

Tax Connect

Les contribuables face aux besoins budgétaires croissants des États européens

Sommaire

Assistance au recouvrement dans l'Union européenne : quelles conséquences pratiques pour les contribuables ?	4
Quel avenir pour l'Assiette Commune Consolidée pour l'Impôt des Sociétés ?	9
Structures de financements internationaux : opportunités et contraintes	21
Principales problématiques fiscales des structures d'acquisitions immobilières en Europe	26
Implantations CMS	31
Contacts	32

CMS Tax Connect

Directeur de publication

Matthew Gorman, Directeur exécutif de CMS

Directeur de rédaction

Emmanuelle Féna-Laguery

Rédacteurs en chef pour cette édition

Yves Butzerin

Mathieu Daudé

Ludovic Duguet

Pierre Sappey

CONCEPTION-RÉALISATION

Creative Room / 18 rue Lécluse / 75017 Paris

Les points de vue et opinions exprimés dans CMS Tax Connect visent à stimuler la réflexion et le débat. Ils se rapportent à des circonstances prévalant à la date de publication originale et ne reflètent pas des développements ayant pu survenir par la suite. CMS Tax Connect ne peut se substituer à des recommandations ou des conseils de nature juridique ou fiscale.

CMS Tax Connect est la propriété de CMS. Toute reproduction et/ou diffusion, en tout ou partie, par quelque moyen que ce soit est interdite sans autorisation préalable. Toute infraction constitue un acte de contrefaçon engageant les responsabilités civile et pénale de son auteur.

Éditorial

Depuis l'été 2011, nous assistons à une crise sans précédent des dettes souveraines en Europe.

Un sommet du G20 sous haute tension et une quinzaine de sommets européens semblent avoir stabilisé, à ce jour, la situation sur le plan financier.

Cela n'a été rendu possible qu'au prix de plans de rigueur successifs dans de nombreux pays européens.

Les conséquences immédiates sont connues : une augmentation généralisée de tous les impôts (impôt sur les sociétés, impôt sur le revenu, TVA) partout en Europe.

Le présent document entend revenir sur les développements à moyen ou long terme de la fiscalité européenne résultant de cette évolution (directive sur l'assistance au recouvrement et l'ACCIS), et sur les conséquences, pour les contribuables européens, qui découlent de ces contraintes fiscales accrues, dans deux domaines particuliers (la finance et l'immobilier).

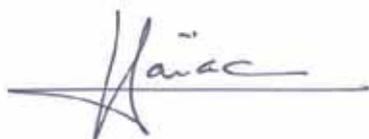
Le premier dossier étudié concerne donc la nouvelle directive en matière d'assistance au recouvrement des impôts entre États européens, qui devrait permettre une coopération plus efficace en la matière.

Le deuxième étudie les impacts possibles du projet d'Assiette Commune Consolidée d'Impôt sur les Sociétés (ACCIS), et compare ses effets à ceux des régimes d'intégration fiscale locaux, dans un certain nombre de pays européens sélectionnés.

A cet égard, la Commission européenne a déposé un rapport portant sur cette assiette commune consolidée, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1^{er} février 2012 (n° 4290). S'appuyant sur le double constat d'une diversité des taux nominaux et des bases de l'impôt sur les sociétés dans les États membres de l'Union européenne ainsi que d'une moindre imposition des résultats des entreprises en Europe par rapport aux autres économies comparables ou émergentes, le rapport met en évidence les avantages de la proposition d'ACCIS. Il rappelle également les termes de la convergence franco-allemande qui vient d'être engagée en la matière.

Le troisième dossier revient sur les différents mécanismes disponibles dans le cadre de la gestion fiscale des financements internationaux. L'approche est axée sur les opportunités qui existent, mais également sur l'augmentation des contraintes et des risques fiscaux y afférents.

Enfin, le dernier dossier s'intéresse aux investissements immobiliers transfrontaliers, à une époque où le modèle classique de structuration de ces investissements est remis en question, soit par le biais de la renégociation de conventions fiscales historiquement favorables (comme la convention fiscale franco-luxembourgeoise), soit par le biais de contrôles fiscaux innovants et généralisés engagés par certaines administrations locales.



Julien Saiac

CMS Bureau Francis Lefebvre

E julien.saiac@cms-bfl.com

Assistance au recouvrement dans l'Union européenne : quelles conséquences pratiques pour les contribuables ?

1. Règles en vigueur au sein de l'Union européenne et évolution chronologique

a) Définitions de l'assistance mutuelle et de la coopération au sein de l'Union européenne

Assistance mutuelle : il s'agit d'un ensemble de mécanismes qui permettent une coopération entre les administrations fiscales des États membres, en vue d'assurer le paiement des impôts.

Coopération : il s'agit notamment de la mise en œuvre de procédures administratives (échange d'informations, assistance au recouvrement, etc.) permettant un établissement et une collecte plus efficaces des impôts ou taxes dus à toute administration issue d'un État membre.

b) Exemples pratiques

La coopération administrative en matière fiscale peut être très utile dans un certain nombre de situations, et notamment :

- lorsque le contribuable n'est pas présent dans l'État membre qui réclame l'impôt, et qu'il ne détient aucun actif corporel ou incorporel sur le territoire de cet État,
- lorsque le contribuable a délocalisé ses actifs dans un autre État membre, ou qu'il existe un risque qu'il le fasse,
- lorsque des contrôles fiscaux sont menés simultanément dans plusieurs États.

L'objectif de ces mesures est d'éviter la fraude fiscale ou la délocalisation d'actifs par les contribuables souhaitant organiser leur insolvabilité pour échapper à l'impôt.

c) Évolution chronologique des règles applicables

Directive 76/308/EC : Cette directive constitue le premier texte à valeur normative en matière d'assistance mutuelle.

Le champ d'application de cette directive était assez réduit puisque, en matière fiscale et assimilée, des procédures d'assistance mutuelle mises en place concernaient principalement le recouvrement des droits de douane.

Les modalités pratiques de la mise en œuvre de cette directive ont fait l'objet de la directive 77/794/EC.

Il est vite apparu que de nouvelles mesures étaient nécessaires en matière d'assistance mutuelle, d'où l'adoption de la directive 2001/44/EC en 2001 ainsi que de la directive 2004/56/EC en 2004.

Le champ d'application de ces directives était bien plus large que celui de la directive de 1976. La directive de 2001 a notamment étendu le champ d'application de la directive

de 1976 aux crédits d'impôts relatifs à certains impôts sur le revenu et la propriété, afin de protéger les intérêts financiers des États membres.

Grâce aux deux directives susvisées, les procédures d'assistance mutuelle pouvaient désormais concerner : les taxes à l'importation, les taxes à l'exportation, la TVA, les droits d'accise sur le tabac, l'alcool et les hydrocarbures, les impôts sur le revenu et la fortune, les impôts sur les primes d'assurance, les intérêts, suppléments et pénalités fiscales (à l'exception des sanctions pénales).

Par ailleurs, cette directive prévoyait la possibilité pour les États membres d'effectuer divers types de demandes : demandes de renseignements, demandes de notification, demandes de recouvrement.

La directive 2008/55/EC du 26 mai 2008 a encore élargi le champ d'application des procédures d'assistance mutuelle.

La même année, un **rapport de la Commission** faisait le bilan des effets des directives susvisées, sur la période allant de **2005 à 2008**.

Les conclusions de ce rapport étaient les suivantes :

- le taux global de recouvrement afférent aux demandes de recouvrement effectuées par les États membres sur la période considérée était de 5%,
- les montants effectivement recouvrés en 2006 et 2008 ont augmenté de plus de 600% en comparaison des chiffres de 2003,
- pour chaque année étudiée, 80% des montants recouvrés annuellement, étaient afférents à des demandes effectuées au cours des 24 mois précédents. Un certain délai s'avère donc nécessaire entre la demande et la mise en œuvre de la procédure de recouvrement.

Il ressort de ce rapport un bilan en demi-teinte sur la période concernée.

Le 16 mars 2010, la directive 2010/24/EU – qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012 – a complété le dispositif existant.

Son champ d'application est beaucoup plus large que celui des directives précédentes puisqu'il couvre tous les impôts et charges (à caractère public) collectés par l'État ou l'une de ses subdivisions (collectivité territoriale), à l'exception de certains éléments tels que les contributions sociales.

La directive prévoit par ailleurs la mise en place d'une nouvelle structure organisationnelle afin de faciliter la mise en œuvre de la directive.

Cette directive pose les principes suivants :

Un État membre est obligé, sur demande, de fournir toute information utile à l'État membre qui l'a sollicité.

Cependant, la fourniture d'information à un autre État membre n'est pas obligatoire lorsque :

- l'État qui reçoit la demande ne pourrait pas obtenir de telles informations pour le paiement de ses propres impôts,
- il existe un risque de révélation de secrets commerciaux, industriels ou professionnels,
- il existe un risque de nuisance à l'ordre public.

Les autorités qui reçoivent la requête ne peuvent refuser d'y répondre au seul motif que l'information est détenue par une banque ou une institution financière similaire. Il s'agit là d'une amélioration notable car de nombreux États membres opposaient jusqu'alors le secret bancaire à leurs homologues.

L'obligation d'assistance est nulle si la dette a plus de cinq ans et si son montant est inférieur à 1500 euros.

L'autorité demanderesse ne peut pas émettre de requête en recouvrement si - et aussitôt longtemps que - la demande de paiement et/ou l'instrument permettant sa mise en œuvre dans son pays y est contestée.

En ce qui concerne le recouvrement, toute demande d'un autre État membre doit être traitée comme s'il s'agissait d'une demande interne, sauf exceptions prévues par la directive.

Si l'autorité qui reçoit la demande considère que des impôts identiques ou similaires ne sont pas levés sur son territoire, elle devra faire usage des pouvoirs et des procédures prévus par la loi de l'État membre dont émane la demande (pour l'impôt visé), sous réserve que ces pouvoirs et procédures soient compatibles avec ses propres lois.

L'autorité qui reçoit la demande peut, si la loi en vigueur dans son État le lui permet, accorder au débiteur un délai pour payer, ou autoriser un paiement par fractions et réclamer des intérêts.

Mais cette demande peut, en elle-même, constituer une source de litiges. Ceux-ci sont réglés de la façon suivante :

- si le litige porte sur la demande elle-même ou sur une mesure d'exécution mise en œuvre dans l'État membre dont émane la demande, ce litige doit être porté devant les institutions compétentes de cet État,
- si le litige porte sur des mesures d'exécution mises en œuvre dans l'État qui reçoit la demande, il doit être porté devant les institutions compétentes de cet État.

La directive prévoit aussi que les notifications émises dans le cadre d'une procédure d'assistance mutuelle doivent être établies conformément à des modèles standardisés.

Elle autorise également l'État requis à prendre des mesures conservatoires.

Avant même sa première application, la directive de 2010 a été complétée par une *directive 2011/16/UE du 15 février 2011*, qui porte sur l'assistance mutuelle en matière d'imposition et qui entrera en vigueur le 31 décembre 2012.

Son champ d'application est une fois encore élargi par rapport aux textes précédents.

Cette directive prévoit notamment :

- Une clause qui limite les demandes d'information à celles afférentes à la période postérieure au 1^{er} janvier 2011, en matière de secret bancaire.
- Des délais de réponse obligatoires en cas de demande : 2 mois si l'administration qui reçoit la demande dispose déjà de l'information et 6 mois si la demande en cause nécessite d'effectuer des recherches.
- L'échange automatique de renseignements :
 - jusqu'en 2017 : en matière de salaires, de jetons de présence, de retraites, de produits d'assurance-vie, et de revenus de biens immobiliers,
 - à partir de 2017 : en matière de dividendes, de redevances et de plus-values.
- En matière procédurale :
 - des contrôles transfrontaliers,
 - des contrôles fiscaux simultanés,
 - des retours d'expérience et des échanges sur les bonnes pratiques à respecter.

2. Application concrète en matière d'impôts directs

Les procédures d'assistance mutuelle sont aujourd'hui rarement utilisées mais ce constat devrait évoluer.

a) Hypothèse 1 : cas d'une société française redevable d'un impôt étranger

Dans cette hypothèse, les autorités fiscales d'un État européen allèguent qu'une société française a un établissement stable sur leur territoire. L'entreprise a entre temps délocalisé ses actifs de sorte qu'elle n'a plus aucun actif dans le pays étranger en cause. Les autorités fiscales de l'État européen lancent alors une procédure d'assistance mutuelle.

Dans ce cas, les textes en vigueur à prendre en compte sont :

- les directives européennes ainsi que les conventions fiscales en matière d'impôt sur le revenu et la fortune, lesquelles peuvent également prévoir des clauses d'assistance au recouvrement,
- les dispositions des articles L283 A et suivants du Livre des Procédures Fiscales qui ont été modifiés récemment par la quatrième Loi de Finances Rectificative pour 2011 du 28 décembre 2011 (transposition de la directive de 2010) et qui sont applicables aux demandes effectuées depuis le 1^{er} janvier 2012.

