormais une véritable organisation politique, qui se réunit régulièrement dans le cadre du Forum des BRICS. Animés par des aspirations communes, leurs objectifs majeurs sont de faire valoir leurs intérêts sur la scène mondiale et de s'émanciper de l'influence des pays développés⁷. C'est par le biais de la mise en place d'une politique monétaire commune que les BRICS ont choisi de s'affirmer sur la scène internationale. Ainsi, la récente annonce de la création d'une banque de développement des BRICS représente un signal fort lancé à la Banque mondiale, au FMI ainsi qu'à l'OCDE. Par cette démarche, les BRICS affirment leur volonté de devenir les puissances de demain et de jouer chez les émergents le rôle dont les pays développés ont (trop) longtemps abusé dans les BRICS.

En outre, si ces aspirations communes sont tournées sur l'extérieur, les BRICS ont tout de même adopté des mesures protectionnistes, de nature à entraver l'activité des multinationales. Parmi les mesures adoptées, la plus significative est la mise en place d'une politique de contrôle des changes. De cette politique de contrôle des changes découle également une forte volatilité des devises dans les BRICS, à l'origine d'un risque de change important⁸.

Les politiques de contrôle des changes imposent des limites relatives aux montants transférés à l'étranger. En outre, le transfert de fonds à l'étranger étant souvent soumis à l'approbation des banques centrales, il arrive que les fonds soient bloqués dans le pays d'origine. Les interventions du Gouvernement dans certains domaines de l'industrie ont également pour conséquence d'impacter les marges réalisées par les entreprises. En Inde particulièrement,

5 Le Monde, *Accord à Durban pour la création d'une banque de développement des BRICS*, 26.03.13.

6 L'Express.fr, *La Chine, atelier du monde*, 23.10.2003.

7 SHAHEEN, (S.), *The future for BRICS tax policy coordination*, International Tax Review, Septembre 2012.

8 BLANC DURAND, (B.), *Investir dans les « BRIC »*, Les Echos, 7 janvier 2011.

FISCALITÉ INTERNATIONALE

des réglementations spécifiques sont entrées en vigueur dans le but d'atteindre des objectifs divers, tels que la protection des consommateurs, le contrôle des monopoles, le développement des industries locales, etc⁹. De telles interventions législatives des Gouvernements, si elles ne sont pas directement liées au contrôle des changes, ont pour effet d'affecter les marges des entreprises qui sont soumises au respect de ces obligations légales¹⁰. Il est donc nécessaire pour les entreprises installées dans ces pays de tenir compte de ces éléments dans la mise en œuvre de leur politique de prix de transfert.

Aux termes de ce système, certains types de paiements réalisés par une entreprise installée dans les BRICS à une entreprise liée résidant à l'étranger, suppose l'accord de la Banque Centrale¹¹. Les paiements visés sont en particulier les frais de gestion (*management fees*) et les redevances (*royalties*). En pratique, la Banque Centrale exige que les demandes d'approbation pour de tels paiements soient justifiées par l'opinion d'un expert attestant que le paiement d'un tel montant est bien justifié en application de la législation locale relative aux prix de transfert. Il est là encore essentiel que la politique de prix de transfert, inhérente au calcul des divers frais, commissions et honoraires (*fees*), soit établi avec certitude et soit acceptable au regard des règles locales. La législation sud-africaine prévoit, par exemple, que la conclusion d'un accord pour réaliser un paiement non autorisé constitue une infraction, même dans le cas où un tel paiement n'a pas effectivement été réalisé.

Les restrictions relevant du contrôle des changes et du rapatriement des bénéfices sont les principaux facteurs dont il faut tenir compte lors de l'établissement des politiques de prix de transfert par les multinationales. La plupart des pays en développement ont utilisé le contrôle des changes pour contrôler l'ensemble des transactions

transfrontalières de manière à, sinon éviter, du moins limiter la sortie des fonds au titre des investissements directs à l'étranger (FDI).

Les politiques de contrôle des changes affectent également les multinationales dans leur structure de fonctionnement. En effet, les multinationales peuvent avoir recours, dans l'objectif de simplifier les flux intragroupes, à des chambres de compensation, qui centralisent tous les transferts intragroupes. De tels schémas sont néanmoins impossibles à mettre en place pour des transactions impliquant des entreprises installées dans les BRICS du fait de la politique de contrôle des changes. En effet, aux termes des politiques de contrôle des changes mises en place dans les BRICS, chaque flux comptable doit nécessairement générer un flux cash, ce qui rend le recours à une chambre de compensation impossible.

En outre, la politique monétaire au sein des pays membres des BRICS est de nature à poser des difficultés aux entreprises présentes sur ces marchés. En Chine notamment, le risque est plus important qu'ailleurs du fait de la fixation du régime de change par les autorités monétaires chinoises¹². La banque centrale chinoise étant libre de sa politique de change, elle peut ainsi décider arbitrairement de modifier le système de change (système de change flottant, lié ou fixe). L'incertitude demeure donc importante pour les acteurs étrangers opérant sur le marché chinois.

Par ailleurs, la volatilité des devises au sein des BRICS est propre au schéma de développement rapide de ces pays. Le manque de maturité de ces économies a pour effet de les rendre plus vulnérables à l'égard des fluctuations de l'économie mondiale. Ainsi, en 2012, les devises des pays des BRICS se sont effondrées, perdant plus de 10% de valeur par rapport au dollar. Ces économies « jeunes » ont donc tendance à surréagir en cas de crise¹³. Cette incertitude des taux de change à

9 GANDHI, (S.), CHHABRA, (V.) BANG, (N.), *India – Transfer pricing*, IBFD, 2014.

10 GANDHI, (S.), CHHABRA, (V.) BANG, (N.), *article précité*.

11 SUNDARESAN, (S.), *Exchange controls remain arbitrary without remedy*, Business Standard, 27 avril 2009.

12 OCDE, *La Chine dans l'économie mondiale : les enjeux de politique économique intérieure*, 2002, p. 840.

13 Le Figaro, *Les BRICS voient leurs monnaies s'effondrer*, 27 juin 2012.

FISCALITÉ INTERNATIONALE

l'origine d'une forte volatilité des devises dans les BRICS, a un impact important sur la répartition des risques en matière de prix de transfert. Pour assurer la conformité d'une transaction à la législation en matière de prix de transfert, la répartition des risques doit être conforme à la nature économique de la transaction. A cet égard, c'est en général le comportement des parties qui est considéré comme l'élément le plus judicieux pour déterminer la répartition des risques¹⁴.

Le risque de change implique souvent la mise en place d'opérations de couverture. Toutefois, l'absence de couverture du risque de change peut résulter de la stratégie adoptée par le groupe. Cette pratique peut se traduire par des pertes ou des profits importants que le groupe pourra imputer là où cela lui convient le mieux. Le choix de la monnaie dans laquelle sera réalisé le paiement des intérêts est ici primordial. Ainsi, dans le cadre d'un prêt intragroupe, la problématique prix de transfert peut se situer au niveau du paiement des intérêts.

Ainsi, l'absence de couverture liée au risque de change dans les BRICS peut permettre aux entreprises d'allouer une charge de risques plus importante à des entreprises hors BRICS, cela permettant de réduire le montant des devises de l'entreprise détenues dans ces pays.

B. Une application toute relative du principe de pleine concurrence

Afin de sécuriser la pratique des prix de transfert, l'OCDE prône l'application du principe de pleine concurrence au travers de l'établissement de méthodes de détermination des prix de transfert. L'application du principe de pleine concurrence se fonde généralement sur une comparaison entre les conditions d'une transaction entre entreprises associées et celles d'une transaction entre entreprises indépendantes. Pour qu'une telle comparaison soit significative, il est nécessaire que les

caractéristiques économiques des situations prises en compte soient suffisamment comparables¹⁵. Les comparables internes à un groupe ne pouvant être que très rarement mis en œuvre avec succès, les entreprises ont généralement recours à des bases de données publiques telles que Compustat, Global Vantage (publiées par Standard & Poor's), ou encore AMADEUS (publiée par Bureau Van Dijk Electronic Publishings). En pratique, lorsque la transaction en cause est réalisée dans un pays émergent, il peut être particulièrement difficile d'obtenir les informations adéquates nécessaires à la fixation du prix dit de pleine concurrence. En effet, dans de tels pays, il y a initialement moins de concurrents pour un secteur donné d'activités que dans un pays développé, et généralement moins de sociétés cotées sur un marché réglementé.

Dès lors, la recherche de comparables dans les BRICS peut se révéler difficile : les informations relatives aux comparables peuvent être incomplètes, voire dans le pire des cas, inexistantes. De plus, les bases de données relatives aux transactions des pays développés sont quant à elles inadaptées et doivent faire l'objet d'ajustements afin d'être exploitables.¹⁶ En outre, l'Administration indienne, au même titre que les Administrations d'autres pays des BRICS, en particulier en Afrique du Sud, ont tendance à rejeter les comparables de nature étrangère, considérant qu'ils ne sont pas appropriés aux spécificités du marché local. Dans une telle hypothèse, la méthode du partage de bénéfices peut se révéler appropriée, celle-ci étant la seule méthode qui ne suppose pas de comparaisons avec des transactions entre tiers¹⁷.

Par ailleurs, certaines mesures visant à réduire l'éventail des comparables applicables sont de nature à complexifier la documentation des prix de transfert par l'entreprise. Ainsi, la législation indienne exige qu'un critère de contemporanéité soit respecté dans le choix des données utilisées pour la justification d'un prix de transfert. En

14 OCDE, *Consultation publique : projet de manuel sur l'évaluation des risques liés aux prix de transfert*, 30 avril 2013, p.14.

15 OCDE, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, 2010, p. 44.

16 OCDE, *Transfer Pricing Comparability Data and Developing Countries*, 2014, p.2.

17 GILLEARD, (M.), *Structuring your tax affairs in the BRICS*, International Tax Review, Septembre 2012, p.31.

FISCALITÉ INTERNATIONALE

pratique, cela revient à exiger que les données permettant de documenter et de justifier le prix d'une transaction entre entreprises associées datent du même exercice financier que la transaction visée.

Même si les BRICS suivent généralement les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert pour l'application des différentes méthodes de fixation du prix de pleine concurrence, contrairement aux préconisations de l'OCDE, ni la Chine,¹⁸ ni le Brésil¹⁹, ni l'Inde²⁰ n'appliquent l'intervalle de concurrence. En effet, afin de déterminer le prix de pleine concurrence, lesdits pays effectuent une simple moyenne des marges appliquées par les différents comparables. Des ajustements sont ensuite opérés afin de tenir compte des spécificités de la transaction réalisée.

Comme expliqué plus haut, il convient ainsi de faire remarquer que très souvent, dans les transactions impliquant les BRICS, les méthodes impliquant l'utilisation de comparables (CUP et TNMM) ne sont pas applicables (même si celles-ci peuvent être utilisées à titre indicatif). Dès lors, et en l'absence de données comparables, la méthode du partage des bénéfices est préconisée. Cette méthode a l'avantage d'être flexible en ce qu'elle est de nature à s'adapter aux changements du marché et des affaires.

II- LA MISE EN ŒUVRE PAR LES BRICS DE PRATIQUES SPÉCIFIQUES ET INNOVANTES EN MATIÈRE DE PRIX DE TRANSFERT

Conscients de leurs spécificités et forts de l'importance de leur rôle dans l'ordre économique mondial, les BRICS ont adopté des règles particulières en matière de prix de transfert ; les Location specific advantages (A) en sont le meilleur exemple. Partant du constat qu'une forte insécurité

juridique règne dans les BRICS en matière de prix de transfert, il convient de s'interroger sur les perspectives d'avenir dans ce domaine (B).