On rappelle que la procédure d'assistance mutuelle ne peut être mise en œuvre que si :

- un instrument permettant cette mise en œuvre existe antérieurement à la requête dans l'État qui reçoit la requête,
- la demande excède 1500€,
- la demande ou l'instrument permettant l'exécution de la demande n'est pas contesté dans l'État où l'administration qui émet la demande est implantée,

- une procédure de recouvrement appropriée dans l'État dont émane la demande ne permet pas d'obtenir le paiement de la totalité de la somme due.

Cette dernière condition est présumée remplie lorsque le contribuable n'a aucun actif dans l'État de l'administration dont émane la demande.

Les étapes de mise en œuvre de la procédure sont les suivantes :

- une demande de recouvrement est envoyée à l'administration fiscale française,
- les autorités concernées font savoir qu'elles ont bien reçu cette demande,
- le recouvrement doit être réalisé conformément à la législation française mais les règles de prescription applicables sont celles de l'État dont émane la demande,
- une suspension de la procédure peut avoir lieu si (i) une procédure amiable est mise en œuvre entre la France et l'autre État membre ou si (ii) la demande ou l'instrument permettant l'exécution de la procédure en cours sont remis en cause dans l'État dont émane la demande.

En cas de procédure d'assistance mutuelle, les principales actions à réaliser peuvent être résumées comme suit :

- vérifier la validité de la procédure :
 - s'assurer que les conditions de mise en œuvre de la procédure d'assistance mutuelle sont effectivement réunies,
 - s'assurer que les règles de procédure en vigueur sont correctement mises en œuvre,
- demander un sursis de paiement en France,
- contester sur le fond la créance fiscale devant une juridiction de l'État requérant s'il existe un moyen objectif de le faire. Cela permet en effet de suspendre automatiquement la procédure.

b) Hypothèse 2: Cas d'une société non résidente redevable de l'impôt en France

Dans cette seconde hypothèse, l'administration fiscale française allègue que la société qui réside dans un État membre de l'UE n'a pas déclaré l'existence d'un établissement stable en France.

Elle exige alors que la société en cause paie l'impôt sur les sociétés en France.

Si celle-ci ne s'exécute pas, l'administration fiscale française peut saisir les actifs français de la société ou lancer une procédure d'assistance mutuelle si aucun actif n'est saisissable ou si la totalité des sommes dues n'a pu être récupérée (voir hypothèse 1).

c) Autres textes applicables par l'administration fiscale française

L'administration fiscale française peut également s'appuyer sur le droit civil (action paulienne) ou le droit pénal.

L'action paulienne (art. 1167 Code civil)

L'action paulienne permet notamment à un créancier d'engager une action à l'encontre d'un débiteur qui a organisé son insolvabilité ou réduit la valeur de son patrimoine, dans le but de rendre inefficace toute voie d'exécution.

Appliqué en matière fiscale, ce dispositif permet à l'administration fiscale de considérer que l'appauvrissement frauduleux du contribuable lui est inopposable.

Cela étant, l'administration fiscale française doit alors affronter de nombreuses difficultés pour mettre en œuvre cette procédure.

- **Première difficulté :** la détermination de la juridiction compétente pour engager une telle action

Ce point n'est précisé par aucune directive. A noter, toutefois, que l'article 5.5 du règlement européen 44/2001 semble permettre de conclure que la juridiction compétente est celle de l'État dans lequel le supposé établissement stable est situé.

- **Deuxième difficulté :** l'exécution du jugement

En supposant que les juridictions françaises soient compétentes, il n'est pas certain qu'un jugement civil rendu en France pourra être exécuté dans un autre État membre.

- **Troisième difficulté :** la constatation de l'appauvrissement

L'administration fiscale française devra prouver l'appauvrissement du contribuable.

La loi pénale

L'article 1741 du Code Général des Impôts autorise un juge pénal français à prononcer une sanction pénale à l'encontre d'une société résidente d'un autre État membre en cas de fraude fiscale.

L'article 113-2 du Code Pénal permet en effet de considérer qu'une telle fraude peut être réalisée sur le territoire français par une société étrangère.

La loi pénale ne s'arrête pas là puisque, si certaines conditions sont remplies, les actionnaires de la société en cause peuvent être considérés comme co-auteurs de la fraude fiscale constatée.

La question qui se pose alors est celle de l'exécution dans un autre État membre d'un jugement rendu par un juge pénal français.

Selon une décision cadre du Conseil européen du 6 octobre 2006, tout État membre doit reconnaître et exécuter les décisions judiciaires de confiscation émanant d'un autre État membre.

Ce principe est également énoncé aux articles 713 et suivants du code de procédure pénale.

En conclusion : les procédures d'assistance mutuelle au sein de l'Union Européenne tendent à être de plus en plus efficaces. Elles restent toutefois fortement encadrées : impossibilité pour un État qui reçoit une demande d'assistance d'agir tant que le contentieux sur le fond subsiste dans l'État qui a prononcé la demande, actions de l'État qui reçoit la demande limitées à ce qui est admis sur

son propre sol. Et évidemment, comme le montrent des décisions françaises récentes de la Cour de cassation dans des affaires « HSBC », obligation pour l'État d'agir dans la légalité la plus stricte ce qui lui interdit de fonder des redressements sur des données initialement volées puis transmises au ministère public français.

3. Assistance mutuelle et TVA – Cas pratiques

a) Le règlement 904/2010/EC

Adopté le 7 octobre 2010, le **règlement européen 904/2010/EC**, qui concerne la coopération administrative et les échanges d'informations en matière de TVA a établi un certain nombre de règles et de procédures en matière de coopération et d'échange d'informations entre les autorités fiscales des États de l'UE, dont l'objectif est :

- de s'assurer que les règles de TVA sont correctement appliquées,
- d'évaluer correctement la TVA due par les contribuables,
- de lutter contre la fraude fiscale,
- de sauvegarder les recettes issues de la TVA.

En vertu de ce règlement, chaque État membre doit désigner un unique bureau central de liaison permettant de servir de point de contact pour assurer la coopération avec les autres États membres et la Commission.

Le règlement prévoit que la coopération en matière de TVA peut être mise en œuvre via certaines procédures :

- Par voie informatique : une administration fait parvenir une demande d'information et d'enquête à une autre administration, en utilisant un formulaire standardisé. L'information demandée doit être fournie dans les plus brefs délais et au plus tard à la fin du troisième mois suivant la date de réception de la requête.
- L'administration dont émane la demande peut participer à une enquête menée dans l'État qui a reçu la demande (mesure au demeurant étendue depuis le 1^{er} janvier 2012 au-delà de la TVA conformément à l'article L. 612-6 du Livre des procédures fiscales).
- Dans certains cas, les autorités compétentes peuvent automatiquement s'échanger certaines catégories de renseignements en utilisant des formulaires standardisés, sans avoir à émettre une demande préalable.

Le règlement de 2010 a également permis la création d'une plate-forme informatique de stockage et d'échange d'informations, baptisée Eurofisc, afin de lutter contre la fraude en matière de TVA, en particulier la fraude carrousel (voir ci-après).

L'accès à ce système n'est pas automatique : les administrations collectent des informations sur les contribuables et les enregistrent dans une base de données. Les informations ainsi collectées sont stockées pendant cinq ans. Lorsqu'un État veut accéder à ces

informations, il doit effectuer une demande préalable et il reçoit une réponse sous trois mois maximum.

Le problème posé par ce système est celui de la qualité de l'information car les données entrées par les différentes administrations sur chaque contribuable ne sont pas actualisées.

b) Cas pratique: la fraude carrousel

Rappel du principe

D'une manière très simplifiée, la fraude carrousel peut être résumée comme suit :

- **une entreprise A** située en Espagne (ou dans tout autre État membre) vend des marchandises à une entreprise B située en France, il s'agit alors d'une livraison intracommunautaire exonérée de TVA en vertu de l'article 262 ter du CGI,
- **l'entreprise B** revend ces mêmes marchandises à une entreprise C (TVA incluse), située également en France, et cela sans déclarer ni acquitter la TVA à raison de cette opération de revente,
- **l'entreprise C** déduit la TVA facturée par l'entreprise B et acquittée par elle à cette occasion dans les conditions de droit commun, ou en demande le remboursement,
- **l'entreprise C** revend ensuite les marchandises en question éventuellement à l'entreprise A ou à toute autre entreprise située dans un autre État membre en exonération de TVA.

La perte de recettes de TVA pour l'administration fiscale est égale à la TVA que l'entreprise C verse à l'entreprise B et que cette dernière société s'abstient de reverser à l'administration fiscale (alors que C, de son côté, en demande la déduction ou le remboursement).

En pratique, il apparaît que :

- ce type de schémas est le plus souvent circulaire (C revend le bien à A),
- A, B et C appartiennent souvent à la même personne physique ou morale,
- il arrive parfois que l'une des entités du schéma (C) n'ait pas connaissance de l'intention frauduleuse des deux autres partenaires commerciaux.

A cet égard, il convient de faire deux observations :

- **Premièrement**, le contribuable ne dispose pas des mêmes outils que l'administration fiscale, ce qui l'empêche de déterminer avec certitude si ses partenaires commerciaux potentiels respectent bien leurs obligations en matière de TVA.

Une société peut donc se retrouver impliquée dans une fraude carrousel sans en avoir connaissance.

- **Deuxièmement**, en cas de contrôle, la société C devra démontrer qu'elle ignorait qu'elle participait à une fraude carrousel. En d'autres termes, cela revient pour la société C à apporter une « preuve négative », exercice particulièrement difficile.

Sanctions applicables

En cas de fraude carrousel avérée, les contribuables concernés peuvent faire l'objet de nombreuses sanctions et notamment :

- remise en cause de la déduction de TVA,
- paiement de la TVA due (tous les participants à la fraude sont solidairement tenus d'acquitter la somme réclamée),
- remise en cause de l'exemption de TVA sur les livraisons intra-communautaires qui ont été effectuées,
- poursuites pénales pour fraude fiscale, sur la base des articles 1741 et suivants du Code pénal ; la peine encourue est une amende de 500 000 €, assortie de cinq ans d'emprisonnement ; lorsque les faits ont été réalisés ou facilités au moyen soit d'achats ou de ventes sans facture, soit de factures ne se rapportant pas à des opérations réelles, ou qu'ils ont eu pour objet d'obtenir de l'État des remboursements injustifiés, leur auteur est passible d'une amende de 750 000 € et d'un emprisonnement de cinq ans. Les représentants légaux des sociétés en cause peuvent aussi être poursuivis (cf. article 121-2 du Code pénal) ; les comptables et toute autre personne ayant établi des bilans falsifiés peuvent également être condamnés,
- poursuites pénales pour escroquerie sur la base de l'article 313-1 du Code pénal. La peine encourue est une amende de 375 000 € assortie de cinq ans d'emprisonnement.

Étapes du contrôle en cas de fraude carrousel

Dans le cas analysé plus haut, l'administration fiscale peut effectuer une vérification de comptabilité de l'entreprise B.

Afin de prouver qu'il y a eu fraude carrousel, l'administration doit obtenir des informations émanant de l'État membre dans lequel l'entreprise A est établie.

L'administration fiscale française va donc déposer une requête auprès du bureau central de liaison de l'État membre en cause dans laquelle elle demande :

- des informations concernant les échanges entre la société A et la société B,
- la mise en œuvre d'une enquête administrative concernant les montants déclarés par la société A, notamment en matière d'acquisitions intra-communautaires,
- des informations concernant les représentants légaux de la société B,
- des informations concernant la société A, en vue de déterminer si cette société a véritablement une activité économique.

Des représentants de l'administration fiscale française peuvent, par ailleurs, se présenter au bureau central de liaison de l'État membre pour consulter les copies de documents divers (livraisons de biens effectuées, méthodes de paiement, etc.).

Dans ce type de procédure, la question de l'exactitude de l'information transmise par l'autre État membre est cruciale. Il est arrivé dans certaines affaires que les informations

communiquées soient inexactes et que des sanctions fiscales soient ainsi injustement prononcées à l'encontre de contribuables.

En pratique, c'est la raison pour laquelle il arrive souvent que les différents États membres concernés par une fraude carrousel privilégient la mise en œuvre de contrôles fiscaux simultanés à l'encontre des contribuables en cause (au lieu d'un simple échange d'informations).

4. Question subsidiaire : le respect des droits du contribuable

La question de savoir si un État membre peut valablement utiliser les informations collectées auprès d'un État dont la législation ne prévoit pas de garanties suffisantes en faveur du contribuable (charte du contribuable par exemple), n'a pas encore été tranchée à ce jour par la jurisprudence.