A. Le concept de *Location Specific Advantages (LSAs)*

Les pays émergents ont développé un nouveau concept en matière de prix de transfert, celui des *Location Saving Advantages (LSAs)*²¹. Ce concept, très largement utilisé par les Administrations fiscales des BRICS lors d'audits, fait référence à l'accès à des facteurs de production et de distribution qui peuvent être utilisés afin de produire un bien ou un service donné à moindre coût, de meilleure qualité ou à moindre risque, ou qui permet d'augmenter la capacité d'une société à vendre plus de produits à un prix plus élevé, ou encore, à gagner davantage de parts de marché.²² L'évaluation des LSAs implique une analyse visant à identifier et qualifier une économie de coûts due à des opérations courantes dans un pays en particulier et / ou des avantages de vente tels que la possibilité pour l'entreprise de vendre plus de produits, ou d'obtenir des parts de marché plus importantes, à un prix plus élevé.

La chaîne de distribution implique le calcul des économies de coûts, en comparant le coût des opérations dans les pays des BRICS par rapport au coût des opérations dans les pays développés. Les économies de coûts incluent, en particulier, un coût du travail et une fiscalité plus faibles. Mais l'avantage conféré par ces économies de coût est souvent réduit par des *dis-savings*, lesquels peuvent résulter de coûts de transport et de logistique plus importants, ou bien encore, de facteurs de nature à augmenter le coût du capital et pouvant présenter un risque pour l'investissement.

Parmi les LSAs figurent notamment les *locations savings*, les *location rents*, ainsi que le concept du *market premium*.

18 LI (J.) & SU (T.), *Transfer pricing – China (People's Rep)*, IBFD, p.31.

19 DIAS MUSA, (S.) & LAGRASTA, (C.), *Transfer pricing – Brazil*, IBFD p.10.

20 DIAS MUSA, (S.) & LAGRASTA, (C.), article précité.

21 OCDE, *Public consultation, Revised discussion draft on transfer pricing aspects of intangibles*, 30 juillet 2013, p.5.

22 GONNET, (S.), FRIS (P.) et CORIANO (T.), *Location specific advantages principles*, *Transfer Pricing International Journal* BNA, Juin 2011.

FISCALITÉ INTERNATIONALE

Le guide de l'OCDE applicable en matière de prix de transfert présente le concept de location savings dans la section relative aux restructurations d'entreprises. Le dernier rapport de l'OCDE sur les aspects prix de transfert applicables aux actifs incorporels prend également en considération le concept de LSAs.

Les *location savings* font référence aux économies réalisées pour une même activité économique donnée mais placée sur un marché différent. De telles économies peuvent porter sur les salaires, les matières premières, le transport, la location, mais également sur la protection de l'environnement ou encore la sécurité du personnel. En d'autres termes, les *location savings* sont les coûts nets économisés par une multinationale lorsque celle-ci décide de réaliser son activité dans un pays dans lequel les coûts de production sont faibles.²³ A titre d'exemple, une société mère produisant et distribuant des vêtements de luxe, lorsqu'elle est située dans un pays développé (dans lequel le coût de la main-d'œuvre est élevé) et qu'elle détient tous les droits de propriété intellectuelle (marque, savoir-faire, etc.), peut décider de délocaliser ses activités de confection dans un pays à faible coût.²⁴ A cet égard, la Chine considère que les entreprises multinationales ayant des usines en Chine réalisent des bénéfices supplémentaires du fait du coût peu élevé de la main-d'œuvre et d'autres ressources. Dès lors, elle considère que ces profits devraient être attribués aux entités situées en Chine.²⁵

Les *location savings* doivent être distingués d'un second concept très lié, les location rents. Ce concept décrit les superprofits (s'il y en a) provenant (directement ou indirectement) de l'existence et de l'exploitation de LSAs. Il est important de définir les contours de ce concept afin de bien différencier la notion de location savings (et plus généralement les LSAs) des potentiels profits résultant de ces derniers. En effet, la première notion est une condition

nécessaire, mais non suffisante pour dégager des superprofits.²⁶ En effet, les superprofits sont dus à d'autres sources et ne sont pas uniquement liés au lieu d'établissement de l'entité créatrice de profits.

Les superprofits n'existeront que si les conditions suivantes sont cumulativement remplies :

- Il existe un avantage spécifique lié directement à la situation géographique de l'activité (LSAs) ;
- Certaines conditions de marché empêchent que cette économie bénéficie au client final ou soit réclamée par un prestataire tiers.

Le superprofit dégagé sera soumis au principe du prix de pleine concurrence. Afin de déterminer ce dernier, les méthodes traditionnelles et transactionnelles sont applicables.

En Inde, il n'y a aujourd'hui qu'un seul jugement faisant référence à la notion de *location savings*²⁷. Dans cette affaire, GAP India permettait de faciliter l'approvisionnement de vêtements en provenance de l'Inde vers des sociétés liées situées à l'étranger (GAP US). A cet égard, la principale fonction de GAP India était d'identifier les vendeurs et de leur fournir lesdits vêtements, d'effectuer des inspections et des contrôles de qualité et de s'assurer que les délais de livraison étaient respectés. Toutes les mentions techniques, les instructions, ou encore les règles et les procédures à suivre pour la livraison des vêtements étaient fixées par GAP US. Conformément à ce qui précède, la société GAP India, en sa qualité de prestataire de services, ne supportait qu'un risque limité et bénéficiait d'une rémunération de 15% sur la marge réalisée (avec application de la méthode du prix de revente). Les autorités fiscales indiennes ont rejeté l'analyse fonctionnelle faite par GAP India et ont affirmé qu'une commission représentant 5% de la valeur totale des biens fournis à GAP US en provenance d'Inde aurait dû être appliquée. Un important réajustement a donc été effectué par les autorités fiscales indiennes. L'Administration fiscale indienne invoquait le fait

23 www.un.org

24 OCDE, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, 2010, p.259.

25 <http://www.taj.fr/portail/liblocal/docs/China%20Tax%20News/China%20Tax%20News%20n%C2%B012.pdf>.

26 GONNET, (S.), FRIS (P.) et CORIANO (T.), article précité.

27 SC, GAP International Sourcing (India) Pvt Ltd, 26 décembre 2010.

28 PAWAR (B.) & UDESHI (S.), *Asia-Pacific Tax Bulletin, Location Savings*, IBFD, Septembre – Octobre 2013.

FISCALITÉ INTERNATIONALE

que les *location savings* auraient dû être allouées à la société GAP India, puisque la société GAP US avait réalisé d'importantes économies en procurant les services énumérés en sus au travers d'une société localisée dans une juridiction (l'Inde) où les coûts de production sont faibles.

A cet égard, la cour administrative d'appel indienne reprend l'argument du contribuable. Les *location savings* résultent de l'activité économique exercée dans son ensemble. La volonté de délocaliser l'activité d'un industriel ou d'un détaillant dans un pays où les coûts de production sont faibles permet de se maintenir face à la forte concurrence et de vendre le produit final aux consommateurs finaux à un prix plus faible. Généralement, cet avantage n'est pas perçu par les entreprises (sous la forme d'un superprofit), mais est transféré directement au consommateur final via une stratégie compétitive de vente. Le principe de pleine concurrence requiert une analyse économique de la partie testée et les *location savings* (s'il y en a) doivent refléter la rentabilité réalisée par les comparables qui sont utilisés pour la réalisation de l'analyse économique des transactions internationales. En l'espèce, la cour administrative d'appel a finalement conclu qu'aucun profit additionnel n'avait été perçu par l'entreprise installée en Inde en raison des *location savings*.²⁸ Ce jugement pose un important principe, puisqu'il conclut que seuls les profits qui ont véritablement profité aux sociétés parties à la transaction visée devront se soumettre au principe de pleine concurrence. A contrario, si le profit réalisé ne bénéficie qu'au consommateur final, l'Administration fiscale ne pourra pas redresser le contribuable sur la base du principe du prix de pleine concurrence.



Le concept de *market premium* renvoie à la notion de revenu additionnel réalisé par une multinationale dans une juridiction donnée pour laquelle la demande est plus importante comparée à d'autres marchés donnés. Le système de fonctionnement applicable aux *location rents* est similaire à celui des *location savings*.

Les BRICS, et l'Inde tout particulièrement, considèrent que le marché constitue un intangible. L'OCDE a néanmoins conclu que le marché ne pouvait constituer un intangible. En effet, le marché ne saurait entrer dans le cadre de la définition d'un intangible puisqu'il n'appartient à personne. D'autre part, par le jeu des règles du marché dont la courbe de l'offre et de la demande, l'exploitation du marché le destine à disparaître. Ainsi, le coût du travail en Inde est nécessairement voué à augmenter avec le développement de ce pays²⁹.

B. Quelles perspectives d'avenir pour la pratique des prix de transfert dans les BRICS ?

La tendance actuelle dans les pays des BRICS est à une augmentation de l'insécurité juridique en matière de prix de transfert. Ce risque est augmenté par le faible recours aux APA et la non reconnaissance des accords de répartition des coûts (ARC), ces derniers étant utilisés pour faciliter et sécuriser les flux intra-groupe en présence d'intangibles. Cette insécurité juridique croissante donne lieu à d'importants risques de double-imposition. Il convient néanmoins de saluer la récente évolution de l'Administration indienne en matière d'APA, lesquels reçoivent depuis peu un franc succès dans ce pays³⁰.

Comment remédier à l'insécurité juridique dans les BRICS ? D'un point de vue global, les travaux des Nations Unies sur la question prônent une meilleure coordination entre les BRICS eux-mêmes, ainsi qu'une meilleure coopération avec les Etats membres de l'OCDE. Cette idée ne pourra voir le jour qu'au travers d'une amélioration des négociations

29 OCDE, *Public consultation, Revised discussion draft on transfer pricing aspects of intangibles*, 30 juillet 2013, p.14.

30 EY, *Indian Government releases Advance Pricing Agreement Guidance Booklet*, 28 mai 2013.

FISCALITÉ INTERNATIONALE

entre ces pays, pour permettre l'expansion du réseau conventionnel de ces pays et la modification des conventions bilatérales en vigueur, ainsi que l'assurance que celles-ci soient bien appliquées par les Etats parties.

A plus petite échelle, l'un des freins à la sécurisation de la situation juridique des multinationales dans les BRICS est inhérent aux lacunes des Administrations elles-mêmes. Ainsi, en Afrique du Sud et au Brésil, le nombre croissant de taxes et l'importance des règles de conformité ont pour conséquence d'augmenter les coûts fiscaux de leurs activités. Les obligations documentaires imposées dans les BRICS illustrent cet état de fait. Ces pays exigent que leur soit communiquée une documentation extrêmement développée. Or, cette situation peut amener les entreprises à adopter une position risquée. En effet, dans certains cas, les directions fiscales préfèrent rester en dessous des exigences de documentation imposées par les BRICS, s'exposant ainsi à un risque de contrôle fiscal plus élevé. L'établissement d'une meilleure sécurité juridique passerait par une simplification et un allègement des règles de conformité en vigueur. A l'inverse, si le contexte juridique ne s'améliorait pas, les entreprises risqueraient de voir augmenter de manière considérable le nombre de contrôles fiscaux.

Les difficultés auxquelles font face les multinationales dans les BRICS sont la plupart du temps liées à la remise en cause des marges dégagées par les activités réalisées dans ces pays. Les pays membres des BRICS ont majoritairement adopté des positions différentes quant à la détermination des marges imposables. Ainsi, l'Administration brésilienne n'applique pas le principe de pleine concurrence, mais retient la méthode dite de la « *marge fixe* » (*fixed margin*)³¹. Cette méthode consiste à attribuer une marge allant de 20 à 40%, selon les secteurs, à l'entité brésilienne. De telles marges s'appliquent automatiquement, sans qu'il soit tenu compte des spécificités de la transaction elle-même. Cette méthode est moins exigeante

en termes de connaissance et de savoir-faire. La méthode appliquée par l'Administration brésilienne pourrait donc constituer une solution aux difficultés rencontrées par les Administrations des BRICS en matière de prix de transfert. Néanmoins, si cette méthode constitue une solution pour l'Administration, elle est également de nature à accroître l'insécurité juridique à laquelle font face les multinationales, les marges fixes étant appliquées de manière arbitraire. Cette méthode présente un risque dans l'autre pays impliqué dans la transaction interco, dans le cas où l'Administration fiscale de ce dernier ne reconnaît pas cette méthode. L'application de la méthode de la marge fixe risque en effet d'engendrer une double imposition dans les cas où il n'y a pas de recours possible à la procédure amiable.

Par conséquent, la méthode des marges fixes ne constitue pas une solution satisfaisante. En outre, une meilleure formation du personnel en matière de prix de transfert permettrait l'application de méthodes plus justes à tous points de vue, en donnant les moyens aux administrations d'adapter les méthodes de détermination des marges aux spécificités des transactions en cause.

Enfin, l'idée de la mise en place de *safe harbours* a été envisagée comme pouvant être de nature à constituer une solution sérieuse permettant de réduire l'insécurité juridique inhérente au calcul des marges dans ces pays. Un *safe harbour* est une mesure assurant, sous respect des seuils fixés par l'Administration, l'absence de remise en cause des marges appliquées par l'entreprise. Si le Brésil et l'Inde ont déjà mis en place de telles règles, les taux de rémunération en vigueur en Inde sont totalement déconnectés de la réalité et ceux applicables au Brésil sont contraignants. Les *safe harbours* seraient donc de nature à assurer une meilleure sécurité juridique pour les multinationales s'ils étaient optionnels et adaptés à la réalité économique des transactions. Les entreprises auraient ainsi le choix de se conformer à ces règles ; il en résulterait une sécurité juridique totale d'un point de vue fiscal.

31 ASHLEY, (S.), *Practical transfer pricing in the BRICS*, International Tax Review, Septembre 2012, p.27.

FISCALITÉ INTERNATIONALE

Si toutefois les marges réalisées par l'entreprise venaient à être inférieures au taux de rémunération garanti par l'Administration, l'entreprise pourrait être contrainte de justifier le taux de rémunération appliqué, à hauteur de l'insuffisance du montant par rapport au seuil minimal fixé par le *safe harbour*³².

Conclusion

Les BRICS recherchent une meilleure reconnaissance sur le marché mondial. Les politiques de prix de transfert adoptées par ces pays illustrent bien leur volonté d'affirmation par rapport aux pays développés. La politique d'affirmation des BRICS étant d'abord économique, l'agressivité de ces pays en matière fiscale leur permet de faire pression sur les pays développés. Seule une meilleure intégration de leurs pratiques sera de nature à contrer leur agressivité en matière fiscale.

Dans un rapport³³ de 2010, Goldman Sachs prévoyait que d'ici 2030, la Chine deviendrait la plus

grande économie et le plus gros marché financier au monde, dépassant les Etats-Unis. Le message est donc clair : le monde s'est déplacé. Il est donc devenu impératif de tenir compte de ces puissances montantes afin d'anticiper les changements à venir, pour que les pays développés soient en mesure d'y faire face et non plus seulement de les subir. Pascal Saint-Amans, directeur du Centre de politique d'administration fiscales de l'OCDE, avait saisi l'importance des enjeux lorsqu'il avait proposé d'ouvrir l'OCDE aux BRICS.

Désormais, la seule solution réaliste, du moins en matière fiscale, semble résider dans une amélioration des négociations avec les BRICS, via la renégociation des conventions fiscales et l'assurance qu'elles seront réellement appliquées. Mais le chemin à parcourir reste long et parsemé d'embûches.

32 OCDE, *The comments received with respect to the discussion draft on the revision of the safe harbours section of the transfer pricing guidelines*, 29 octobre 2012, p.3.

33 Goldman Sachs, *EM Equity in Two Decades : A Changing Landscape*, Global Economic paper n°204, 2010.

FISCALITÉ INTERNATIONALE

LA FISCALITÉ DU NUMÉRIQUE : UNE VOLONTÉ UNANIME DE RÉFORME, POUR QUELLES SOLUTIONS ?

Julie ALBERTO, *Master II Fiscalité de l'entreprise, Université Paris-Dauphine*

Catherine DAMELINCOURT, *consultant CD CONSEIL¹*

Depuis la publication du rapport BEPS par l'OCDE, le monde de la fiscalité internationale est en perpétuelle effervescence. A l'occasion de la publication du document de travail par l'OCDE et de la consultation publique, l'agitation se concentre actuellement autour du sujet complexe de la fiscalité du numérique.

Faisant l'objet de l'action n°1 du Plan d'action adopté par les pays membres de l'OCDE, la fiscalité du numérique cristallise les volontés de réforme de la part de nombreux Etats, relayées par les organisations institutionnelles internationales.

Cette préoccupation existe en fait dès l'origine du commerce électronique. Dans les conditions cadres de 1999, l'OCDE estime cependant que l'application des règles existantes aux transactions issues du commerce électronique permet de conserver un équilibre et s'en remet à des études ultérieures². Il s'agissait à l'époque de préserver l'émergence d'une économie nouvelle.

Le secteur du numérique, désormais profitable, n'est plus, aux yeux des législateurs de nombreux pays, un secteur fragile à protéger. Plus aucun ne songent à prolonger les moratoires fiscaux³, adoptés aux débuts de l'Internet en vue d'interdire la création d'un impôt spécifique qui aurait nui à l'émergence de cette économie.

De plus, les stratégies fiscales agressives des GAFA (Google, Amazon, Facebook, Apple), révélant des taux effectifs d'imposition en moyenne inférieurs d'un tiers aux autres multinationales⁴, ont généré d'importants débats de société, précipitant une réaction internationale. Le rapport BEPS considère ainsi qu'avec la mondialisation des échanges, la dématérialisation est un facteur crucial de l'érosion des bases taxables des Etats.

Dans un contexte de crise budgétaire, une volonté de réforme est apparue de manière unanime. A la suite du Plan d'action BEPS, le document de travail publié par l'OCDE⁵ fait une synthèse des enjeux propres au secteur du numérique et des solutions envisagées. Contrairement aux précédents rapports, ce document adopte une vision globale, qui se rapporte à la fois à la fiscalité directe et indirecte.

Les principales problématiques fiscales en lien avec les modèles d'affaires du numérique sont désormais clairement identifiées (I). Il en résulte que les

1 Cet article reflète l'opinion personnelle de ses auteurs et ne saurait refléter l'opinion de la société qui les emploie.

2 OCDE, *Conditions cadres pour l'imposition du commerce électronique*, Editions OCDE, 1999.

3 *The Tax Freedom Act* adopté en 1998 aux Etats-Unis et prolongé en 2007 jusqu'au 1er novembre 2014. Cette initiative avait été supportée par la Commission Européenne, tandis que l'OCDE et l'OMC adoptaient la même approche.

4 C. DUHIGG, D. KOCIENIEWSKI, « How Apple sidesteps billions in taxes », *The New York Times*, April 28, 2012.

5 OCDE, *Public Discussion Draft – BEPS Action 1 : Address the Tax Challenges of the Digital Economy*, 2014..

FISCALITÉ INTERNATIONALE

principes de rattachement territorial des bénéficiaires ne sont plus adaptés à l'économie du numérique, et sont sources de distorsions de concurrence entre entités, et de bouleversement de la répartition des bases taxables entre Etats. Ce faisant, la réponse à apporter ne peut être qu'internationale. Au-delà de la proposition de solutions fiscales innovantes, elle requiert la formation d'un consensus autour d'une nouvelle répartition des bases taxables entre Etats, ce qui ne va pas sans difficulté (II).

I- LES SPECIFICITES DU SECTEUR DU NUMERIQUE ET SES ENJEUX

Le document de travail de l'OCDE propose un état des lieux sur l'économie du numérique. Après avoir répertorié les différents modèles d'affaires en jeu et les caractéristiques de ce secteur (A), il offre une synthèse des enjeux fiscaux qui sont liés aux spécificités de l'Internet (B).

A. La prise en compte de l'émergence de nouveaux modèles d'affaires

Le document de travail répertorie les acteurs économiques et modèles d'affaires existants. Nous pouvons tenter de les catégoriser comme suit.

Un premier critère consiste à distinguer les entreprises dont les transactions s'opèrent intégralement de manière virtuelle jusqu'à la livraison du bien ou du service, appelées aussi *pure players*, de celles qui utilisent Internet pour capter la clientèle et conclure la transaction. Cette seconde catégorie d'entreprises, à laquelle correspond par exemple le modèle d'affaires d'Amazon en ce qui concerne la vente de livres, pose les mêmes difficultés que n'importe quel type de vente à distance. Ce travail se concentre donc sur les cas extrêmes que représente la vente de services dématérialisés.

Parmi les *pure players* il existe encore une grande diversité de modèles d'affaires. Cependant, il est possible de les regrouper en deux catégories.

La première repose sur le modèle classique de la vente. Il s'agit par exemple de la vente de services logiciels à distance (dit aussi *Cloud computing* ou

SaaS pour Software as a Service), de la vente de musique, de films ou d'applications à télécharger, etc.

La seconde catégorie de modèles d'affaires de *pure players* repose principalement sur la vente d'espaces publicitaires où le client paramètre l'affichage de ses annonces en fonction de mots-clés et d'informations sur les clients cibles. La pertinence des affichages, et donc l'efficacité des annonces, repose sur la capacité du prestataire de services à exploiter les données de navigation des utilisateurs de ses services, souvent offerts gratuitement aux internautes. Ainsi le modèle d'affaires de l'ensemble des réseaux sociaux et moteurs de recherche repose-t-il, au moins partiellement, sur les revenus publicitaires.

Le document de travail synthétise par ailleurs les enjeux de l'économie du numérique, qui doivent guider l'adoption des solutions. Il décrit six caractéristiques essentielles :

- La mobilité des incorporels, des fonctions économiques, mais aussi des utilisateurs ;
- Une utilisation importante de données ;
- Un effet de réseau entre les utilisateurs des services ;
- Un modèle d'affaires divisé, dont les différentes composantes sont localisées dans plusieurs pays ;
- Une forte concentration des agents économiques ;
- La volatilité des agents économiques, due à des barrières à l'entrée très faibles.

Ce secteur est en effet un marché très concurrentiel, qui se distingue par des prix bas, et des coûts marketing de plus en plus élevés pour permettre aux entreprises de se distinguer et de capter leur clientèle. On assiste ainsi à une forte concentration autour de quelques grands groupes, seuls capables de maintenir les marges suffisantes.

La forte intensité concurrentielle régnant au sein du secteur des entreprises de technologie de l'information, qui se manifeste notamment par la course à l'innovation et la guerre des prix, sont autant de contraintes qui expliquent le recours à des

stratégies fiscales agressives qui ont pour but de diminuer le taux effectif d'imposition des groupes. Ces stratégies sont le plus souvent mises en place dès la création des sociétés, qui, pour la plupart financées par du capital-risque, sont poussées à optimiser leur structure en prévision d'un succès rapide.

B. Une typologie des enjeux fiscaux

Les spécificités des entreprises du secteur du numérique leur permettent de transférer leur base taxable vers des pays offrant un régime de fiscalité avantageux, et ce par le biais de deux techniques principalement, à savoir, l'absence de présence physique dans le pays de source des revenus (a) et l'optimisation de la gestion des actifs incorporels via les prix de transfert (b). D'autres techniques sont également utilisées, comme l'explique le document de travail, mais celles-ci ne sont pas spécifiques au secteur du numérique⁶.

Ces montages ont pour conséquence, non seulement d'éliminer ou réduire l'imposition dans les pays intermédiaires, mais aussi dans le pays de résidence de la société mère.