Anne Grousset

CMS Bureau Francis Lefebvre

E anne.grousset@cms-bfl.com

Daniel Gutmann

CMS Bureau Francis Lefebvre

E daniel.gutmann@cms-bfl.com

Felipe Masa

CMS Albiñana & Suárez de Lezo

E felipe.masa@cms-asl.com

Federico Raffaelli

CMS Adonnino Asocli & Cavasola Scamoni

E federico.raffaelli@cms-aacs.com

Pierre Sappey

CMS Bureau Francis Lefebvre

E pierre.sappey@cms-bfl.com

Quel avenir pour l'Assiette Commune Consolidée pour l'Impôt des Sociétés ?

Après quelque huit années de travaux préparatoires, la Commission européenne a publié en mai 2011 une proposition de Directive du Conseil relative à une Assiette Commune Consolidée pour l'Impôt des sociétés (ACCIS).

L'adoption de ces dispositions pourrait amener les entreprises de l'Union européenne (UE) ayant une ou plusieurs filiales ou établissements stables (ES) dans tout État Membre de l'UE (y compris dans l'État membre où la société mère a son siège social) et certaines sociétés de pays tiers ayant un ES sur le territoire de l'UE :

- à calculer le résultat imposable de l'ensemble de leurs entités de l'UE (filiales ou ES) en retenant les mêmes règles d'établissement d'assiette de l'impôt sur les sociétés;

et

- à consolider leurs résultats imposables au sein de l'UE au niveau du groupe en compensant les pertes encourues et les bénéfices imposables dégagés par les entités du groupe installées dans l'UE.

Chaque entité du groupe appartenant à l'UE se verrait ensuite imputer une fraction de l'assiette globale, en vertu d'une formule de répartition fondée sur trois critères (à savoir le chiffre d'affaires, la main d'œuvre et les immobilisations corporelles).

La fraction imputée à chaque entité serait ensuite imposée à l'impôt sur les sociétés au taux de l'État Membre de l'UE où l'entité est installée (aucun taux commun d'impôt sur les sociétés n'est prévu par la Proposition de la Commission européenne).

L'ACCIS ne s'appliquerait que sur option des groupes européens. En conséquence, il appartiendrait aux sociétés de l'Union européenne de choisir entre l'application de leur propre régime national d'impôt sur les sociétés et le régime de l'ACCIS, compte tenu de leurs avantages respectifs.

Le présent document vise à esquisser un aperçu des principales règles de la Proposition publiée par la Commission européenne et de tenter d'évaluer l'incidence que l'introduction de l'ACCIS pourrait avoir sur les groupes européens. La première partie du présent article contient également des indications générales quant aux évolutions possibles du présent projet au plan politique.

1. Contenu de la Proposition de Directive UE relative à l'ACCIS

a) Présentation générale

En sa forme actuelle, la Proposition de la Commission européenne prévoit une assiette fiscale commune et consolidée.

La définition d'une assiette commune de l'impôt sur les

sociétés permettrait aux sociétés de l'UE d'appliquer les mêmes règles de calcul de l'assiette de l'impôt sur les sociétés dans l'ensemble des États membres où elles sont implantées ou mènent une activité. Dès lors, cette partie de la Proposition vise à remédier au manque d'harmonisation entre États membres de la définition de l'assiette de l'impôt sur les sociétés, fréquemment dénoncée par des communications de la Commission européenne.

La définition d'une assiette consolidée de l'impôt sur les sociétés a un tout autre objet : celui de permettre aux sociétés de l'UE de totaliser les résultats fiscaux qu'elles ont dégagés dans les États membres où elles mènent leurs activités, de façon à établir un résultat imposable global. C'est cette partie de la Proposition qui est probablement la plus ambitieuse, car elle implique la répartition des résultats imposables globaux du groupe entre les États membres au moyen d'une formule de répartition. Très peu d'États Membres de l'UE connaissent cette méthode de détermination de l'impôt. L'imposition des groupes au sein de l'UE ne prend généralement pas la forme d'une répartition des bénéfices. Dès lors, pour les États Membres de l'UE, la principale incertitude associée à cette Proposition tient aux modalités de répartition de l'impôt qui leur serait appliquée en cas d'adoption de la Proposition.

En pratique, le montant de l'impôt sur les sociétés dû par les groupes qui pourraient opter pour l'application de l'ACCIS serait calculé selon **une méthode qui comporte quatre étapes.**

Tout d'abord, les résultats fiscaux de l'ensemble des entités consolidées seraient calculés par application de règles uniques valant pour l'UE tout entière.

Dans un second temps, les résultats fiscaux des entités consolidées seraient ensuite agrégés au niveau du groupe. Les pertes fiscales constatées dans un État membre pourraient alors être compensées avec les bénéfices fiscaux comptabilisés dans un autre État membre.

Une troisième étape correspondrait à la répartition du bénéfice fiscal consolidé entre les diverses entités du groupe (à savoir les filiales ou les établissements stables du groupe au sein de l'UE) en fonction de critères légaux prédéterminés (chiffre d'affaires réalisé avec les entités extérieures au groupe, main d'œuvre, immobilisations corporelles).

Enfin, chaque entité du groupe acquitterait l'impôt sur les sociétés dû au titre des bénéfices qui lui ont été imputés, au taux de l'impôt sur les sociétés de l'État dont elle est résidente, ledit taux ne faisant l'objet d'aucune harmonisation au sein de l'Union européenne.

En cas d'exercice de l'option, le périmètre du groupe soumis à l'ACCIS devrait rester inchangé pendant 5 ans (au contraire du régime français d'intégration fiscale qui permet une modification annuelle du périmètre du groupe).

Il est dès lors relativement évident que la **concurrence fiscale** entre les États Membres de l'UE aurait pour conséquence de réduire les taux respectifs de leur impôt sur les sociétés, ainsi que l'introduction (ou le renforcement) des réductions d'impôt nationales (au regard desquelles les États Membres de l'UE conserveraient leur entière souveraineté).

L'ACCIS ne s'appliquant qu'à l'impôt sur les sociétés et non aux taxes professionnelles locales, les États membres ne percevant pas ce type d'impôt bénéficieraient également d'un net avantage sur les autres États membres où ces impôts locaux pèsent d'un poids significatif sur les entreprises.

Par l'introduction de l'ACCIS, la Commission européenne poursuit trois principaux objectifs.

Le premier but poursuivi consiste à permettre aux sociétés de bénéficier d'une **compensation transfrontalière des pertes fiscales**. Cette question a déjà été évoquée par la Commission européenne à plusieurs reprises tant avant¹ qu'après² l'arrêt Marks and Spencer. Cet objectif se concrétise par la mesure permettant la compensation des pertes fiscales subies dans un État membre avec les profits fiscaux constatés dans d'autres États Membres de l'UE, et ce sans aucune limitation.

Le second objectif est de **simplifier les enjeux des prix de transfert** au sein de l'UE, de façon à faire l'économie des coûts importants actuellement induits par le respect des règles applicables. Dans une approche innovante, l'ACCIS permettrait aux entreprises de s'affranchir, au moins en ce qui concerne les opérations au sein de l'UE, de la méthode actuelle (« transaction par transaction ») qui reste actuellement la norme (les opérations entre entités de l'UE et les entités d'États tiers restant toutefois régies par les règles classiques de l'OCDE).

Un autre objectif consisterait à fournir aux multinationales de l'Union européenne un **« guichet unique »** où souscrire leurs déclarations d'impôt. Ainsi, en cas d'entrée en vigueur de l'ACCIS, les groupes consolidés ne connaîtraient plus qu'une seule administration fiscale au sein de l'UE : celle de l'État Membre de l'UE où est établie leur société mère.

b) Contenu de la Proposition

En sa forme actuelle, la Proposition prévoit un **périmètre de consolidation** qui serait limité aux sociétés constituées au sein de l'UE et soumises à l'impôt sur les sociétés dans l'État Membre de l'UE où elles sont établies. Toutefois, les sociétés constituées dans un État tiers et disposant d'un ES au sein de l'UE seraient également autorisées à opter pour ce dispositif.

¹ Se reporter notamment à la Proposition de la Commission de 1991 visant à permettre la compensation transfrontalière des pertes (COM (90) 595 final, JOCE C53/30 [1991], qui a dû être retirée.

² COM (2006) 824 final, 19 décembre 2006

Le périmètre du groupe consolidé engloberait l'ensemble des entreprises dans lesquelles la société mère détient directement ou indirectement plus de 50% des droits de vote et plus de 75% des droits de propriété économique. L'ensemble des ES de ces entreprises situés sur le territoire de l'Union seraient également inclus dans le périmètre du groupe consolidé. Afin de déterminer si ces deux seuils, à savoir 50% des droits de vote et 75% des droits de propriété économique sont respectés, la Proposition prévoit l'application de deux règles spécifiques : en premier lieu, en cas d'atteinte du seuil de 50%, la société mère est réputée détenir 100% de ces droits ; deuxièmement, en ce qui concerne le calcul des droits financiers, le seuil de 75% est apprécié en multipliant le taux de participation à chaque niveau.

En ce qui concerne **l'assiette commune**, les dispositions détaillées de la Proposition peuvent être synthétisées comme suit :

- La définition des bénéfices imposables est large. En effet, la règle générale est d'inclure l'ensemble des bénéfices dans les résultats imposables de la société. Certains produits sont néanmoins exonérés, en particulier les bénéfices distribués, les produits de cession de titres, ou les revenus d'un établissement stable établi dans un pays tiers. La Proposition d'assiette commune opte pour l'introduction d'un régime d'exemption des participations inspiré de ceux existant aux Pays-Bas, au Luxembourg et en Belgique et adopté à ce jour (parfois avec des variantes) par la plupart des États Membres de l'UE (Allemagne, Autriche, Portugal, Espagne, Chypre, Danemark, Hongrie, Malte, Suède, France et Royaume-Uni).
- De même, les charges déductibles sont définies de manière extensive. Sont en principe prises en compte toutes les charges supportées par le contribuable afin d'obtenir ou de préserver ses revenus, y compris les dépenses de recherche et développement et les coûts liés à l'émission de fonds propres ou à la souscription d'emprunts pour les besoins de l'entreprise, (y compris également les provisions et l'amortissement des immobilisations). Les principales charges non déductibles comprennent les distributions de bénéfices et les remboursements de fonds propres ou d'emprunts, une partie des charges de représentation engagées par l'entreprise, l'impôt sur les sociétés, les amendes et pénalités, les dons monétaires et libéralités, les coûts engagés pour l'acquisition, la construction ou le développement des immobilisations, les coûts supportés par une société afférents à des revenus exonérés de l'impôt sur les sociétés (et notamment les distributions de bénéfices perçus ou les produits de cessions d'actions), ces derniers coûts étant fixés forfaitairement à 5% de ces revenus, sauf si le contribuable est en mesure de prouver que les coûts étaient inférieurs à cette somme forfaitaire.

Une fois les bénéfices imposables des entités groupe compensés avec les pertes fiscales subies par les entités groupe, le résultat fiscal du groupe est **réparti** entre les diverses entités sur la base d'une clé de répartition fondée sur les critères suivants :

- effectif (ce critère est affecté d'une pondération de 1:6 dans la formule de répartition);
- masse salariale (ce critère est également affecté d'une pondération de 1:6 dans la formule de répartition, ce qui revient à donner au facteur main d'œuvre une pondération totale égale à 1:3);
- immobilisations corporelles (ce critère est affecté d'une pondération de 1:3);
- chiffre d'affaires, compte tenu du seul chiffre d'affaires réalisé avec des entités n'appartenant pas au groupe (ce critère est affecté d'une pondération de 1:3).

Dans des cas particuliers (et notamment lorsque le contribuable ou l'administration fiscale de l'un des États membres où le groupe devrait acquitter son impôt sur les sociétés considère que les résultats de cette méthode de répartition ne donnent pas une image fidèle de l'activité de ce membre du groupe), il peut être demandé la mise en œuvre d'une méthode alternative. En pareil cas, cette méthode ne peut être utilisée qu'avec l'accord de toutes les administrations.