Enfin, s'agissant de la TVA, la problématique principale dans l'Union Européenne demeure celle des transactions BtoB, proposées par des prestataires non membres de l'Union (c).

a. La dématérialisation des transactions : une perte de recettes fiscales pour l'Etat de la source

Les transactions des entreprises du secteur du numérique sont par nature dématérialisées. Par conséquent, ces entreprises peuvent atteindre un marché à distance, sans la nécessité d'être implanté dans le pays de commercialisation des biens ou des services. En application des règles de rattachement territorial des bénéficiaires, les entreprises de technologie de l'information seront donc le plus souvent imposées dans le pays de leur siège.

En pratique néanmoins, l'installation de serveurs dans le pays de la source est parfois nécessaire d'un point de vue technique, pour améliorer la sécurité, la rapidité et démultiplier les capacités de réponse aux requêtes des utilisateurs. Cette présence physique suffit-elle à caractériser un établissement stable ?

Dans sa volonté d'appliquer les règles actuelles au commerce en ligne, l'OCDE a publié divers commentaires sous l'article 5 du modèle de convention afin d'adapter son interprétation aux technologies modernes.

L'OCDE opère une distinction entre le matériel informatique (hardware) qui pourrait être installé sur le territoire d'un pays, et les applications logicielles (software) grâce auxquelles ce matériel fonctionne et l'activité commerciale est menée. En réaffirmant l'importance du critère de présence physique contenu dans l'article 5 §1, elle précise qu'un site internet, défini comme « *une combinaison de logiciels et de données électroniques* » ne peut constituer une installation d'affaires, à la différence d'un serveur⁷.

A partir de ce principe de base, différentes hypothèses sont possibles. Par exemple, lorsque l'entreprise a conclu un accord d'hébergement avec un fournisseur de services, celle-ci n'est en principe pas considérée comme ayant un établissement stable dans le pays de localisation des serveurs⁸.

L'application du critère de la présence physique au contexte dématérialisé se rapproche au mieux de l'esprit de l'article 5 du modèle de convention. Cependant, certains pays ont émis des observations sur les lignes directrices de l'OCDE.

Notamment l'Espagne et le Portugal ne considèrent pas le critère de la présence physique comme une condition nécessaire pour caractériser un établissement stable et admettent la possibilité d'imposer une entreprise exploitant un site internet sur leur territoire.

6 On retrouve notamment l'utilisation fréquente de structures hybrides, du treaty shopping permettant d'éviter la retenue à la source sur des paiements effectués vers des pays à fiscalité privilégiés, et de règles CFC très souples vis-à-vis des redevances.

7 Commentaire OCDE, C (5), n°42.2.

8 Commentaire OCDE, C (5), n°42.7-9.

FISCALITÉ INTERNATIONALE

De même l'Inde a estimé qu'un site internet pouvait constituer un établissement stable, mais sans préciser dans quelles circonstances. A ce titre, une décision intéressante a été rendue récemment⁹. Dans cette affaire, la société indienne Right Florists utilisait les services de publicité Google et Yahoo, établis respectivement en Irlande et aux États-Unis, afin d'augmenter son chiffre d'affaires. L'administration fiscale a considéré que la présence virtuelle par le biais des sites de moteurs de recherche était constitutive d'un établissement stable et par suite, estimait que les paiements effectués par Right Florists à Google et Yahoo, devaient être taxés en Inde. Le tribunal de Kolkata n'a pas fait droit à cette argumentation et a exclu l'existence d'un établissement stable en l'absence de présence physique dans le pays. Si cette décision applique la position de l'OCDE en matière de sites internet, elle peut également exprimer une certaine volonté de réforme de la part de l'administration fiscale indienne dans le sens d'un élargissement de la notion d'établissement stable aux sites internet.

En pratique, par application stricte des principes de l'OCDE, les serveurs seront très rarement qualifiés d'établissements stables. Car il suffit de faire appel à un prestataire responsable d'un centre de serveurs, de délocaliser régulièrement les données ou le serveur lui-même, ou en France, de prouver que ces serveurs sont gérés de manière automatique, pour éviter la qualification d'établissement stable.

Les conséquences sont radicales pour les États de la source, qui sont alors privés des recettes fiscales qu'ils auraient touchées s'il s'était agi de commerce traditionnel. Les critères de rattachement territorial des bénéficiaires sont ainsi un facteur de concurrence fiscale entre États, au lieu d'assurer une fonction de partage des bases taxables.

b. L'optimisation de la gestion des actifs immatériels : une perte de recettes fiscales pour l'État de la résidence

La conclusion d'accords de cession ou l'octroi de licences intragroupes portant sur les brevets ou les

marques des entreprises de numérique contribuent à optimiser leur taux effectif d'imposition en procédant à la relocalisation des actifs incorporels stratégiques de l'entreprise dans des pays à fiscalité privilégiée. La stratégie fiscale liée aux actifs incorporels repose sur deux montages combinés : celui de l'octroi de licences d'utilisation en contrepartie de redevances, dont le montant est évalué en fonction de la réglementation sur les prix de transfert, et l'utilisation d'entités hybrides ainsi que de sociétés domiciliées dans des États complaisants, qui n'exigent pas de condition de substance.

L'octroi de licence d'exploitation des actifs incorporels à des filiales et sous-filiales permet d'une part pour ces sociétés de déduire une charge, minimisant ainsi leur résultat net, d'autre part de faire remonter les bénéfices en bout de chaîne afin de les relocaliser dans un pays à fiscalité privilégiée. Au final, la société mère, souvent résidente des États-Unis, n'est pas imposée sur ces revenus en vertu des règles CFC américaines qui ne s'appliquent pas aux revenus des redevances. L'imposition n'intervient que dans la mesure où ces revenus sont rapatriés aux États-Unis. Ils ont donc vocation à rester dans le territoire du pays à fiscalité privilégiée, jusqu'à ce que les entreprises puissent bénéficier d'un régime de faveur pour leur rapatriement¹⁰.

c. TVA : connexion au lieu de consommation

En principe, s'agissant des transactions BtoC portant sur des services électroniques, celles-ci sont taxables au lieu d'établissement du prestataire. Cette règle engendre de très importantes distorsions de concurrence au sein de l'Union européenne et au regard des entreprises établies dans des pays tiers. De nombreux acteurs de l'Internet ont ainsi décidé de s'établir au Luxembourg, où le taux de TVA est de 15%.

Le problème a rapidement trouvé une solution au sein de l'Union européenne avec l'adoption d'une

9 ITO V. Right Florists Pvt Ltd (ITA No 1336/Kol/2011) [2013] Kolkata Tribunal.

10 Cette possibilité avait été offerte par l'administration Bush en 2005 où les montants ainsi rapatriés aux États-Unis avaient été taxés à 5% au lieu de 35%. Près de la moitié de la trésorerie de Google serait bloquée aux Bermudes. E. D. KLEINBARD, « Stateless income », *Florida tax review*, Vol. 2011, n°9, 2011.

FISCALITÉ INTERNATIONALE

directive venant modifier le critère d'imposition en matière de services électroniques¹¹. A partir du 1er janvier 2015, le critère du lieu de consommation sera applicable aux transactions BtoC pour déterminer le taux de TVA.

Comme le souligne le document de travail, la mobilité des utilisateurs peut rendre difficile l'application de cette règle. C'est pourquoi, le lieu de consommation du service correspond, soit au lieu d'établissement du preneur consommateur, soit au lieu effectif de consommation du bien (Règle du Use and Enjoyment).

Même si cette nouvelle mesure induit une charge administrative supplémentaire non négligeable pour les prestataires, les règles de TVA sont peu à peu adaptées au secteur du numérique.

Une réelle source de distorsion de concurrence demeure cependant en matière de TVA s'agissant des transactions BtoB. En effet, lorsque le prestataire est situé en-dehors de l'UE et qu'il n'est pas enregistré, la taxe due sur la transaction est celle du lieu d'établissement du prestataire. Cette règle octroie un avantage concurrentiel aux entreprises non assujetties à la TVA au sein de l'Union Européenne.

II- L'EVOLUTION DU SECTEUR DU NUMERIQUE : UN BESOIN DE REGLES SPECIFIQUES ?

En attendant la publication des solutions, en septembre 2014, de nombreuses propositions de réforme ont été élaborées. Aucune jusqu'ici ne semble apporter de solution définitive, tant le problème est complexe et politique. Dans le cadre de cet article, diverses solutions seront recensées selon qu'elles adoptent une approche spécifique (A) ou la modification des règles actuelles (B).

A. Les approches spécifiques

La taxe sur la publicité en ligne et les services de commerce électronique (2012)

Dans une proposition de loi en date du 29 juillet 2012, le sénateur P. Marini propose la création de nouvelles taxes, sur la publicité en ligne et sur les services de commerce électronique. La première est censée transposer à l'Internet la taxe actuellement applicable aux régies publicitaires pour la publicité diffusée par la radio et la télévision, tandis que la seconde est une transposition de la taxe sur la surface commerciale (Tascom). Ces taxes avaient fait l'objet de précédentes initiatives en 2011 qui avaient été supprimées avant leur entrée en vigueur.

La version 2012 du projet de loi de la taxe sur la publicité en ligne est applicable aux régies publicitaires, qu'elles soient françaises ou étrangères, dont l'audience se trouve localisée en France. Concrètement, la taxe sur la publicité en ligne correspond à un taux de 0,5% sur les recettes comprises entre 20 millions et 250 millions d'euros et de 1% au-delà.

Quant à la nouvelle version de la taxe sur les services de commerce électronique (Tascoé), elle devrait concerner les ventes de services de commerce électronique opérées à toute personne établie en France. Cette taxe serait assise sur le montant brut des dépenses, au-delà de 460 000 euros de chiffre d'affaires¹².

Cette solution vise à permettre à l'État de consommation des services de percevoir des recettes fiscales, tout en assurant l'équité entre acteurs traditionnels et acteurs du numériques.

Cependant, ces deux taxes font peser des obligations déclaratives sur des prestataires étrangers. Ainsi les charges liées aux procédures de déclaration (notamment la désignation d'un représentant fiscal) seraient parfois supérieures à la taxe elle-même, ce qui serait contraire au principe de proportionnalité dans la mise en œuvre.

Par ailleurs, cette taxe ne prend pas en compte la structure économique du secteur du numérique. En effet, ce secteur se traduit par l'existence de

11 Directive n°2008/8/CE du Conseil modifiant la directive n°2006/112/CE.

12 P. MARINI, *Une feuille de route pour une fiscalité numérique neutre et équitable*, Rapport d'information au Sénat, n°614, p.262, 27 juin 2012.

FISCALITÉ INTERNATIONALE

grands groupes et de petites entreprises, à peine rentables selon la Fédération du commerce en ligne. Au regard de l'équité entre contribuables, cette taxe risque de pénaliser les petits acteurs du secteur. Or le rôle des politiques fiscales internes seraient davantage d'inciter le développement de secteurs à fort potentiel. Au contraire, l'adoption de cette taxe accentuerait les distorsions de concurrence entre les grands groupes du numérique et les petits acteurs, qui ne peuvent mettre en oeuvre les stratégies d'optimisation fiscale, et qui bénéficient ainsi de capacités d'investissement moindres.

La taxe sur les données personnelles (2013)

La création d'une taxe spécifique avait déjà été imaginée aux débuts de l'Internet avec la taxe sur les bits (*bit tax*)¹³. Les bits sont une unité de mesure des données informatiques. Cette taxe devait prendre la forme d'une retenue à la source portant sur le nombre de bits transmis lors de chaque communication.

La taxe sur les bits était ainsi une taxe basée sur des critères purement quantitatifs, indépendamment de la valeur du contenu transmis. Elle risquait donc d'être source de double imposition pour nombre d'entreprises.

Malgré cet échec, la création d'une taxe spécifique revient au goût du jour avec le projet COLLIN & COLIN, publié en janvier 2013. Parmi les propositions phares de ce rapport, on retrouve la création d'une taxe assise sur l'exploitation des données personnelles issues du « *travail gratuit* » des utilisateurs. Les entreprises dont le modèle d'affaires est basé sur la publicité, tels les moteurs de recherche et les réseaux sociaux, utilisent en effet les données issues de l'activité de leurs utilisateurs (historiques de recherche, parcours de navigation, données partagées, etc.). Les auteurs estiment que ce « *travail gratuit* » des utilisateurs est source de création de valeur, ce qui justifie la création d'une nouvelle taxe.

L'ensemble des entreprises exploitant des données personnelles issues du « *travail gratuit* » des

utilisateurs seraient concernées par cette taxe, quel que soit leur pays de résidence. Le principe de cette taxe serait ainsi celui de « *pollueur-payeur*. » L'imposition est applicable en fonction d'un tarif par utilisateur suivi, au-delà d'un certain seuil¹⁴. Enfin, la taxe serait également fonction des bonnes pratiques adoptées par l'entreprise en matière de gestion des données personnelles.

Cette étude est fondée sur l'idée que l'économie numérique repose exclusivement sur l'exploitation des données personnelles. Or tous les modèles d'affaires des entreprises de technologie de l'information ne sont pas basés sur l'exploitation du travail gratuit de leurs utilisateurs. Les seules entreprises dont le modèle d'affaires repose exclusivement ou partiellement sur la publicité sont les moteurs de recherche et les réseaux sociaux. Les autres entreprises, tels que les fournisseurs de biens ou de services dématérialisés, ont un modèle d'affaires qui repose sur un modèle classique de vente et où l'utilisation des profils de consommateurs pour le marketing n'excède pas les traitements opérés par les entreprises traditionnelles. Cela montre bien que la valorisation des données personnelles diffère totalement selon l'exploitation qu'en fait l'entreprise, et l'inadaptation d'une taxe unique pour des utilisations multiples. En cela, la taxe sur les données personnelles n'est pas très loin de la taxe sur les bits imaginée en 1990.

Inversement, si l'on considère l'exploitation des données dans un sens large, ce dispositif pourrait s'appliquer à des entreprises traditionnelles, où l'exploitation des données personnelles est au coeur de leur modèle d'affaires (les entreprises de publicité, les entreprises utilisant des systèmes de cartes de fidélité). Si l'économie du numérique a systématisé l'utilisation des données personnelles, il semble difficile d'envisager cette caractéristique comme un critère de distinction de ces entreprises.

Par ailleurs, les entreprises de technologie de l'information qui pourraient faire l'objet de cette taxe ont mis en oeuvre des stratégies reposant sur

13 Commission européenne, *Building the European information society for us all*, p.49, 1997.

14 P. COLLIN, N. COLIN, Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, Rapport au Ministre de l'économie et des finances, p.132, janvier 2013.

la gestion de leurs actifs incorporels, susceptibles d'être mises en oeuvre par tous types d'entreprises, que leur activité soit dématérialisée ou non. Ainsi cette taxe qui a pour vocation de compenser les distorsions de concurrence entre acteurs de l'internet et acteurs traditionnels, ne toucherait que les acteurs du numérique, alors que des entreprises traditionnelles mettent en place des montages d'optimisation fiscale similaires.

En pratique, cette nouvelle taxe serait très difficile à mettre en oeuvre. Les auteurs conviennent eux-mêmes qu'il n'existe pas actuellement de méthode fiable permettant de chiffrer les bénéfices liés à l'exploitation des données. Cette solution requiert en outre de connaître l'origine des données. Si les logiciels d'analyse de trafic permettent d'offrir une idée approximative du nombre de visites par pays, il faudrait que l'administration soit en mesure de contrôler ces chiffres.

Le but des propositions de réforme spécifiques est souvent de rétablir un équilibre dans le partage du droit d'imposer ainsi qu'une certaine neutralité entre acteurs français et étrangers. Or ces objectifs ne peuvent être atteints que par une réforme à l'échelle internationale. Au contraire, l'adoption de mesures internes accentuerait les distorsions de concurrence entre acteurs nationaux et étrangers et le dumping fiscal entre États, en provoquant des situations de double imposition de ces entreprises.

B. La modification des règles actuelles

En matière d'impôt direct, les problématiques fiscales soulevées par l'économie du numérique ne sont pas exclusives à ce secteur économique. Comme le souligne le document de travail de l'OCDE, la recherche de solutions dans le cadre de l'Action n°1 est fortement liée aux actions n°6 « *Prevent Treaty Abuse*, » n°7 « *Prevent the artificial avoidance of permanent establishment status*, » n°2 « *Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements*, » n°4 et 9 « *Limit Base Erosion via Interest Deductions and Other Financial Payments*, » mais également avec l'action n°3 « *Strengthen CFC rules*. » Le but est ainsi non seulement de restaurer l'imposition dans l'Etat de la source du revenu, mais également celle au niveau de l'Etat de résidence de la société mère.

Application d'une retenue à la source sur les transactions du commerce électronique

Cette proposition, formulée par la doctrine en 1998 et reprise dans le document de travail, envisage à l'instar des revenus passifs, l'application du système de retenue à la source aux revenus issus du commerce électronique. Cette solution ne crée pas d'impôt spécifique, mais tente de rattacher les activités du commerce électronique au système actuel d'imposition.

La notion d'établissement stable serait ainsi supprimée pour les transactions issues du commerce électronique, à l'instar du système applicable aux artistes et sportifs, et aux agents d'assurance (article 17 du modèle de convention OCDE).

En pratique, cette solution reposerait sur l'implication des établissements bancaires dans la collecte de l'impôt. Or la possibilité d'identifier avec certitude les transactions issues du commerce électronique semble techniquement difficile, ou du moins imposerait des contraintes de suivi lourdes à mettre en oeuvre pour les prestataires de paiement.

Modification de la définition d'établissement stable

Cette solution consiste à définir un nouveau seuil d'activité permettant de justifier son imposition par le pays de la source. Il s'agirait d'élargir la définition de l'établissement stable, qui serait également fondée sur une « *Significant Digital Presence* ». Les autres conditions de l'établissement stable (lieu, fixité et recherche de bénéfices) devraient également être validées. Par conséquent, un simple site internet pourrait constituer un établissement stable dans le pays de consommation, dès lors que celui-ci est implanté sur un serveur de manière permanente, peu important l'emplacement de ce dernier.

Mais dans la mesure où une entreprise pourrait avoir potentiellement des établissements stables dans tous les pays du monde, cette proposition doit être assortie de seuils concrets d'imposition. Plusieurs propositions ont été faites, révélant les tensions politiques sous-jacentes aux débats.

En France, le rapport COLLIN et COLIN propose la création d'une nouvelle définition de l'établissement

FISCALITÉ INTERNATIONALE

stable, plus restrictive, fondée sur l'exploitation des données personnelles. Il s'agirait de compléter la notion d'établissement stable en considérant qu'une entreprise qui fournit une prestation sur le territoire d'un État au moyen de données issues du suivi régulier et systématique des internautes sur le territoire de cet État devrait être regardée comme y disposant d'un établissement stable. Le bénéficiaire rattachable serait celui lié à l'exploitation des données.

D'autres idées ont été proposées pour la définition de la présence virtuelle significative¹⁵, telles que la détermination d'un seuil de chiffre d'affaires, ou encore la combinaison de plusieurs critères aussi précis que la durée de la relation client, la langue du site internet, l'utilisation de services bancaires localisés dans le pays, le droit applicable aux contrats, etc.

Sur cette question, les pays émergents, souvent net importateurs de biens et de services électroniques, se fondent sur la notion de marché pour revendiquer l'imposition dans l'Etat de la source. Le modèle de convention des Nations-Unies prévoit par exemple une interprétation plus large de la notion d'établissement stable, donnant plus de poids aux pays de la source¹⁶.

Par ailleurs, les pays émergents ont adopté des règles souples quant à l'attribution des bénéfices à un établissement stable. Le modèle de convention de l'ONU apporte un éclairage intéressant. Il « étend les droits d'imposition du pays de la source au-delà de la stricte imputation du bénéfice à un établissement stable et donne à un pays hôte le droit d'imposer les bénéfices attribuables aux ventes effectuées par l'entreprise non résidente sur le territoire du pays « des biens ou marchandises du même type que ceux vendus par le biais de cet établissement stable » ». Cela constitue le principe dit de « force d'attraction limitée¹⁷. » Dans ce cas, l'établissement est imposable sur tous les bénéfices qui lui sont imputables, mais aussi sur tous les bénéfices qui ont leur source dans le pays où il est situé.

CONCLUSION

Les entreprises de technologie de l'information sont favorisées dans la mise en oeuvre de stratégies d'optimisation fiscale. D'une part, la dématérialisation de leurs activités leur permet de s'internationaliser en développant peu d'infrastructures physiques, esquivant ainsi l'imposition dans les pays de consommation. D'autre part, la collecte des redevances portant sur les actifs incorporels est optimisée de manière à transférer les bénéfices dans des pays à faible pression fiscale.

Dans le cadre du plan d'action concernant le BEPS, la publication des propositions de l'OCDE est prévue en septembre 2014. Les solutions retenues seront alors proposées à discussion aux différents Etats membres. Une fois les solutions techniques identifiées, les discussions relatives à leur adoption risquent d'évoluer sur le plan politique vers une recherche de consensus entre les intérêts divergents en présence.

D'un côté les pays consommateurs de commerce électronique considèrent qu'ils offrent un marché, des infrastructures, voire même le « travail gratuit » de leurs citoyens. Cette position n'est pas sans rappeler un autre débat issu du BEPS, à savoir la problématique des prix de transfert dans les pays émergents, proche techniquement de celle de l'attribution des bénéfices à un établissement stable. De l'autre, les pays hôtes des grands groupes du numérique, principalement les États-Unis, sont soumis à des pressions très fortes de la part de ces entreprises. Par ailleurs, une fois qu'un consensus aura été trouvé, d'autres problèmes liés à l'application unanime, voire effective des règles surviendront.

Cependant, dans la mesure où les stratégies fiscales utilisées par les entreprises du numérique ne sont pas toutes spécifiques à ce secteur, même en l'absence d'un consensus sur une nouvelle définition de l'établissement stable, beaucoup d'autres règles issues du rapport BEPS pourront avoir un impact sur la stratégie fiscale des groupes du numérique.

15 OCDE, *Comments received on Public Discussion Draft « BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy »*, 16 April 2014.

16 United Nations, *Model Double Taxation Convention*, article 5 §3 b., 2011.

17 OCDE, *Imputation des bénéfices à un établissement stable effectuant des transactions commerciale par voie électronique*, p.8, 2001.

LES ENTREPRISES PÉTROLIÈRES FACE À LA MONTÉE EN PUISSANCE D'UNE FISCALITÉ ENVIRONNEMENTALE

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

La contribution climat-énergie (CCE) entrée en vigueur le 1^{er} avril dernier risque de poser quelques difficultés à la nouvelle Ministre de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Énergie. Tout comme elle avait « torpillé » la taxe carbone selon les propos de l'écologiste Nicolas Hulot en dénonçant « un impôt absurde, un impôt injuste, un impôt historiquement décalé dans le temps », Ségolène Royal a qualifié l'été dernier cette nouvelle contribution d'« impôt supplémentaire ». Elle devra pourtant faire face et gérer sa mise en œuvre...

Promotrice d'une « *social-écologie* » et d'une « *croissance verte* », la nouvelle Ministre souhaite faire de la France un exemple en matière d'écologie. Issue de la loi de finances pour 2014 annoncée comme le premier acte de verdissement de la fiscalité française, la CCE devrait satisfaire Ségolène Royal et pourtant il n'en est rien.

La fiscalité environnementale (ou écologique) est donc au cœur du débat politique en France comme à l'étranger. Elle vise à intégrer, dans les coûts supportés par les agents économiques, le coût des dommages environnementaux engendrés par leurs activités¹. Conformément au principe du « *pollueur-payeur* » énoncé dans la Charte de l'environnement, cette fiscalité vise à changer le comportement des acteurs économiques afin qu'ils soient plus respectueux de l'environnement. Les taxes environnementales peuvent être classées selon la problématique à laquelle elles se rapportent

(changement climatique, consommation de ressources, pollutions).