Enfin il convient de noter que des dispositions anti-abus ont également été intégrées à la Proposition. Il est notamment prévu qu'à l'occasion du calcul de l'assiette du groupe, il ne sera tenu aucun compte des opérations fictives réalisées aux seules fins d'éviter l'impôt. La Proposition contient également des dispositions restreignant la déductibilité des intérêts acquittés à une personne résidente d'un pays tiers (i) en l'absence d'accord conclu avec ce pays en matière d'échange d'informations dans des conditions comparables à celles prévues par la Directive de l'UE et (ii) si le bénéficiaire des intérêts bénéficie d'un régime fiscal de faveur dans ce pays tiers. Il convient également de noter qu'une règle « CFC » complexe a été insérée dans la Proposition, afin de viser les bénéficiaires provenant de sociétés dans lesquelles le contribuable détient une participation supérieure à 50 % et qui bénéficie d'un régime fiscal de faveur, lorsqu'une partie importante des produits revenant à cette entité (30 % au moins) est de nature passive. Cependant, aucun dispositif de lutte contre la sous-capitalisation n'a été prévu.

c) Principales questions restant en suspens

Compte tenu du caractère ambitieux de la Proposition, la première question qu'il convient d'examiner ici tient à la possibilité qu'un nombre insuffisant d'États membres soit disposé à poursuivre l'examen de ce projet. Certains États Membres de l'UE, tels l'Irlande, le Royaume-Uni ou la plupart des pays nouvellement entrés dans l'UE ont des réticences notoires à l'égard d'une éventuelle adoption de l'ACCIS. D'autres États membres, dont l'Allemagne (qui s'oppose au chapitre consolidation de la Proposition tout en soutenant l'idée d'une assiette commune) ou les Pays-Bas ne partagent pas une position aussi extrême, mais ont toutefois fait publiquement part de leur opposition au projet. A ce jour, il est possible de distinguer l'émergence de trois groupes d'États Membres de l'UE :

- 6 États Membres de l'UE soutiennent la Proposition ou y sont plutôt favorables : la Belgique, la République tchèque, la France, l'Italie, le Luxembourg et l'Espagne ;

- 12 États Membres de l'UE s'opposent à la Proposition ou y sont plutôt défavorables : la Bulgarie, Chypre, l'Estonie, l'Allemagne, l'Irlande, la Lettonie, Malte, les Pays-Bas, la Pologne, la Slovaquie, la Slovénie et le Royaume-Uni ;
- 9 États Membres de l'UE n'ont pas encore rendu publique leur position ou n'ont pas d'opinion sur la Proposition : l'Autriche, le Danemark, la Finlande, la Grèce, la Hongrie, la Lituanie, le Portugal, la Roumanie et la Suède.

Compte tenu du nombre d'États membres opposés à l'ACCIS et de leur poids économique au sein de l'UE, il semble douteux que la Proposition puisse être adoptée à brève échéance, à tout le moins en sa forme actuelle.

A bien des égards, il semble dès lors plus que probable que la Proposition actuelle de Directive du Conseil relative à l'ACCIS serve de point de départ aux négociations entre États membres, et ne constitue pas encore l'aboutissement des longs et laborieux travaux techniques menés par la Commission européenne depuis 2001.

Un autre enjeu évident, qui se rattache à la problématique précédente, porte sur le délai nécessaire à la conversion de la Proposition en règles de droit positif.

La Commission européenne ayant introduit la Proposition sur le fondement de l'article 115 TFUE, l'adoption de celle-ci devra dès lors être subordonnée à l'accord unanime des 27 États membres. Il en résulte que tout État membre aura la possibilité de lui opposer son veto et que le Parlement européen ne sera que consulté, sans aucun droit d'approuver ou de rejeter la Proposition. Ainsi que nous l'avons relevé ci-dessus, une telle unanimité semble des plus improbables.

La procédure de coopération renforcée offrirait une autre possibilité d'adoption de l'ACCIS, et n'exigerait que l'accord de 9 États Membres de l'UE. Cependant la mise en œuvre de cette procédure requiert le respect de plusieurs conditions. Ainsi, cette procédure :

- ne peut être utilisée qu'en dernier ressort, ce qui implique l'épuisement de toutes les autres options disponibles avant la mise en œuvre de cette procédure (en pratique, le veto d'un ou plusieurs États membres permettrait probablement de respecter cette exigence) ;
- ne doit pas constituer une barrière ou créer une discrimination dans le commerce entre États membres, ni fausser le jeu de la concurrence entre ceux-ci ;
- n'implique aucune charge administrative pour les États Membres de l'UE non participants, ce qui implique dès lors que l'ensemble des charges administratives résultant de cette coopération renforcée soit pris en charge par les États membres participants ;
- doit être approuvée par un vote à la majorité qualifiée du Conseil, et avec l'accord du Parlement européen.

En pratique, l'adoption éventuelle du régime de l'ACCIS par 9 États membres semble une hypothèse réaliste compte tenu du nombre d'États membres qui soutiennent déjà la Proposition. Cependant, les autres exigences, et notamment l'absence de toute distorsion du commerce ou de la concurrence au sein du marché interne de l'UE, pourrait constituer un obstacle significatif à une

coopération renforcée car il est probable que les États membres opposés à l'ACCIS mettront fermement en avant l'argument selon lequel la mise en œuvre de ce régime ferait en soi nécessairement obstacle à ce principe.

d) Étapes suivantes

Sur la base de l'article 115 du TFUE, la Commission européenne a diffusé le 16 mars 2011 sa Proposition de Directive du Conseil relative au dispositif de l'ACCIS. La procédure législative spéciale étant applicable à l'adoption de cette directive, il conviendra de respecter les étapes suivantes :

- Consultation du Comité économique et social ;
- Consultation du Comité des Régions ;
- Consultation obligatoire du Parlement européen ;

- Vote du Conseil (unanimité requise) ;
- Si un accord unanime se révèle impossible au sein du Conseil, une coopération renforcée peut être poursuivie par 9 États membres (voir ci-dessus).

Les 26 et 27 octobre 2011, le Comité économique et social a adopté la Proposition ACCIS. De même, le Comité des Régions a adopté celle-ci par son avis du 14 décembre 2011.

A la date de la présente lettre d'information, la procédure est en cours devant le Parlement européen. Selon les éléments disponibles sur le site Internet des institutions européennes, le vote du Parlement européen sur la consultation devait intervenir à la mi-avril 2012, le vote du Conseil étant prévu pour une date ultérieure.

2. Étude de Cas

Afin de permettre une évaluation plus précise des effets du régime de l'ACCIS et des modalités selon lesquelles les groupes multinationaux disposant d'implantations en Europe pourraient bénéficier de ce dispositif, nous présentons ci-dessous une étude de cas permettant une comparaison d'ensemble entre le régime de l'ACCIS et les règles de l'impôt sur les sociétés en vigueur dans quatre États Membres de l'UE (France, Allemagne, Italie et Portugal).

a) Description du cas

Le Groupe FGIP mène ses activités dans quatre États Membres de l'UE : France (F), Allemagne (G), Italie (I) et Portugal (P).

En **France**, il est implanté via la structure décrite ci-dessous :

	F1 (SAS)	F2 (SA)	F3 (SA)
Activité	Holding	R&D	Marketing & ventes
Actionnaires	-	Détenue à 80 % par F1	Détenue à 100 % par F1
Résultat fiscal	-10 000 000 € (hypothèse)		
CA (intra-groupe)	2 000 000 €	50 000 000 €	25 000 000 €
Effectif	5	400	15
Masse salariale	500 000 €	35 000 000 €	5 000 000 €
Immobilisations corporelles	100 000 €	15 000 000 €	2 000 000 €

En **Allemagne**, le groupe FGIP est implanté via la structure décrite ci-dessous :

	G1 (AG)	G2 (AG)	G3 (AG)	G4 (GmbH)
Activité	Holding locale	Production	Distribution	IT/IP
Actionnaires	Détenue à 100 % par F1	Détenue à 100 % par G1	Détenue à 100 % G1	Détenue à 100 % G1
Résultat fiscal	+ 10 000 000 € (Hypothèse)			
CA (intra-groupe, hors G3)	0 €	250 000 000 €	300 000 000 €	15 000 000 €
Effectif	0	1 000	60	8
Masse salariale	0 €	120 000 000 €	6 000 000 €	1 000 000 €
Immobilisations corporelles	0 €	50 000 000 €	3 000 000 €	0 €

En **Italie**, le groupe FGIP est implanté via la structure définie ci-dessous :

	It 1 (Sp.A)	It 2 (Sp.A)	It 3 (Sp.A)
Activité	Holding locale	Production	
Actionnariat	Détenue à 100 % par F1	Détenue à 100 % par It 1	
Résultat fiscal	+ 10 000 000 € (hypothèse)		
CA (intra-groupe)	55 000 000 € (montant consolidé)		
Effectif	150 (consolidé)		
Masse salariale	10 000 000 € (montant consolidé)		
Immobilisations corporelles	20 000 000 € (montant consolidé)		

Au **Portugal**, le groupe FGIP est implanté via la structure suivante :

	Po 1 (LDA)	Po 2 (LDA)	Po 3 (LDA)
Activité	Holding locale	Production	
Actionnariat	Détenu à 100 % par F1	Détenu à 100 % par Po 1	
Résultat fiscal	+10 000 000 € (hypothèse)		
CA (intra-groupe)	40 000 000 € (montant consolidé)		
Effectif	100 (consolidé)		
Masse salariale	5 000 000 € (montant consolidé)		
Immobilisations corporelles	10 000 000 € (montant consolidé)		

Le Groupe FGIP constate des pertes fiscales en France, au niveau de la société holding FGIP (F1). Les autres sociétés du groupe enregistrent toutes des bénéfices fiscaux.

Ce cas nous permet de répondre aux deux questions essentielles suivantes :

- en supposant que la version actuelle de l'ACCIS entre en vigueur, le groupe FGIP doit-il exercer une option en faveur de ce régime ?
- en supposant que la version actuelle de l'ACCIS entre en vigueur, un acquéreur non-communautaire du Groupe aurait-il intérêt à structurer l'acquisition en recourant au dispositif de l'ACCIS, c'est-à-dire à amener le groupe cible à opter pour ce régime avant l'acquisition de la HoldCo du groupe ?

b) Opportunité d'exercer une option pour le régime de l'ACCIS

Dans le régime de l'ACCIS, une société mère exerçant l'option pour ce régime est tenue de consolider son résultat fiscal avec celui de l'ensemble des entités de l'UE éligibles à ce régime (à savoir les ES situés au sein de l'UE, les filiales communautaires ou les établissements stables situés dans

l'Union européenne des filiales situées dans des pays tiers dans lesquelles la société mère détient plus de 50 % des droits de vote et de 75 % des droits financiers) en vertu de la règle « all-in, all-out ». Au cas particulier, seule la société mère française du groupe aurait dès lors la possibilité d'opter pour l'ACCIS. Dès lors, le régime de l'ACCIS ne s'appliquerait qu'aux sociétés des États membres, pour autant que F1 ait effectivement exercé une option en faveur de ce régime.

France

- Périmètre de consolidation

L'avantage attendu de l'option serait la possibilité de compenser les pertes étrangères avec les bénéfices nationaux et, à l'inverse, de permettre une compensation immédiate des pertes fiscales nationales avec les bénéfices fiscaux étrangers.

Compte tenu des hypothèses actuelles, en raison de l'application de la règle « all-in, all-out », chaque société du groupe décrite ci-dessus doit être soumise à l'ACCIS si le groupe exerce une option pour ce régime.

— Pertes fiscales

En droit fiscal français, les pertes fiscales encourues à l'étranger par les établissements stables communautaires d'une société française ne peuvent pas être compensées avec les résultats fiscaux français. De même, les pertes constatées à l'étranger par les filiales étrangères de sociétés françaises ne peuvent pas être compensées avec les bénéfices fiscaux français. Le régime français d'intégration fiscale ne s'étend pas aux filiales étrangères.

Le droit français permet le report en avant illimité des déficits fiscaux. Cependant, la compensation des pertes est désormais limitée à 1 M€ et à 60 % des bénéfices résiduels (nouvelles règles adoptées en septembre 2011).

Les pertes peuvent faire l'objet d'un report en arrière sur un exercice antérieur, jusqu'à concurrence d'un montant maximum de 1 M€.

S'il est vrai que les règles françaises relatives aux déficits fiscaux étaient plus favorables que celles de l'ACCIS lors de la communication au public de la Directive du Conseil, la situation est désormais différente à l'issue de l'adoption de la seconde Loi de Finances Rectificative pour 2011. Les règles prévues par l'ACCIS sont désormais plus favorables en matière de report en avant des pertes fiscales. Cependant les règles internes de droit français restent plus favorables en matière de report en arrière (cet avantage est toutefois plafonné et n'est pas suffisamment incitatif pour exclure pour cette seule raison une option en faveur de l'ACCIS).

— Calcul de l'assiette de l'impôt

RÈGLES D'AMORTISSEMENT

En droit français, les immobilisations sont en principe amorties linéairement sur leur durée de vie utile.

Les éléments constitutifs d'une immobilisation complexe doivent être amortis séparément en fonction de leur propre durée de vie lorsque celle-ci est significativement différente de celle de la structure. Les sociétés peuvent se fonder sur les usages afin d'apprécier le taux annuel d'amortissement admissible. Le regroupement d'actifs n'existe pas en droit français, alors qu'il correspond à la norme dans le régime ACCIS. Dans certains cas, des taux dégressifs et des méthodes d'amortissement accéléré peuvent être autorisés en lieu et place de la méthode linéaire. Cette possibilité n'existe pas dans le régime ACCIS.

L'application du régime ACCIS peut être avantageuse en ce qui concerne certains actifs (certaines immobilisations incorporelles, survaleurs, etc.), et ne pas l'être pour certains autres (les immeubles peuvent être amortis sur une période de 30 ans et non de 40 ans, actifs éligibles en vue d'un amortissement accéléré qui ne bénéficieraient plus de ce régime, etc.).

PROVISIONS

En droit français, toute diminution de la valeur des actifs portés au bilan en cours d'exercice est déductible pour autant qu'elle corresponde à une dépréciation

exceptionnelle des immobilisations corporelles et incorporelles de certains stocks et biens d'investissement.

Comparé au régime de l'ACCIS, le régime français est préférable si l'on se réfère aux actifs éligibles, car les dispositions de la Proposition ACCIS (article 41) sont limitées aux immobilisations non amortissables.

ABANDONS DE CRÉANCES

Le droit fiscal français distingue les abandons de créance commerciaux des abandons de créance financiers.

- les abandons de créances commerciaux résultent de l'existence de relations commerciales entre le créancier et le débiteur. Cet abandon de créance peut être déductible fiscalement pour autant que le créancier prouve que cette opération présente un intérêt pour lui.
- les abandons de créances financiers ou aides financières résultent de la seule existence de relations financières (à savoir des relations d'actionariat) entre le débiteur et le créancier. Ces aides peuvent être déductibles jusqu'à concurrence de la situation nette négative du débiteur, et pour le reste, en proportion du capital du débiteur non détenu par le créancier.

Il est généralement admis que les règles françaises relatives aux abandons de créances sont relativement libérales si on les compare à celles d'autres États.

Par comparaison, le régime de déduction des abandons de créance prévu par l'ACCIS pourrait se révéler moins favorable que les normes françaises. Il est cependant difficile à ce stade de parvenir à une conclusion définitive sur ce point.

AUTRES CHARGES

En droit français, les salaires et cotisations sociales sont en principe intégralement déductibles de l'assiette de l'impôt sur les sociétés. L'ACCIS ne présente dès lors aucun avantage ou inconvénient particulier à cet égard.

En règle générale, les charges d'intérêt sont intégralement déductibles en France, même si les prêts auxquels ils correspondent ont été accordés en vue de l'acquisition d'un élément d'actif qui ne produit pas de revenus imposables. Des règles relatives à la sous-capitalisation et à la lutte contre les autres formes d'évasion peuvent s'appliquer, et notamment les limites récemment introduites en matière de déductibilité des charges d'intérêt supportées par des entités françaises en vue de l'acquisition de titres de participation dans les cas où la décision de procéder à l'acquisition a été prise à l'étranger.

Le régime de l'ACCIS ne restreignant la déductibilité des intérêts que dans des cas limités, une option en faveur de ce régime se révélera souvent plus favorable que la simple application des règles françaises. Cependant le droit français n'excluant pas la déduction des intérêts supportés en vue du financement d'un actif qui ne dégage aucun bénéfice imposable en France, la réglementation nationale pourrait parfois rester avantageuse, malgré la récente

introduction d'une nouvelle règle anti-abus ciblant certaines participations.

— Comparaison de l'impôt dû par FGIP en France en vertu du régime français et du régime de l'ACCIS

Au cas particulier, si FGIP exerçait une option pour l'ACCIS, la France se verrait attribuer 13 % du montant du résultat fiscal consolidé du groupe FGIP, compte tenu de la situation des sociétés françaises du groupe en termes d'immobilisations, de salaires, d'effectifs et de chiffre d'affaires. Le montant de l'impôt dû en France serait déterminé comme suit :

- Déclaration fiscale consolidée : 20 M€ soit -10 M€ + 10 M€ +10 M€ +10 M€
- Assiette attribuée à la France : 2,6 M€
- Taux d'imposition : 34,43 %
- Impôt recouvré par la France : **0,90 M€**

Si FGIP n'optait pas pour l'ACCIS, l'impôt sur les sociétés dû en France serait le suivant :

- Assiette : -10 M€
- Taux d'imposition : 34,43 %
- Impôt recouvré par la France : **0€**

Ainsi, l'option pour l'ACCIS augmente le montant total de l'impôt acquitté par le groupe en France, ce qui est logique étant donné que les résultats fiscaux français arrêtés sur la base du droit français sont négatifs alors que le montant consolidé résultant de l'ACCIS est nettement positif.

Allemagne

— Périmètre de consolidation

Une option serait avantageuse si les pertes des filiales constatées dans d'autres États à faible imposition étaient intégrées fiscalement. En vertu de l'article 43 de la Proposition, les bénéfices et pertes de l'ensemble des membres du groupe se compensent, ce qui permet d'aboutir, à l'issue de ce calcul, à un résultat net à imputer aux sociétés du groupe selon une répartition fondée sur leur chiffre d'affaires, leur effectif et le montant de leurs immobilisations corporelles.

Au cas particulier, l'assiette imposable en Allemagne – dans les cas où le taux d'imposition est élevé – pourrait être réduite grâce à la compensation avec les pertes d'origine française.

Un autre avantage de l'application du régime de l'ACCIS consisterait en la simplification des obligations déclaratives. Cependant le régime de l'ACCIS ne s'appliquant qu'à l'impôt sur les sociétés et non aux impôts locaux, les sociétés allemandes du groupe FGIP seraient néanmoins tenues de déposer au titre des taxes professionnelles des comptes annuels complémentaires établis sur la base des normes comptables allemandes. En Allemagne, les obligations déclaratives s'en trouveraient ainsi en réalité alourdies en cas d'option pour le régime de l'ACCIS. Cet inconvénient serait toutefois compensé au niveau du groupe par la possibilité dont disposerait FGIP de compenser les pertes françaises avec les résultats imposables allemands.

— Pertes fiscales

En cas de déficit, le régime de l'ACCIS s'avère, au titre de l'exercice de constatation de la perte, moins intéressant que la législation allemande, les pertes ne pouvant en effet être reportées en arrière, contrairement à la situation qui prévaut en Allemagne à concurrence d'un montant de 511 500€. Cependant, au cours des exercices suivants, le régime ACCIS se révèle plus favorable. En Allemagne, les pertes peuvent faire l'objet d'un report en avant pour une période indéterminée, la compensation des pertes étant cependant limitée à 1 M€ et à 60 % du solde des bénéfices. 40 % des bénéfices supérieurs à 1M€ sont dès lors toujours soumis à l'impôt (« règle de l'imposition minimum »), alors que tel n'est pas le cas dans le régime de l'ACCIS.

Dans l'ensemble, il semble que le régime de l'ACCIS devrait être favorable à un grand groupe, l'option de report en arrière disponible jusqu'à hauteur de 511 500€ étant relativement négligeable au regard de la possibilité de compenser à l'avenir les pertes sans limitation. Un autre avantage de l'ACCIS est de permettre d'échapper à la règle allemande selon laquelle le changement de contrôle d'une société (transfert de plus de 25 % de ses titres) entraîne la perte des déficits restant à reporter en avant.

— Calcul de l'assiette

RÈGLES D'AMORTISSEMENT

En droit comptable allemand, les actifs sont amortis linéairement sur leur durée de vie économique. Seules les immobilisations dont la valeur est au plus égale à 1 000€ peuvent être amorties dans le cadre d'un groupement d'actifs sur une période de 5 ans. Les actifs dont la valeur est au moins égale à 410€ peuvent être passés en charge. Les immeubles non résidentiels sont amortis linéairement sur une période de 33 ans (une durée d'amortissement plus courte ne peut être prise en compte que s'il est prouvé que la durée de vie économique de l'immobilisation en cause est plus courte).

Dans le cadre du régime de l'ACCIS, seules les immobilisations ayant une durée de vie économique de 15 ans ou plus feront l'objet d'un amortissement linéaire. Les immeubles doivent être amortis sur une période de 40 ans. Les éléments d'actif, coûts et charges de construction d'un montant inférieur à 1 000€ ne peuvent être activés et constituent des charges déductibles.

Le fait que la Proposition ACCIS ne prévoit pas la possibilité d'un amortissement dégressif ne constitue pas un inconvénient pour l'instant, le droit allemand ne comprenant pas, lui non plus, de disposition de cette nature. Cependant, l'Allemagne a, par le passé, introduit des méthodes d'amortissement spéciales au titre des actifs acquis pendant certaines périodes au cours desquelles le Gouvernement allemand s'efforçait de stimuler l'économie (et notamment jusqu'en 2007 et en 2009-2010). Il pourrait dès lors être désavantageux d'être contraint de s'en tenir à l'amortissement linéaire en cas d'option pour le régime de l'ACCIS dans l'hypothèse où un amortissement accéléré serait en revanche autorisé par le droit allemand.

PROVISIONS

En cas de baisse permanente de valeur, les immobilisations peuvent, en Allemagne, faire l'objet d'une provision pour dépréciation ramenant leur valeur comptable à leur valeur dépréciée dans une logique de continuité de l'exploitation. Si cette valeur augmente au cours des années suivantes, la valeur comptable doit être à nouveau portée au bilan (à concurrence d'un montant non supérieur au coût historique, minoré de tout amortissement réglementaire). De telles dispositions sont préférables à celles du régime de l'ACCIS, les dispositions de l'article 41 de la Proposition de Directive étant limitées aux immobilisations non amortissables. Même les immobilisations faisant l'objet d'un amortissement individuel ne peuvent pas faire l'objet d'une provision. Il convient également de noter que la Proposition ACCIS ne contient pas de définition de la valeur après dépréciation (valeur de marché).

En droit allemand, les provisions sur les actifs circulants ne sont déductibles qu'à hauteur de la perte de valeur permanente frappant ces actifs. Toutefois, dans ce cas (en cas de provision pour perte), la provision déductible peut être augmentée du taux de profit moyen réalisé par la société sur la cession d'actifs circulant.

Ces dispositions ne sont pas prévues par l'article 29, paragraphe 4, de la Proposition ACCIS.

ABANDONS DE CRÉANCE

En droit fiscal allemand, les abandons de créance sont traités comme des apports occultes en fonds propres. Ils entraînent dès lors une augmentation (rétroactive) des coûts d'acquisition de la participation dans la société bénéficiaire de l'abandon. En cas d'abandon d'une « créance douteuse », seule cette partie de la créance correspondra à un apport occulte en fonds propres. Le montant de la réduction de la valeur nominale sera constaté en charges par le créancier et en bénéfice imposable par le débiteur, pour autant que la créance n'ait au préalable pas fait l'objet d'une provision. Par ailleurs, en Allemagne les groupes fiscaux ne doivent faire l'objet d'aucun abandon de créance ou autre mesure. A titre de condition préalable de l'existence d'un groupe fiscal en Allemagne (les entreprises étrangères en étant exclues), il est nécessaire de mettre en place un accord aux termes duquel l'ensemble des comptes de profits et pertes liés aux subventions intra-groupe est ramené à zéro.

Comparées à ces dispositions, les règles du régime de l'ACCIS semblent plus claires, sans toutefois être nécessairement plus favorables.

AUTRES CHARGES

En Allemagne, la déduction des intérêts est limitée en particulier par l'application d'un seuil de déductibilité des intérêts. En vertu de cette règle, les intérêts dus au delà des intérêts perçus ne peuvent être déduits que jusqu'à concurrence de 30 % de l'EBITDA (les exceptions à cette règle concernent les intérêts nets débiteurs qui ne sont pas supérieurs à 3 millions d'euros; les sociétés qui

n'appartiennent à aucun groupe; le cas où le ratio de fonds propres du groupe n'est pas supérieur à celui de la société). 25 % des intérêts payés sont réintégrés à l'assiette de la taxe professionnelle allemande.

Malgré le plafond élevé de 3 millions d'euros applicable en droit allemand, le régime de la Proposition d'ACCIS est plus favorable car il n'exclut que les cas d'abus de droit réels où la société bénéficiaire des intérêts est soumise à une imposition nettement inférieure. Le régime de l'ACCIS ne contient pas de dispositions visant à lutter contre certaines situations de sous-capitalisation.