La taxe carbone en est typiquement un exemple puisqu'elle explicite le coût social des émissions de CO₂ afin que les acteurs économiques modifient leur comportement.

La fiscalité écologique concerne deux enjeux majeurs. Le premier est la transition énergétique, voie sur laquelle la France souhaite fermement s'engager. Dans le cadre de la Convention des Nations Unies sur les Changements climatiques, les pays parties se sont assignés comme objectif de réduire de moitié d'ici 2050 les émissions mondiales par rapport à celles de 1990².

Le second est la compétitivité du secteur industriel et plus particulièrement des entreprises pétrolières. Ces dernières sont au cœur du débat et souhaitent y

1 <http://www.comite-fiscalite-ecologique.gouv.fr/>

2 Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, « *Les enjeux de la transition énergétique* », <http://www.developpement-durable.gouv.fr/>

FISCALITÉ ENVIRONNEMENTALE

contribuer, car elles redoutent un alourdissement de la fiscalité sans mesure compensatoire. Toutefois, le Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi prévoyait déjà la mise en place d'un crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi (CICE) à hauteur de trois milliards d'euros d'ici 2016.

Suite à la conférence environnementale de septembre 2012, un Comité pour la Fiscalité Écologique (CFE) a été créé afin d'émettre des avis et de favoriser la mise en œuvre d'une fiscalité environnementale en France. Lors de la remise du rapport d'étape du Comité en juillet 2013, le gouvernement a confirmé sa volonté de faire de la loi de finances pour 2014 le premier acte de verdissement de la fiscalité française.

Ainsi, la France s'est engagée sur la voie d'une fiscalité plus environnementale (I) mais doit faire face à un « environnement » complexe (II).

I- PREMIERS PAS VERS UNE FISCALITÉ PLUS ÉCOLOGIQUE

La fiscalité écologique est un sujet sur lequel la France a un véritable retard en comparaison avec les autres Etats membres de l'Union européenne. Un état des lieux s'impose alors (A) avant de s'intéresser à la CCE censée « *verdir* » le comportement des acteurs économiques et notamment celui de l'industrie pétrolière (B).

A. Etat des lieux de la fiscalité environnementale des entreprises pétrolières

L'industrie pétrolière est concernée par deux taxes environnementales majeures : la taxe intérieure de consommation sur les produits énergétiques (TICPE) d'une part, et la taxe générale sur les activités polluantes (TGAP) d'autre part.

Principale taxe sur la consommation d'énergie, la TICPE prend la suite de la taxe intérieure sur les produits pétroliers (TIPP)³. La TICPE correspond bien à la définition de taxe environnementale puisqu'elle est assise sur la consommation de produits énergétiques dont l'utilisation provoque l'émission de diverses substances polluantes dans l'atmosphère.

La TICPE, et plus généralement la fiscalité des produits pétroliers et gaziers en France, est encadrée par la directive européenne 2003/96/CE du 27 octobre 2003 qui définit le régime des accises que l'on retrouve aux articles 265 et suivants du Code des douanes. Une liste commune à tous les Etats membres de l'UE fait état d'un certain nombre de produits pétroliers utilisés comme combustible ou carburant qui entrent dans le champ d'application de la TICPE.

La date d'exigibilité de la TICPE est celle de la mise à la consommation des produits pétroliers qui a lieu lors de leur importation ou lors de leur fabrication ou encore lors de leur sortie d'un régime douanier suspensif⁴. Toutefois, dans l'hypothèse de produits importés d'un Etat membre de l'UE, la taxe est alors exigible lors de leur réception en France.

Il est important de noter qu'une régionalisation d'une fraction de la TICPE a été mise en place depuis 2007⁵, dans la limite de 1,77 €/hl pour les supercarburants et de 1,15 €/hl pour le gazole⁶. Depuis 2011, les conseils régionaux peuvent majorer d'une deuxième tranche la TICPE applicable aux carburants vendus sur leur territoire dans la limite de 0,73 €/hl pour les supercarburants et de 1,35 €/hl pour le gazole⁷. L'application de cette deuxième tranche a pour but de financer de grands projets d'infrastructure de transport durable⁸.

3 Rapport du Commissariat général du développement durable, Service de l'observation et des statistiques (Décembre 2012) : « *Inventaire des taxes environnementales en France* ».

4 Ibid.

5 Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, « *La fiscalité des produits énergétiques applicable en 2014* », <http://www.developpement-durable.gouv.fr/>

6 Article 265 du Code des douanes.

7 Ibid., note 5.

8 Article 265 A bis du Code des douanes.

FISCALITÉ ENVIRONNEMENTALE

Plusieurs activités économiques bénéficient de réductions ou d'exemptions de TICPE et notamment les transporteurs routiers, les exploitants de taxis et de transport public. Il existe également des exonérations de TICPE sur les produits énergétiques en fonction de leurs usages, par exemple :

- usage à des fins autres que carburant ou combustible⁹;
- en tant que « double usage », c'est à dire, lorsque les produits énergétiques sont utilisés à la fois comme combustible et pour des usages autres que carburant ou combustible¹⁰;
- dans un procédé de fabrication de produits minéraux non métalliques¹¹;
- pour les besoins de l'extraction et de la production du gaz naturel¹².

La CCE ou « *taxe carbone* » est la grande nouveauté en matière d'environnement de la loi de finances pour 2014¹³. Ainsi, à partir du 1^{er} avril 2014, le montant de la TICPE est déterminé sur la base du contenu en dioxyde de carbone (CO₂) lié à la combustion des produits énergétiques. La valeur de la tonne de carbone est fixée à 7 euros en 2014, 14,5 euros en 2015 et 22 euros en 2016¹⁴.

Par ailleurs, la loi de finances pour 2014 supprime progressivement le dispositif de défiscalisation de TICPE en faveur des biocarburants¹⁵. L'avantage fiscal sera réduit sur 2014 et 2015 pour être totalement supprimé à partir de 2016¹⁶.

Quatrième recette fiscale du budget de l'Etat derrière la taxe sur la valeur ajoutée, l'impôt sur le revenu et l'impôt sur les sociétés, la TICPE est une

taxe environnementale avec un enjeu de taille. Pour l'année 2014, les recettes de TICPE sont prévues à 13,4 milliards d'euros pour l'Etat¹⁷. La TICPE se répercute sur les consommateurs au moment de la vente du carburant mais il est difficile de connaître avec précision sa répartition entre d'une part les ménages (consommation finale) et d'autre part les branches d'activité (consommation intermédiaire) à partir des informations collectées par la Direction générale des douanes et des droits indirects.

Seconde taxe environnementale concernant l'industrie pétrolière, la TGAP¹⁸ a été créée par la loi de finances pour 1999 et renforce la mise en oeuvre du principe « *pollueur-payeur* »¹⁹. Son champ d'application n'a cessé de s'étendre ces dernières années.

Comme la TGAP porte sur la production ou la consommation de déchets ou de produits polluants, il s'agit plus précisément d'une taxe environnementale dite « *pollution* », sauf pour deux de ses composantes : la TGAP « *matériaux d'extraction* » à classer en « ressources » et la TGAP « *carburants* » à classer en « énergie »²⁰.

La TGAP porte désormais sur huit catégories d'activités polluantes et notamment les déchets, les émissions polluantes, les lubrifiants huiles et préparations lubrifiantes, les matériaux d'extraction et les carburants.

La composante « *carburants* » a été instituée en 2005 et a pour but de favoriser l'incorporation de biocarburants dans les super carburants et le gazole mis à la consommation en France²¹. Le taux de la TGAP augmente progressivement chaque année

9 Article 265 bis du Code des douanes.

10 Article 265 C du Code des douanes.

11 Ibid.

12 Ibid., note 9.

13 « Lois de finances : ce qui a été voté en matière d'environnement », <http://www.actu-environnement.com/ae/news/loi-finances-PLF-PLFR-environnement-fiscalite-20297.php4>

14 Ibid., note 5.

15 Article 265 bis A du Code des douanes.

16 Ibid., note 13.

17 Ibid., note 5.

18 Articles 266 sexies à 266 terdecies du Code des douanes.

19 Travaux du Comité pour la Fiscalité Ecologique, Tome 2, p. 346 (Juillet 2013) : « *La taxe générale sur les activités polluantes* ».

20 Ibid., note 3.

21 Ibid., note 3.

FISCALITÉ ENVIRONNEMENTALE

(7% pour les essences et à 7,7% pour le gazole dans la loi de finances pour 2014) et diminue à proportion de la quantité de biocarburants durables incorporée.

Afin de répondre aux objectifs de la Directive 2008/50/CE, la loi de finances pour 2014 étend le champ d'application de la TGAP à sept nouvelles substances polluantes dans l'atmosphère : plomb (10 €/kg), zinc (5 €/kg), chrome (20 €/kg), cuivre (5 €/kg), nickel (100 €/kg), cadmium (500 €/kg) et vanadium (5 €/kg)²².

Après avoir dressé cet état des lieux de la fiscalité environnementale française touchant l'industrie pétrolière, il convient de se demander si la loi de finances pour 2014 s'inscrit véritablement dans la démarche d'une fiscalité plus écologique. Une chose est sûre, la création de la CCE n'est pas passée inaperçue, mais répond-elle pour autant aux attentes du CFE ?

Comme avait pu le constater ce comité, la fiscalité environnementale s'est construite en France sur une logique de rendement. Dans son rapport d'étape de juillet 2013, le CFE annonçait clairement son souhait de réorienter progressivement cette fiscalité afin d'encourager les agents économiques à avoir des comportements environnementaux plus vertueux. L'introduction d'une composante carbone et le rééquilibrage de la taxation essence-diesel avaient alors été proposés afin d'arriver à cette fin avec un scénario de base sur la période 2014-2020.

B. De la taxe carbone à une assiette carbone

Après l'échec de la tentative initiée par le précédent Gouvernement sous la présidence de Nicolas Sarkozy, la taxe carbone semble être de retour sous le nom de « *contribution climat-énergie* ».

En décembre 2009, le projet de taxe carbone avait été annulé par le Conseil constitutionnel dans son

intégralité, car jugé contraire à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique et au principe d'égalité devant les charges publiques²³. Le projet prévoyait trop d'exemptions puisque moins de la moitié des émissions de gaz à effet de serre y aurait été soumise. Le projet d'introduire une taxe carbone en France avait donc été abandonné jusqu'au projet de loi de finances pour 2014 (article 32) présenté en septembre 2013²⁴.

L'introduction d'une CCE répond parfaitement en apparence à l'une des grandes priorités du quinquennat en cours : la transition énergétique. En effet, celle-ci a vocation à « *verdir* » le comportement des particuliers et des entreprises en décourageant la consommation d'énergies polluantes responsables du changement climatique.

Votée dans le cadre de la loi de finances pour 2014 et entrée en vigueur le 1^{er} avril 2014, la CCE a pour but de diminuer les émissions de CO₂ tout en permettant le financement de projets qui s'inscrivent dans le cadre de la transition énergétique²⁵.

Selon Bernard Cazeneuve, Ministre du Budget au moment de l'adoption du dispositif, cette nouvelle contribution vise à faire évoluer le comportement des agents économiques : « *la fiscalité écologique n'est pas une fiscalité qui va rajouter de la pression fiscale à celle existante. [...] Il ne s'agit pas de rajouter des impôts aux impôts. Il s'agit de faire évoluer la fiscalité existante de manière à susciter des comportements vertueux* ».

Comme on l'a vu précédemment, depuis le 1^{er} avril dernier, le montant de la TICPE tient compte de cette CCE et est donc déterminé sur la base du contenu en dioxyde de carbone lié à la combustion des produits énergétiques. Il ne s'agit donc pas d'un nouvel impôt en soi mais d'une nouvelle assiette carbone qui vient majorer le montant d'une taxe préexistante, la TICPE²⁶. La valeur de la tonne de carbone est fixée dans le Code des douanes à

22 Ibid., note 13.

23 Travaux du Comité pour la Fiscalité Ecologique, Tome 2, p. 239 (juillet 2013) : « Contribution Climat-Energie, Aspects juridiques ».