— Comparaison des impôts dus par la FGIP en Allemagne en vertu des règles nationales et du régime ACCIS

Au cas particulier, en cas d'option pour le régime ACCIS, compte tenu de la situation des sociétés allemandes du groupe en termes d'immobilisations, de salaires, d'effectifs et de chiffre d'affaires, l'Allemagne se verrait attribuer 73 % du montant consolidé du résultat fiscal du groupe FGIP. En conséquence, l'impôt sur les sociétés serait dû en Allemagne à concurrence des montants suivants (le présent exemple ne traite pas de la taxe professionnelle):

- Montant consolidé de la déclaration fiscale: 20 M€ (i.e. -10 M€ + 10 M€ +10 M€ +10 M€)
- Assiette fiscale imputée à l'Allemagne: 14,6 M€
- Taux d'imposition: 15,83 %
- Impôt recouvré par l'Allemagne: **2,31 M€**

A l'inverse en cas d'application des règles fiscales allemandes, l'impôt sur les sociétés serait dû à concurrence des sommes suivantes:

- Assiette fiscale: +10 M€
- Taux d'imposition: 15,83 %
- Impôt recouvré par l'Allemagne: **1,58 M€**

L'option en faveur de l'ACCIS a pour effet d'accroître de 46 % le montant total de l'impôt acquitté par le groupe en Allemagne, en raison de l'importance des éléments entraînant la localisation des bénéfices en Allemagne en termes d'effectifs, de chiffre d'affaires et d'immobilisations.

Italie

— Périmètre de consolidation

En supposant des pertes élevées en France et une situation bénéficiaire dans les autres pays, l'option en faveur du régime de l'ACCIS représente une opportunité, car elle permet la compensation des bénéfices et des pertes et l'imposition sur la base d'un montant consolidé. En cas d'exercice de l'option, l'ensemble des entités italiennes serait inclus en vue de l'application de l'ACCIS.

— Pertes fiscales

Le droit fiscal italien permet le report en avant des pertes pendant une période indéterminée. Au cours de chaque exercice fiscal, les pertes fiscales antérieures ne peuvent être compensées qu'à concurrence de 80 % du résultat imposable de l'exercice (ce qui équivaut à l'application d'un impôt minimum). Les pertes associées au lancement de la

société (à savoir les pertes des trois premières années) peuvent être compensées sans limitation de temps et jusqu'à hauteur de 100 % du résultat imposable. Aucun report en arrière n'est possible en Italie.

Par comparaison, le régime de l'ACCIS est aussi favorable ou plus favorable, car il ne prévoit pas de limite de temps ou de montants compensables.

— Calcul de l'assiette

AMORTISSEMENT

En droit italien les immobilisations corporelles sont amorties séparément de manière linéaire. Des taux spécifiques d'amortissement sont prévus spécifiquement pour chaque secteur (avec une réduction à 50 % au cours de l'année d'acquisition de l'actif) pour les différentes catégories d'actifs normalement utilisés dans le secteur d'activité. Pour les immobilisations dont le coût unitaire n'est pas supérieur à 516 euros, une déduction intégrale est autorisée au titre de l'exercice au cours duquel la charge est supportée.

Le régime de l'ACCIS peut être plus ou moins favorable que les règles nationales selon le secteur industriel concerné et le type d'actifs. En ce qui concerne les bâtiments, la réglementation nationale italienne (amortissement annuel qui ne peut généralement être inférieur à 3 %) est plus favorable que le régime de l'ACCIS (2,5 %). Des dispositions spéciales sont applicables aux immobilisations incorporelles. Les charges engagées au titre des droits de propriété intellectuelle sont déductibles sur une période de 2 ans (contre 15 ans dans le régime de l'ACCIS), à l'exception des marques qui sont déductibles en 18 ans. Ainsi, le régime de l'ACCIS n'est pas toujours plus avantageux.

Il convient de noter qu'il est prévu en Italie d'appliquer une réforme des méthodes et des taux d'amortissement. Les nouvelles règles d'amortissement devraient en principe être similaires à celles prévues par l'ACCIS.

PROVISIONS

En règle générale, le droit italien ne permet pas les provisions constatant une perte permanente de valeur. Les comptes clients douteux peuvent faire l'objet d'une provision (voir ci-dessous). Les règles nationales ne prévoient pas de dispositions similaires à celles de l'article 41 de la Proposition ACCIS et à ce titre le régime de l'ACCIS semble plus favorable que les règles applicables en Italie.

ABANDONS DE CRÉANCES

En droit fiscal italien, les abandons de créances – définis comme les abandons de créances détenues par un actionnaire sur une société dans laquelle il détient une participation – ne sont pas déductibles par l'actionnaire et viennent augmenter le coût fiscal de sa participation. Ils ne sont pas imposables chez la société bénéficiaire. La perte d'une créance douteuse est en revanche déductible (i) si le débiteur fait faillite ou (ii) si la perte est établie par « des éléments certains et définis ». Une analyse au cas par cas est nécessaire. Une provision sur des créances clients

compromises est déductible au cours d'une période déterminée dans la limite de 0,5 % des comptes clients et jusqu'à concurrence de 5 % de cette valeur.

En ce qui concerne les « créances douteuses », on note que le régime de l'ACCIS semble plus précis car il énumère les éléments/conditions requis afin de permettre la déduction.

AUTRES CHARGES

En Italie, en règle générale et sous réserve d'exceptions mineures portant sur certains postes, les salaires sont intégralement déductibles en vue du calcul de l'impôt des sociétés. Le régime de l'ACCIS n'offre aucun avantage ou inconvénient à cet égard.

La différence entre les intérêts dus et les intérêts à percevoir est déductible à concurrence de 30 % de l'EBITDA. La partie de 30 % de l'EBITDA non utilisée au cours d'un exercice déterminé peut être reportée en avant au cours des exercices ultérieurs. Par ailleurs, les intérêts supérieurs aux 30 % de l'EBITDA peuvent être déduits au cours d'un exercice ultérieur si les 30 % de l'EBITDA de cet exercice sont supérieurs aux intérêts à déduire au titre de cet exercice. Le régime de l'ACCIS ne prévoyant pas de règles spécifiques en matière de sous-capitalisation (si ce n'est dans les cas d'abus où la société bénéficiaire des intérêts est soumise à une fiscalité nettement plus favorable), l'option pour le régime de l'ACCIS est en principe plus favorable que l'application des règles de droit national.

— Comparaison entre l'impôt dû en Italie en vertu des règles nationales et du règlement ACCIS

Au cas particulier, l'Italie se verrait attribuer 10 % du montant consolidé du groupe FGIP en cas d'option pour l'application du régime ACCIS, compte tenu de la situation des entreprises italiennes en termes d'immobilisations, de salaires, d'effectif et de chiffre d'affaires.

Le montant de l'impôt sur les sociétés dû en Italie dans le cadre du régime ACCIS serait le suivant :

- Montant consolidé de la déclaration fiscale : 20 M€ (i.e. -10 M€ + 10 M€ +10 M€ +10 M€)
- Assiette attribuée à l'Italie : 1,80 M€
- Taux d'imposition : 31,4 %
- Impôt recouvré par l'Italie : **0,57 M€**

A l'inverse, en cas d'application des règles italiennes, le montant des impôts dus en Italie serait le suivant :

- Assiette fiscale : +10 M€
- Taux d'imposition : 31,4 %
- Impôt recouvré par l'Italie : **3,14 M€**

L'option en faveur de l'ACCIS réduit de 82 % le montant total de l'impôt payé par le groupe en Italie.

Portugal

— Périmètre de consolidation

Au cas particulier, l'option en faveur de l'ACCIS permettrait la compensation sans limitation des pertes fiscales constatées à l'étranger avec les bénéfices du groupe. L'ensemble des entités du groupe bénéficiant d'une assiette

fiscale déterminée de manière identique, et sous réserve du principe du « guichet unique », les charges administratives et les coûts liés au respect des règles seraient réduits, à tout le moins au Portugal.

L'ensemble des entreprises portugaises réputées appartenir au groupe en feront partie si F1 opte pour l'application du régime de l'ACCIS.

— Pertes fiscales

En droit portugais, les pertes transfrontalières ne peuvent pas, en principe, être prises en compte pour la détermination du résultat imposable. Les pertes fiscales ne peuvent faire l'objet d'un report en avant que pendant 5 ans et à concurrence de 75 % des résultats imposables. Aucun report en arrière des pertes fiscales n'est autorisé. Par ailleurs, le transfert des pertes fiscales dans le cadre d'une réorganisation du groupe n'est autorisé que si le transfert bénéficie de l'agrément préalable du Ministre des Finances, et que s'il est possible de rapporter la preuve de la réalité économique des opérations.

Au regard des éléments ci-dessus, le régime ACCIS devrait être plus favorable en raison du fait que la compensation des pertes s'effectue en base consolidée, sans limitation de temps et, sous réserve du respect de certaines conditions, sans sembler être affecté par une restructuration du groupe.

— Calcul de l'assiette fiscale

AMORTISSEMENT

En droit comptable portugais, les actifs sont amortis linéairement sur leur durée de vie économique, en fonction d'un taux maximum d'amortissement fiscal, par catégorie d'actifs ou par secteur d'activité. Les actifs sont généralement amortis séparément par application de taux d'amortissement spécifiques prévus par la loi. Dans certains cas, des taux dégressifs et une méthode d'amortissement accélérée peuvent être autorisés en lieu et place de la méthode linéaire.

Par comparaison, l'application du régime de l'ACCIS permet une simplification de ce processus (la plupart des immobilisations sont amorties par groupement et sur la base d'un taux annuel de 25 %).

PROVISIONS

En droit portugais, une perte de valeur des actifs portés au bilan d'un exercice peut être déduite pour autant qu'elle corresponde à une dépréciation exceptionnelle des immobilisations corporelles ou incorporelles, ainsi que de certains stocks et biens d'investissement. Cette déduction n'est autorisée que si le contribuable bénéficie de l'agrément de l'administration fiscale et est en mesure de rapporter la preuve des événements donnant lieu à cette dépréciation exceptionnelle.

Par comparaison avec le régime de l'ACCIS, en termes d'actifs éligibles, le droit fiscal portugais est plus favorable, les dispositions de l'article 41 étant limitées aux

immobilisations non amortissables. Cependant, le régime portugais est subordonné à l'agrément de l'administration fiscale, ce qui n'est pas le cas dans le régime de l'ACCIS.

ABANDONS DE CRÉANCE

Le droit fiscal portugais opère une distinction entre l'abandon de créance résultant de la constatation d'une créance douteuse et l'abandon effectué à titre purement volontaire. Si, dans le premier cas, l'abandon peut être déductible fiscalement sous réserve du respect de certaines exigences liées aux délais, au montant de la créance, aux procédures de recouvrement mises en œuvre, les abandons de créances réalisés à titre volontaire et sans procédure préalable de recouvrement ne seront pas considérés comme déductibles fiscalement.

En revanche, les règles de l'ACCIS en matière de déduction des créances compromises semblent plus favorables que celles prévues par le droit portugais (notamment en ce qu'elles prévoient que l'expérience passée peut constituer une justification valable). Néanmoins les termes des règles de l'ACCIS présentent un caractère générique et restent subordonnés à l'interprétation de l'expression suivante : « le contribuable a pris toutes mesures raisonnables afin de recouvrer les sommes dues ».

AUTRES CHARGES

Au Portugal, les salaires sont généralement déductibles au plan fiscal, pour autant qu'ils aient été régulièrement acquittés et se rapportent à l'activité imposable de l'entreprise. Le régime de l'ACCIS ne présente aucun avantage ou inconvénient particulier à ce titre.

De même les charges d'intérêt sont généralement déductibles. Cependant, les intérêts payés à des tiers et à des entités domiciliées dans certains ressorts offshore repris dans une liste spéciale ne sont déductibles fiscalement que s'ils respectent les règles de prix de transfert et de pleine concurrence. Les intérêts acquittés en faveur des actionnaires ne sont déductibles qu'à hauteur des charges d'intérêt rémunérées sur la base d'un taux égal à l'Euribor à 12 mois.

Dans l'ensemble, les règles de l'ACCIS seraient en général plus favorables et moins complexes que les règles portugaises.

— Comparaison entre les impôts dus au Portugal en vertu du droit fiscal national et du régime de l'ACCIS

Dans les circonstances présentes, en cas d'option pour le régime de l'ACCIS, le Portugal se verrait attribuer 4 % du montant du résultat fiscal consolidé du groupe FGIP, compte tenu de la situation des entreprises portugaises de ce groupe en termes d'immobilisations, de salaires, d'effectif et de chiffre d'affaires.

En cas d'application du régime de l'ACCIS, les impôts suivants seraient dus au Portugal :

- Montant consolidé de la déclaration fiscale : 20 M€ (soit -10 M€ + 10 M€ + 10 M€ + 10 M€)

- Assiette attribuée au Portugal : 0,95 M€
- Taux d'imposition : 25 %
- Impôt recouvré par le Portugal : **0,24 M€**

A l'inverse, en cas d'application du droit fiscal portugais, le montant de l'impôt dû au Portugal serait le suivant :

- Assiette fiscale : +10 M€
- Taux d'imposition : 25 %
- Impôt recouvré par le Portugal : **2,50 M€**

L'option ACCIS a pour effet de réduire de 90 % le montant total des impôts acquittés par FGIP au Portugal.

Conclusion

Au cas particulier, le principal avantage qu'offre l'ACCIS est la possibilité de compenser les pertes fiscales constatées en France avec les résultats imposables de l'ensemble des autres entités du Groupe FGIP au sein de l'Union européenne. Une telle faculté a des conséquences radicales au cas particulier, le régime français d'intégration fiscale ne permettant pas à FGIP de compenser des pertes fiscales françaises avec des bénéfices étrangers. En conséquence, seul un montant de 4,02 M€ sera dû sous l'empire du régime de l'ACCIS alors que le groupe aurait dû acquitter au titre de l'impôt sur les sociétés une somme globale de 7,22 M€ en cas d'application des règles nationales.

L'économie d'impôt résultant pour le groupe FGIP de l'option pour le régime de l'ACCIS est donc de 44,3 %.

Dans les cas où les pertes fiscales subies dans un État membre peuvent être compensées avec les résultats fiscaux dégagés dans le même État membre, à savoir en cas d'application d'un régime national d'intégration fiscale,

l'opportunité d'une option pour l'ACCIS est moins nette et dépend (i) du résultat d'une comparaison sérieuse entre l'assiette commune de l'ACCIS et des impôts sur les sociétés nationaux des États membres où le groupe mène son activité et (ii) de la localisation des facteurs de production. Il convient de procéder à une telle comparaison car, comme nous l'avons relevé au début de la présente étude, le régime ACCIS peut en sa forme actuelle s'appliquer aux groupes purement nationaux dépourvus de toute implantation dans un autre État membre de l'UE.

En effet, il y a lieu de noter que, si les sociétés françaises n'avaient pas enregistré une perte fiscale de 10 M€ mais avaient au contraire constaté un bénéfice de 10 M€, la conclusion de l'étude n'en aurait pas pour autant été profondément modifiée. En pareil cas, le montant total de l'impôt sur les sociétés dû par le groupe FGIP en cas d'application du régime de l'ACCIS aurait été égal à 8,07 M€, alors que l'application des règles nationales aurait entraîné la mise en recouvrement d'un montant global d'impôt sur les sociétés de 10,66 M€. L'économie d'impôt induite par l'option pour le régime de l'ACCIS aurait dès lors été égale à 24,30 % de la dette d'impôt globale, ce qui reste très appréciable. Cependant, une telle économie ne devrait pas être pérenne, l'ACCIS visant à stimuler une concurrence entre États Membres de l'UE au niveau du taux de l'impôt des sociétés. Au moins en théorie, il n'est pas possible d'exclure que certains États Membres de l'UE relèvent leurs taux d'imposition en réponse à la mise en œuvre de l'ACCIS après constatation d'une déperdition d'assiette imposable

c) Structuration d'une acquisition grâce au régime de l'ACCIS

Etude de Cas

ABC est un groupe américain cherchant à acquérir 100 % de FGIP par rachat de l'intégralité des titres de la société holding du groupe (F1, G1, It1 ou Po1 en fonction du scénario concerné). La cible est valorisée à 250 000 000 €. Le prix d'acquisition serait financé pour moitié par la trésorerie et pour moitié par prêt bancaire. Le prêt lié à l'acquisition serait remboursé au terme d'un délai de 5 ans. Le taux d'intérêt annuel convenu est de 5,00 %.

ABC prévoit de recevoir chaque année de FGIP une distribution en numéraire d'au moins 20 000 000 €.

Nous retenons pour hypothèse que le groupe cible a opté pour le régime ACCIS avant l'acquisition.

Acquisition de la société holding française

Le revenu de la société FGIP Fr (NewCo) se compose de dividendes perçus de F1 et des participations étrangères AG1, It1 et Po1. Ces dividendes sont exonérés d'impôts, sauf pour 5 % de leur montant qui sont réintégrés dans l'assiette fiscale.

	Absence d'intégration fiscale	Intégration fiscale française	ACCIS
Allemagne	3 750 000 €	3 750 000 €	4 096 248 €
France	0 €	0 €	866 380 €
Italie	3 925 000 €	3 925 000 €	244 694 €
Portugal	3 125 000 €	3 125 000 €	422 423 €
Dette d'impôt globale	10 800 000 €	10 800 000 €	5 629 745 €

Conclusion : le régime de l'ACCIS a pour effet de réduire significativement la charge fiscale, en étendant hors du territoire français les avantages de l'intégration fiscale française.

Acquisition de la société holding allemande

Nous retenons ici pour hypothèse qu'AG1 (et non F1) est la société holding du groupe FGIP et qu'ABC acquiert l'intégralité du capital d'AG1 (et dès lors 100 % du groupe).

Le revenu de FGIP AG (NewCo) se compose de dividendes perçus d'AG1. Ces dividendes sont exonérés d'impôts, sauf pour 5 % de leur montant, qui sont réintégrés dans l'assiette fiscale.

	Absence d'intégration fiscale	Intégration fiscale française	ACCIS
Allemagne	4 161 750€	4 030 500€	4 096 248€
France	0€	0€	866 380€
Italie	3 925 000€	3 925 000€	244 694€
Portugal	3 125 000€	3 125 000€	422 423€
Dette d'impôt globale	11 211 750€	11 080 500€	5 629 745€

Conclusion : la dette d'impôt globale est significativement réduite sous le régime de l'ACCIS en raison de la déductibilité intégrale des pertes fiscales françaises et des charges de financement. Cependant, le régime de l'ACCIS ne portant pas sur l'assiette de la taxe professionnelle allemande, un quart des intérêts versés sera ajouté à l'assiette en vue du calcul de la taxe professionnelle de NewCo.

Acquisition de la société holding italienne

Enfin, nous envisageons l'hypothèse où It1 (et non F1) est la société holding du groupe FGIP et où ABC acquiert l'intégralité du capital d'It1 (et dès lors du groupe).

Le revenu de FGIP It (NewCo) consiste en des dividendes perçus d'It1. Ceux-ci sont exonérés d'impôts, sauf 5 % de leur montant, qui sont réintégrés dans l'assiette fiscale.

	Absence d'intégration fiscale	Intégration fiscale française	ACCIS
Allemagne	3 795 000€	3 750 000€	4 096 248€
France	0€	0€	866 380€
Italie	4 343 631€	3 416 702€	244 694€
Portugal	3 162 500€	3 125 000€	422 423€
Dette d'impôt globale	11 301 131€	10 291 702€	5 629 745€

Dans le régime de l'ACCIS, la dette fiscale est significativement réduite car les pertes fiscales françaises et les charges de financement sont intégralement déductibles de l'assiette de l'impôt. L'IRAP n'étant pas intégré, une charge fiscale supplémentaire de 3,9 % devra être prise en compte en Italie.

Mathieu Daudé

CMS Bureau Francis Lefebvre

E mathieu.daude@cms-bfl.com

Patrick Dewerbe

CMS Rui Pena & Arnaut

E patrick.dewerbe@cms-rpa.com

Wolf-Georg von Rechenberg

CMS Hasche Sigle

E wolf-georg.vonrechenberg@cms-hs.com

Melchior Wathelet

CMS Bureau Francis Lefebvre

E melchior.wathelet@cms-bfl.com

Structures de financements internationaux : opportunités et contraintes

Fiscalité accrue, harmonisation croissante de la fiscalité européenne, développement de l'assistance administrative internationale sont autant de facteurs qui rendent plus délicate la mise en place d'un financement transfrontalier européen. Dans l'exemple que nous avons choisi, une société de financement belge ou luxembourgeoise est interposée entre une société mère française et une société opérationnelle située en Europe de l'Est.

Dans une deuxième partie, nous envisageons le cas des prêts entre une société mère établie dans un premier Etat et une filiale établie dans un second. La question posée porte sur la fiscalité des abandons de créances transfrontaliers.

1. Le financement transfrontalier par dette hybride

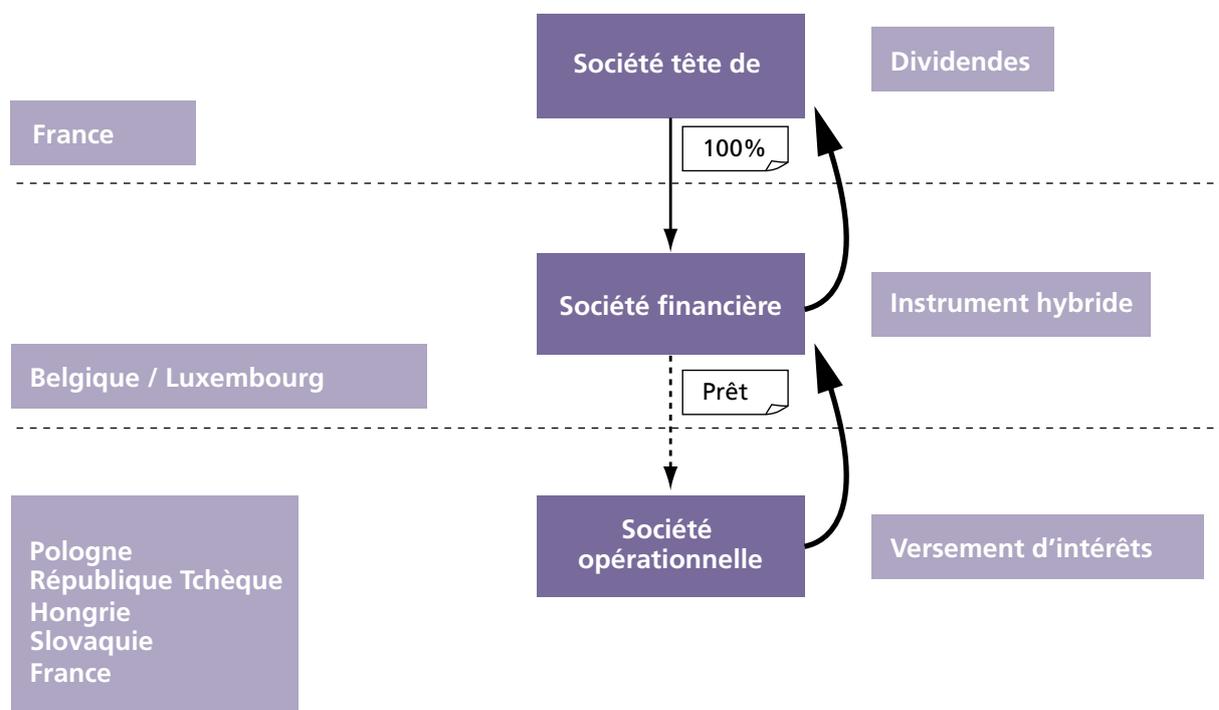
Le financement international d'une société opérationnelle par dette hybride implique la création d'une société de financement interposée entre la tête de groupe et la cible ayant des besoins de financement. Le recours à une entité

interposée est une opération complexe : le levier fiscal doit donc être significatif pour justifier l'intervention de la société financière. Cet avantage fiscal reposera sur la possibilité combinée :

- pour la société opérationnelle, de déduire les intérêts payés et d'éviter une retenue à la source ;
- pour la société financière, de limiter l'imposition de son résultat ;
- pour la société tête de groupe, d'être exonérée sur les dividendes reçus de la société financière, en évitant là aussi toute retenue à la source.

La structure de ce schéma de financement international fait donc intervenir trois acteurs. Pour les besoins de la présente étude, il s'agira d'une société tête de groupe située en France qui souhaite investir en Europe de l'Est. La société de financement sera établie en Belgique ou au Luxembourg et la société dont le développement doit être financé sera située en Pologne, Hongrie, République Tchèque, Slovaquie ou même en France. La faisabilité fiscale de l'opération du point de vue de ces trois acteurs sera analysée ci-après.

Schématiquement, l'opération de financement se structure comme suit :



a) La situation de la société tête de groupe

Un financement international ne vaut que si la fiscalité qui s'applique à la société tête de groupe est favorable. Il est donc indispensable, dans un premier temps, de s'assurer que la société tête de groupe peut bénéficier du régime mère-fille sur les dividendes perçus et que l'opération ne peut pas être qualifiée de montage artificiel ou d'abus de droit.

Le régime mère-fille français permet l'exonération des dividendes reçus à hauteur de 95% de leur montant lorsque la société mère détient au moins 5% des droits de vote et financiers de la filiale pendant au moins deux ans. La loi n'exige pas l'assujettissement à l'impôt sur les sociétés de la filiale pour pouvoir bénéficier de l'exonération. Il s'agit d'une particularité française qui prend toute son importance dans les schémas internationaux.

L'application de ce régime ne crée donc pas de difficulté particulière a priori, et nécessite seulement que la société mère n'oublie pas d'opter pour le régime favorable.

Le risque existe toutefois d'une requalification des dividendes perçus en bénéfices relevant de l'IS au taux de droit commun.