24 « *La taxe carbone en trois questions* », Chambre d'agriculture, n° 1029, Janvier 2014.

25 « *La « taxe carbone » est entrée en vigueur* », EDF - L'énergie en questions, Avril 2014.

26 « *Le retour de la taxe carbone, un casse-tête fiscal et social pour le gouvernement* », LeMonde.fr, Septembre 2013.

FISCALITÉ ENVIRONNEMENTALE

7 euros en 2014, 14,5 euros en 2015 et 22 euros en 2016²⁷.

S'agissant plus spécifiquement du prix de l'essence et du gazole, cette assiette carbone n'aura pas d'effet sur celui-ci en 2014 en raison de la baisse équivalente de TICPE mais en aura bien un au moins en 2015 et 2016. Selon les estimations, cette composante carbone aura pour conséquence une augmentation du prix de l'essence de 2,6 centimes par litre et du prix du gazole de 2,9 centimes (TVA à 20% incluse).

La CCE devrait générer 340 millions d'euros de recettes à l'Etat en 2014, puis 2,5 milliards en 2015, pour enfin rapporter 4 milliards en 2016. Cette taxe sera principalement financée par les ménages (à hauteur des deux tiers) qui se verront reverser une partie de ces recettes par l'intermédiaire de la baisse du taux de TVA à 5,5% sur les travaux de rénovation thermique ainsi que sur le logement social et intermédiaire. Ces recettes devraient également contribuer d'une part à financer le crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi (CICE) en faveur des entreprises à hauteur de 3 milliards d'euros en 2016, et d'autre part la transition énergétique.

Ainsi, cette contribution climat-énergie a été introduite avec pour objectif de réduire les émissions de gaz à effet de serre en orientant les agents économiques vers une consommation plus saine pour l'environnement et de diminuer l'écart de taxation entre l'essence et le diesel²⁸.

Le choix de cette contribution, telle qu'elle a été mise en place par la loi de finances pour 2014,

peut légitimement être remis en cause au vu du rapport d'étape remis au Gouvernement par le CFE en juillet dernier²⁹. Son président, M. de Perthuis recommandait bien l'instauration d'une assiette carbone dans la fiscalité française mais les modalités de son introduction ne semblent pas avoir été suivies.

Avant toute chose, fixer le prix de la tonne carbone à 7 euros (alignement sur la valeur de la tonne carbone échangée sur le marché ETS³⁰) est discutable, car cela risque de rendre le mécanisme pas suffisamment incitatif. Le CFE proposait un prix de 7 euros en 2014 qui augmenterait progressivement jusqu'à 20 euros en 2020 alors que la Fondation Nicolas Hulot (FNH) suggérait un objectif de 40 euros la tonne en 2020. Lors du projet de taxe carbone en 2009, les rapports Rocard et Quinet estimaient déjà que la valeur idéale pour diviser par quatre les émissions polluantes d'ici 2050 était de 32 euros.

Comme le montrent les tableaux ci-dessous, l'écart de taxation entre l'essence et le diesel s'élève actuellement à 17,85 centimes d'euros par litre. Alors que le rapport de Perthuis proposait de le réduire de 2,92 centimes en 2016, il ne sera diminué que de 0,54 centimes avec la loi de finances pour 2014 malgré une valeur de la tonne carbone plus élevée. Avec ce rythme de croisière, l'écart de taxation entre les deux carburants ne sera rattrapé que dans 66 ans... A cela s'ajoutent les propos de la nouvelle Ministre, Ségolène Royal, qui déclarait en mars dernier : « *On a encouragé les Français pendant des années à acheter des voitures diesel, on ne va pas du jour au lendemain leur taper sur la tête avec un impôt supplémentaire* ».

Montants de TICPE c€/l dans la loi de finances pour 2014

	CO2 €/t	Gazole	Essence	Ecart de taxation
2013	0	42,84	60,69	17,85
2014	7	42,84	60,69	17,85
2015	14,5	44,82	62,41	17,59
2016	22	46,81	64,12	17,31

27 Ibid., note 5.

28 « Contribution climat-énergie : fonctionnement, impact et évolution », <http://www.toutsurlesimpôts.com>

29 Travaux du Comité pour la Fiscalité Ecologique, Tome 2, p. 317 (Juillet 2013) : « Assiette carbone et rééquilibrage de la taxation essence-diesel, Propositions de mise en oeuvre sur la période 2014-2020 ».

30 Emission Trading Scheme ou Système communautaire d'échange de quotas d'émission (SCEQE).

FISCALITÉ ENVIRONNEMENTALE

Montants de TICPE c€/l dans le rapport d'étape du CFE

	CO2 €/t	Gazole	Essence	Ecart de taxation
2013	0	42,84	60,69	17,85
2014	7	43,20	60,29	17,09
2015	9,2	44,77	60,78	16,01
2016	11,3	46,34	61,27	14,93

Par ailleurs, diminuer l'écart des taxes entre l'essence et le gazole n'est pas le seul levier permettant un rééquilibrage graduel de la fiscalité environnementale française. En effet, deux autres leviers existent et ont un impact considérable sur l'arbitrage essence/diesel fait par les agents économiques. Le premier levier est la récupération de la TVA sur les carburants des véhicules professionnels. La généralisation de cette mesure réduirait sans aucun doute la préférence pour les véhicules diesel. Le second concerne le bonus-malus écologique qui avantage le diesel par rapport à l'essence puisqu'il conduit à alourdir la taxe sur le véhicule essence. Contrairement aux idées reçues, la fiscalité écologique est un outil de la transition énergétique parmi d'autres.

Ainsi, la loi de finances pour 2014, censée être le premier acte de verdissement de la fiscalité française, semble s'éloigner des recommandations du rapport de Perthuis visant à piloter dans de bonnes conditions le rééquilibrage de la taxation essence-diesel. Cela explique en partie les réserves émises par les nombreuses parties prenantes concernées par le sujet.

II- UN ENVIRONNEMENT COMPLEXE

Conformément aux recommandations de l'OCDE et à l'image de certains Etats membres de l'UE (B), la France souhaite s'engager sur la voie d'une transition énergétique plus écologique, un enjeu majeur des années à venir, à la fois pour les citoyens et pour le secteur industriel (A).

A. Des parties prenantes méfiantes

Les questions environnementales concernent toujours de nombreuses parties prenantes. Dans le cas présent, il s'agit en particulier de l'industrie pétrolière (1) et des écologistes (2) qui ont exprimé certaines inquiétudes sur les modalités d'application de la CCE.

1. Une industrie pétrolière perplexe

Incontestablement, l'industrie pétrolière française souhaite prendre part au débat sur la transition énergétique afin de rappeler que la compétitivité de l'économie française est en jeu³¹. En effet, les entreprises pétrolières redoutent une dégradation de leur compétitivité en Europe et dans le monde entier.

Cette crainte est justifiée dans la mesure où chaque année les entreprises pétrolières versent 24 milliards de TICPE. L'Union française des industries pétrolières (UFIP) souhaite « *une fiscalité incitative plutôt que dissuasive* »³². Le secteur industriel français souffre aujourd'hui d'un déficit de compétitivité qu'il ne faudrait pas aggraver par une fiscalité environnementale sans compensation.

En outre, le Groupe des fédérations industrielles (GFI) a émis de nombreuses réserves suite à la mise en place de la CCE et craint aussi un impact négatif sur la compétitivité dû à une certaine instabilité fiscale³³. Le GFI espère que les 4 milliards d'euros de recettes fiscales générées en 2016 seront effectivement compensés par une diminution de charges. Le GFI regrette également que cette

31 Jean-Louis Schilansky, « Notre Contribution au débat sur la transition énergétique en France », UFIP, Mars 2013.

32 Ibid.

33 « Contribution Climat-Energie – L'anti pause fiscale ? », Groupe des Fédérations Industrielles, Septembre 2013.

FISCALITÉ ENVIRONNEMENTALE

nouvelle assiette carbone ne concerne que les consommations énergétiques en France et suggère une harmonisation au niveau européen.

Le débat sur la transition énergétique en France passe également par une réflexion sur les modèles de production et la façon d'utiliser l'énergie. L'UFIP ne manque pas de souligner l'importance du pétrole qui reste une énergie incontournable, en particulier pour la pétrochimie et le transport.

L'UFIP revient également sur un sujet très polémique, les hydrocarbures de schiste, qui auraient selon elle un rôle important à jouer dans les décennies à venir en permettant de trouver suffisamment d'énergie. L'industrie pétrolière française regrette l'interdiction des fracturations hydrauliques en France qui la pénalise par rapport à ses voisins européens en empêchant toute campagne d'exploration et ainsi décourageant les investissements. L'arrivée de Ségolène Royal au Gouvernement ne ferme pas la porte à ce débat. En effet, en 2011, elle s'était montrée favorable à cette interdiction jugeant que la maîtrise de l'exploitation n'était pas assurée. Elle ne s'était donc pas catégoriquement opposée à son exploitation dans le futur et estimait nécessaire la poursuite des recherches sur les procédés d'extraction. L'UFIP s'appuie sur l'exemple américain dans sa démonstration en faveur de l'exploitation des hydrocarbures de schiste dont les retombées socio-économiques positives y sont sans appel avec notamment la création de nombreux emplois, une baisse importante du prix du gaz et le retour de certaines industries sur le territoire américain.

S'agissant de la réduction de l'écart de taxation entre l'essence et le diesel par le biais d'une assiette carbone, l'UFIP s'est montrée favorable à cette mesure sous réserve toutefois d'une harmonisation progressive. En effet, cet écart a pour conséquence un déséquilibre des consommations auquel ne peut faire face le raffinage. Il ne faut pas oublier que cette

industrie est porteuse d'emplois et assure la sécurité d'approvisionnement du pays. Les importations de gazole sont en hausse et ont un impact sur l'économie nationale. L'UFIP souhaite donc que le raffinage ne soit pas davantage pénalisé par une fiscalité écologique inadaptée et plus contraignante que celle de nos voisins européens. D'autres leviers fiscaux tels que le bonus-malus écologique et la récupération de la TVA sont également proposés.

Les mesures de la loi de finances pour 2014 portant sur la TGAP et les biocarburants sont deux autres sources d'inquiétudes pour l'industrie du raffinage. En effet, l'extension du champ d'application de la TGAP à sept nouvelles substances polluantes risque d'engendrer un coût supplémentaire et la suppression progressive des mesures de défiscalisation de TICPE en faveur des biocarburants sera significative pour les raffineries.

Le GFI ne manque pas de souligner le fait que les émissions de CO₂ en France ne représentent qu'une part infime des émissions de CO₂ au niveau mondial (1,2%) et sont largement en dessous de la moyenne européenne³⁴. De plus, une baisse de 30% des émissions de gaz à effet de serre a déjà pu être constatée depuis 1990.

2. Des écologistes et des syndicats inquiets

Cette nouvelle contribution, pourtant censée s'inscrire dans le cadre du verdissement de la fiscalité française, ne semble pas totalement satisfaire les écologistes. En effet, France Nature Environnement et le réseau Action-Climat ont estimé, pour reprendre l'image, qu'il s'agissait d'un verdissement « *un peu pâle* »³⁵.

Les écologistes lui reprochent tout d'abord de profiter essentiellement aux entreprises par l'intermédiaire du CICE. En effet, les recettes fiscales ainsi générées bénéficieront majoritairement aux entreprises et non aux ménages. Selon la CFDT, la fiscalité

34 Ibid., note 34.

35 Stéphanie Senet, « *PLF 2014 : une petite fiscalité écologique et moins de crédits* », Journal de l'environnement, Septembre 2013.

FISCALITÉ ENVIRONNEMENTALE

écologique ne vise pas à améliorer la compétitivité des entreprises³⁶. Est également critiqué le fait que la CCE ne s'applique pas véritablement avant 2015 aux carburants.

Selon certaines fédérations professionnelles, cette assiette carbone serait même à l'opposé d'une fiscalité écologique en raison d'une démarche incohérente³⁷. En effet, en s'appliquant indifféremment à toutes les énergies soumises à la TICPE sans tenir compte de leur origine fossile ou renouvelable, la CCE concerne les biocarburants alors que le CO₂ émis par la combustion de ces bioénergies n'augmente pas l'effet de serre. L'assiette carbone nouvellement introduite serait donc en contradiction avec le Paquet énergie climat européen qui pose comme principe que « *la biomasse et toutes les bioénergies qui en sont issues ont un facteur d'émission de CO₂ égal à zéro* »³⁸. Ces fédérations estiment donc anormal le fait que la CCE soit appliquée indifféremment aux carburants classiques et à ceux comprenant des biocarburants.

La CGT a également participé aux travaux du CFE et considère que l'assiette carbone doit s'inscrire dans une « *réflexion d'ensemble sur l'efficacité de la fiscalité et sur la justice fiscale* »³⁹. La CGT en a profité pour insister sur la transition énergétique et son souhait d'étendre le critère environnemental à l'assiette de la contribution économique territoriale (CET) et de moduler l'impôt sur les sociétés en fonction du comportement des entreprises.

B. Tour d'horizon international

Confronter l'assiette carbone mise en place cette année aux pratiques exemplaires préconisées par l'OCDE (1) et à la fiscalité environnementale européenne (2) permettra de dresser un bilan de la transition énergétique en France.

1. Pratiques exemplaires des pays de l'OCDE

Il est en effet intéressant de prendre du recul par rapport à la fiscalité environnementale introduite en France et de connaître les recommandations de l'OCDE en la matière⁴⁰.

Les pays de l'OCDE devront faire face ensemble dans les années à venir à un véritable défi écologique puisque d'ici à 2050 la population mondiale devrait passer à plus de 9 milliards de personnes.

En mai 2011, une Stratégie pour une croissance verte a été adoptée par les membres de l'OCDE afin d'encourager la croissance économique tout en préservant l'environnement. Dans ce cadre, des taxes environnementales doivent être mises en place afin d'intégrer le coût des atteintes à l'environnement. Taxer l'énergie permettra d'influer sur le comportement des agents économiques et donc sur le changement climatique. Le rapport Taxing Energy Use de janvier 2013 est instructif en ce qu'il montre la façon dont chaque pays consomme des énergies et les taxe. Il fait également ressortir de fortes disparités d'un pays à l'autre et d'un secteur à l'autre. En effet, du fait de taux bas et de divers allègements fiscaux, certains secteurs ne sont pas suffisamment sensibilisés aux émissions de CO₂. La difficulté réside dans l'arbitrage entre d'un côté la compétitivité, et de l'autre les problématiques environnementales. Globalement, l'expérience montre que les agents économiques réagissent au signal prix faisant de la taxe environnementale une mesure efficace d'un point de vue écologique.

Afin qu'une taxe environnementale soit à la fois efficace écologiquement et juste socialement, l'OCDE préconise une assiette basée sur le polluant ou le comportement à l'origine de la pollution⁴¹. Afin d'éviter au maximum les exemptions qui

36 Travaux du Comité pour la Fiscalité Ecologique, Tome 2, p. 264 (Juillet 2013) : « *La CFDT et la fiscalité écologique* ».

37 Fanny Costes, « *Une contribution climat-énergie à l'opposé d'une fiscalité écologique ?* », Energies Actu, Décembre 2013.

38 Ibid.

39 Travaux du Comité pour la Fiscalité Ecologique, Tome 2, p. 261 (Juillet 2013) : « *Les implications sociales et les compensations nécessaires à la mise en place d'une taxe carbone* ».

40 Travaux du Comité pour la Fiscalité Ecologique, Tome 2, p. 78 (Juillet 2013) : « *La fiscalité écologique : profil et pratiques exemplaires des pays de l'OCDE* ».

41 Ibid.

FISCALITÉ ENVIRONNEMENTALE

affaiblissent le signal prix et vont à l'encontre du principe « pollueur-payeur », une application uniforme de la taxe est recommandée. La création d'un Comité pour la Fiscalité Ecologique est également conseillée et permet aux différents agents économiques d'échanger, ce qui renforce la crédibilité de la mesure.

L'exemple le plus parlant reste celui de la Suède qui a été le premier pays de l'UE et l'un des premiers au monde à instaurer une taxe carbone⁴². Calculée en fonction du contenu en carbone de chaque type de combustible, elle est équivalente à une taxe sur les émissions. La valeur de la tonne carbone n'a cessé d'augmenter progressivement en passant de 27 euros en 1991 à 114 euros en 2009, montant qui devrait se maintenir jusqu'en 2015 avant une nouvelle hausse. S'agissant de la répartition de la taxe, les ménages sont taxés 2,5 fois plus que les industriels, ce qui est compensé par une baisse des cotisations sociales et de l'impôt sur le revenu. Afin de ne pas nuire à la compétitivité du secteur industriel, un taux réduit, voire nul, est mis en place et les industries sous ETS sont exemptées de taxe. Les résultats sont convaincants puisque les émissions de CO₂ ont baissé de 15%, la biomasse s'est développée et le PIB a augmenté de 50% sur la période 1991-2008. A la différence de la Suède qui a adopté une taxe carbone en tant que telle, la France s'est dotée d'une taxation implicite des émissions de CO₂ par l'intermédiaire de la TICPE.

2. Panorama de la fiscalité environnementale européenne

La politique environnementale européenne est très ambitieuse. En effet, d'ici 2020, les émissions de gaz à effet de serre devront être réduites, la consommation énergétique maîtrisée et les énergies renouvelables développées⁴³. A cela s'ajoute un

cadre législatif à mettre en place d'ici 2030. La « sécurité d'approvisionnement, la compétitivité et la durabilité » sont les maîtres mots de cette politique⁴⁴.

La position environnementale de la France par rapport à ses voisins européens est assez nuancée. Selon les données Eurostat, les recettes générées par la fiscalité environnementale européenne sont en moyenne de 2,4% du PIB, contre 1,9% pour la France qui se positionne ainsi à la 25^{ème} place⁴⁵. Toutefois, ce résultat s'explique en partie par la définition Eurostat d'une taxe environnementale qui porte à la fois sur la fiscalité environnementale et énergétique.

Certains aspects de la fiscalité environnementale française restent tout de même positifs. Les recettes associées à la TGAP sont par exemple en hausse. En outre, la France se démarque par son très faible niveau d'émissions de CO₂ par habitant (5,9 tCO₂/hab.) à la différence de l'Allemagne par exemple (9,6 tCO₂/hab.). Cela s'explique notamment par une production d'énergie assurée essentiellement par des centrales nucléaires. La CCE s'inscrit dans cette démarche en visant la réduction des émissions de CO₂. Elle permet également d'anticiper l'éventuelle révision de la directive énergie 2003/96/CE proposée par la Commission en 2011 afin d'harmoniser l'écart de taxation entre l'essence et le diesel et d'introduire une composante carbone dans les droits d'accise⁴⁶.

Cette réforme permettrait d'instaurer un cadre européen de taxation des émissions de CO₂ avec un signal prix cohérent et harmonisé, tout en préservant la compétitivité du secteur industriel⁴⁷. Conformément aux critères de durabilité, cette taxe carbone ne s'appliquerait pas aux énergies

42 Travaux du Comité pour la Fiscalité Ecologique, Tome 2, p. 270 (Juillet 2013) : « *L'impact sur les secteurs industriels de l'introduction d'une taxe carbone en France* »

43 Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, « *La France dans son environnement européen et international* », <http://www.developpement-durable.gouv.fr/>

44 Ibid.

45 Ibid., note 43

46 Travaux du Comité pour la Fiscalité Ecologique, Tome 2, p. 211 (Juillet 2013) : « *Le changement climatique : le grand absent de la fiscalité écologique !* »

47 Travaux du Comité pour la Fiscalité Ecologique, Tome 2, p. 329 (Juillet 2013) : « *Fiscalité de l'énergie : directive 2003/96/CE et proposition de directive COM (2011) 169* »

FISCALITÉ ENVIRONNEMENTALE

renouvelables et les installations soumises au système d'échange de quotas d'émission seraient exonérées. La valeur de la tonne carbone serait fixée à 20€.

A l'instar de ce projet de révision de la directive énergie, la France a introduit une assiette carbone dans sa fiscalité en espérant réussir sa transition énergétique. L'idée de « *taxe carbone* » est bien présente en France comme à l'international. Toutefois, les recommandations du rapport de Perthuis auraient sûrement dû être davantage

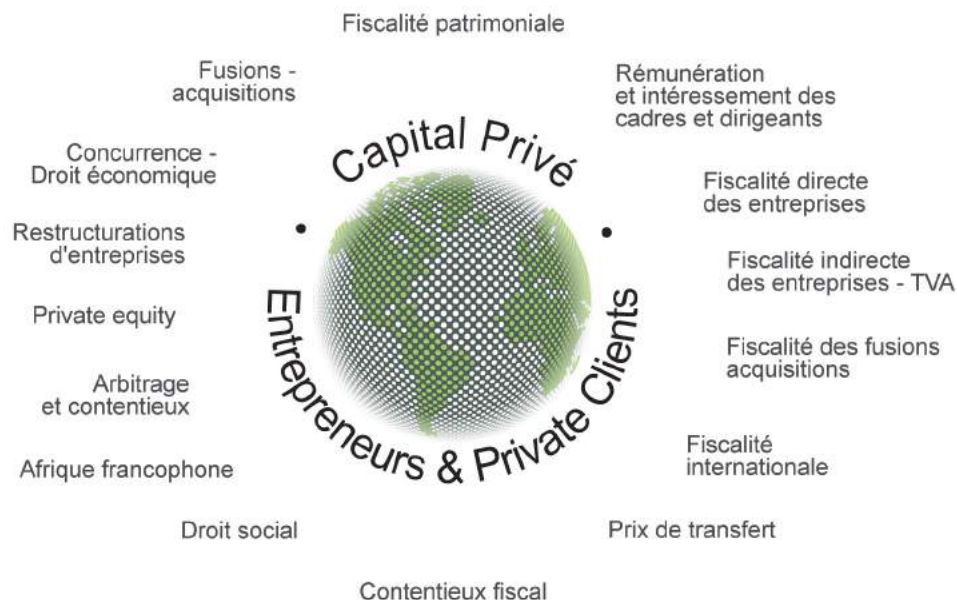
suivies pour plus de résultat d'ici 2020. Cette transition énergétique ne doit pas se faire au détriment de la compétitivité du secteur industriel et notamment des entreprises pétrolières et doit se conjuguer avec un effort d'innovation.

Le climat étant un bien public, l'idéal serait d'instaurer une taxe carbone au niveau mondial. La question reste délicate et touche de nombreuses parties prenantes. En l'état actuel des négociations, cela reste utopique.



STC Partners
Société d'Avocats

Passion for your excellence.



www.stcpartners.fr

171, boulevard Haussmann - 75008 Paris / Tél : +33 (0) 1 53 53 30 30 / Fax : +33 (0) 1 53 53 30 53



STC Partners
Société d'Avocats

Passion for your excellence.

Family offices

Dirigeants internationaux

Groupes privés et familiaux

Jeunes entreprises innovantes

Structures et véhicules d'investissement

Fonds d'investissements spécialisés

Fondations et fonds de dotation

Actionnaires de sociétés

Groupes internationaux

Fonds souverains



www.stcpartners.fr

171, boulevard Haussmann - 75008 Paris / Tél : +33 (0) 1 53 53 30 30 / Fax : +33 (0) 1 53 53 30 53