L'article 209 B du CGI permet en effet à l'administration d'imposer la société mère sur les bénéfices réalisés par sa filiale étrangère lorsque cette dernière bénéficie d'un régime fiscal privilégié. La notion de « régime fiscal privilégié » n'est pas encore complètement fixée, comme en témoignent les décisions successives du Conseil d'Etat. C'est pourquoi il convient de rester attentif à la situation de la filiale pour s'assurer qu'elle ne rentre pas dans le champ d'un tel régime. Si la loi française prévoit que l'article 209 B ne s'applique pas aux filiales établies dans un Etat de la Communauté européenne, elle réserve toutefois le cas des montages artificiels ayant pour but de contourner la législation fiscale française. Pour éviter cette incrimination, il est nécessaire de donner de la substance à la société de financement en la dotant de moyens humains, matériels et financiers.

Cette précaution permettra également de limiter le risque, toujours sur le fondement de l'abus de droit (cf. ci-après), d'une requalification en intérêts des dividendes distribués par la société de financement.

b) La situation de la société de financement

Le lieu d'implantation de la société financière est primordial car c'est au niveau de cette société qu'un levier fiscal sera envisageable. La société intermédiaire a des liens aussi bien avec la société commerciale (en tant que prêteuse) qu'avec la société tête de groupe (en tant que filiale). Il est donc indispensable que le régime fiscal qui lui est applicable soit compatible avec la législation des deux autres Etats. A ce titre, la Belgique et le Luxembourg offrent la possibilité d'une imposition effective amoindrie des intérêts, tout en évitant une retenue à la source.

— Implantation de la société de financement en Belgique

Le choix de la Belgique comme Etat d'implantation de la société financière repose sur le dispositif de déduction des intérêts notionnels. Ce régime vise à réduire la discrimination fiscale que subissent les entités financées sur fonds propres par rapport à celles financées par emprunt. Les premières sont ainsi autorisées à déduire de leur base imposable un intérêt fictif calculé sur leurs capitaux propres. Il est à noter que les capitaux propres pris en compte pour le calcul des intérêts notionnels déductibles sont corrigés, notamment, du poste des immobilisations financières inscrites à l'actif. Le schéma de financement doit dès lors éviter que la société opérationnelle soit détenue par la société financière. A défaut, la participation inscrite à l'actif du bilan de la société financière réduirait à due concurrence la base de calcul des intérêts notionnels et la déduction permise.

Exemple

Hypothèse de départ

- Capitaux propres de la société financière belge : 1 000
- Prêt consenti à la société opérationnelle : 1 000
- Taux d'intérêt appliqué au prêt consenti : 4%
- Pas de retenue à la source (Directive 2003/49/CE)
- Taux de l'impôt sur les sociétés : 33,99%

Calcul de l'impôt de la société financière belge

- Résultat comptable de la société financière : 40
- Intérêt notionnel déductible (taux applicable en 2012 : 3%) : 30
- Résultat fiscal : 10
- Impôt dû : 3,399
- Taux effectif d'impôt pour la société financière : 8,497%

L'économie réalisée par le groupe repose sur cette déduction d'intérêts notionnels. On notera que, pour des raisons budgétaires, le législateur belge a récemment durci le régime des intérêts notionnels : le taux de l'intérêt notionnel est plafonné à 3% depuis le 1^{er} janvier 2012 et le report des intérêts non déduits n'est plus possible. Une mesure transitoire a été prise pour éviter l'effet rétroactif de la disposition. Le stock d'intérêts notionnels non déduits au 31 décembre 2011 est ainsi reportable sans limite de temps mais avec un plafond fixé à 1 million d'euros. Au delà de ce plafond, le stock d'intérêts n'est imputable que dans la limite de 60% de la base imposable.

L'intérêt d'un financement hybride belge n'est pas remis en cause par ces nouvelles mesures, mais l'efficacité du schéma s'en ressent nécessairement. Il conviendra de rester vigilant car les intérêts notionnels ne sont pas le seul régime que le gouvernement belge souhaite remettre en cause.

Ainsi en est-il du régime de sous-capitalisation. Rappelons que ce régime, tel qu'il s'applique encore aujourd'hui, est relativement peu contraignant. Il ne concerne que les cas où la société financière est établie dans un « paradis fiscal » / « Etat à fiscalité privilégiée » ou lorsque le bailleur de fonds (personne morale étrangère) exerce un mandat social au sein de la société débitrice. Le dispositif envisagé par le gouvernement serait d'étendre le champ d'application du

régime de sous-capitalisation sur le modèle du régime applicable en France, ce qui lui conférerait une portée beaucoup plus générale que celle qui prévaut actuellement.

Enfin le gouvernement a aussi soumis au Parlement un texte anti-abus reposant sur le renversement de la charge de la preuve à l'encontre du contribuable qui réalise une opération principalement fiscale. Selon ce texte, il reviendrait au contribuable mis en cause par l'administration de prouver que sa principale motivation n'est pas d'ordre fiscal. Heureusement, le Conseil d'Etat belge a émis des doutes sérieux sur la constitutionnalité d'une telle mesure, ce qui devrait amener le gouvernement à revoir sa copie.

— Implantation de la société de financement au Luxembourg

La fiscalité relativement souple du Luxembourg attire les structures de financement depuis un certain nombre d'années. Cependant, elle subit également des évolutions. En effet, la récente circulaire sur les prix de transfert exige l'introduction d'un dossier « prix de transfert » pour obtenir l'accord du Luxembourg sur le taux d'intérêt applicable, et suppose une certaine substance matérielle de la société luxembourgeoise. La déduction des intérêts n'est par ailleurs acquise que si le principe de pleine concurrence (« Arm's length principle ») est respecté. A défaut, les intérêts sont considérés comme des dividendes.

Le taux de l'impôt qui frappe les intérêts perçus par une société luxembourgeoise est en principe de 28,8%. Plusieurs structures spécifiques permettent cependant d'améliorer cette situation.

Ainsi, le back-to-back financing repose sur l'endettement de la société intermédiaire pour financer les prêts corrélativement consentis aux filiales. Un principe de déduction semblable à celui des intérêts notionnels belges peut également être utilisé. Enfin, l'utilisation d'instruments hybrides ouvre des opportunités d'optimisation fiscale, plus ou moins intéressantes en fonction des Etats, qui méritent d'être illustrées.

Exemple 1

Dans une première hypothèse, la société luxembourgeoise consent un prêt hybride à la société opérationnelle. Le but étant d'assimiler le prêt à du capital, de façon à pouvoir qualifier les revenus de dividendes ouvrant droit au régime d'exonération mère-fille. L'approbation de l'administration fiscale luxembourgeoise suppose de travailler sur les caractéristiques du prêt, en particulier sur sa durée, sachant que le prêt peut ou non être participatif, convertible, etc.

Exemple 2

Le deuxième exemple s'inscrit dans l'hypothèse où la filiale luxembourgeoise ne peut pas consentir un prêt hybride à la filiale opérationnelle. Cette dernière bénéficiera alors d'un prêt normal. La société tête de groupe dotera sa filiale luxembourgeoise d'un capital social classique mais les actions émises par cette dernière auront certaines caractéristiques spécifiques. A titre d'exemple, les actions

pourront être rachetables dans un court délai, ou ouvrir droit à des dividendes préférentiels (les droits de vote sont alors très limités). Tous ces éléments permettront à la société luxembourgeoise d'assimiler l'apport en capital à un prêt. De cette façon, la société luxembourgeoise sera considérée comme versant des intérêts déductibles qui seront traités comme des dividendes exonérés par la société tête de groupe.

Exemple 3

La dernière hypothèse repose sur l'utilisation d'un principe voisin de l'intérêt notionnel belge. La filiale luxembourgeoise constituera une nouvelle sous-filiale qui lui accordera un financement non rémunéré correspondant à la somme prêtée à la filiale opérationnelle. L'Etat dans lequel la nouvelle sous-filiale sera établie doit permettre un tel prêt sans que la législation sur les prix de transfert ne le remette en cause. Avec le prêt obtenu, la société luxembourgeoise sera en mesure de financer la société opérationnelle et percevra des intérêts imposables. Cependant, pour rétablir les conditions de marché et satisfaire au principe « Arm's length », l'assiette imposable sera réduite du coût fictif de l'emprunt accordé à titre gratuit par la nouvelle sous-filiale. L'impôt payé par la société financière luxembourgeoise sera donc réduit à due concurrence.

Tous ces schémas conduisent à limiter l'imposition des intérêts au niveau de la société financière pour permettre une remontée plus importante de dividendes vers la société tête de groupe. Il est tentant de privilégier la simplicité du schéma belge par crainte que la complexité des structures luxembourgeoises n'attire l'attention. Mais, en réalité, c'est l'exonération de l'impôt sur les dividendes perçus par la tête de groupe française grâce au régime mère-fille qui éveillera la suspicion de l'administration.

Deux approches sont possibles pour faire échec à l'application du régime mère-fille en France. La première consiste en une analyse juridique, aboutissant à remettre en cause la qualité d'actionnaire, au sens du droit français, de la société tête de groupe.

La seconde repose sur la notion d'abus de droit. Il s'agit d'une procédure particulièrement lourde qui peut engendrer d'importantes pénalités. Son utilisation fait l'objet d'un encadrement légal que les juges tendent à préciser comme en atteste la récente décision Alcatel de 2011 (CE 15 avril 2011 n° 322610, 9^e et 10^e s.-s., min. c/ Sté Alcatel CIT).

Dans cette affaire, une société française avait apporté des capitaux propres à un centre de coordination belge en contrepartie de la remise d'actions. Pendant deux ans, les fonds attribués au centre belge ont été utilisés pour financer d'autres filiales du groupe et les dividendes versés à la société mère française ont été exonérés en application du régime mère-fille. A l'issue de cette période, la société française a décidé de revendre les actions à prix coûtant. L'administration a estimé que l'ensemble de l'opération était constitutive d'un abus de droit. L'objectif du régime mère-fille étant, selon elle, d'éliminer une double

imposition, il n'y avait pas lieu de l'appliquer au cas présent en raison de l'absence d'imposition des produits financiers perçus par le centre de coordination. Le Conseil d'État a donné tort à l'administration car :

- le centre de coordination avait une réelle substance dans la mesure où 80 employés qualifiés y travaillaient ;
- l'assujettissement à l'impôt de la filiale n'étant pas une condition du régime, la seule circonstance que cette dernière n'était pas imposée ne pouvait pas constituer un abus de droit.

c) La situation de la société opérationnelle

La société opérationnelle constitue l'ultime chaînon des schémas de financement international. Pour les besoins de la présente étude, nous avons considéré que la société opérationnelle était établie dans certains pays de l'Europe de l'Est, ou en France. Dans une situation comme dans l'autre, les enjeux fiscaux sont la déduction des intérêts et l'exonération de la retenue à la source sur ces mêmes intérêts versés à la société de financement.

— Société opérationnelle polonaise, tchèque, hongroise ou slovaque

Que la société opérationnelle soit établie en Pologne, en Hongrie, en République Tchèque ou en Slovaquie, les intérêts versés à la société de financement sont déductibles de son résultat fiscal. Il est à noter que seul le paiement effectif de ces intérêts déclenche le droit à déduction. La déductibilité des intérêts peut toutefois être écartée sur le fondement des règles de sous-capitalisation. La Pologne dispose à ce titre d'une législation plutôt souple car les prêts consentis par une société mère ou sœur ne sont pas pris en compte dans le calcul du ratio. A l'inverse, les règles de sous-capitalisation hongroises sont sévères dans la mesure où tous les emprunts contractés par la société sont pris en compte. Seuls les prêts bancaires sont exclus des règles de sous-capitalisation.

La problématique de retenue à la source sur les intérêts versés n'en est pas vraiment une pour la Hongrie, la République Tchèque et la Slovaquie. La Directive de 2003 (Directive 2003/49/CE du 3 juin 2003) s'applique de telle sorte que les intérêts servis entre sociétés membres de l'Union européenne sont exemptés de retenue à la source.

S'agissant en revanche de la Pologne, une retenue à la source de 20% continue de s'appliquer. Cet Etat bénéficie en effet d'une longue période de transposition de la Directive qui prendra fin en juin 2013. En attendant de pouvoir bénéficier de l'exemption européenne qui s'applique lorsque la débitrice est détenue à hauteur de 25% par la créancière, seules les conventions fiscales bilatérales peuvent prévoir une réduction de la retenue à la source.

— Société française

L'implantation de la société d'exploitation en France est une hypothèse assez fréquente mais qui nécessite une vigilance accrue.

En effet, si la liberté de gestion de l'entreprise et l'absence d'immixtion de l'administration dans la gestion de l'entreprise assurent, en principe, la déductibilité des intérêts, il n'en demeure pas moins que l'administration dispose de l'arme de l'abus de droit lui permettant, dans certains cas, de remettre en cause la déduction de ces intérêts, comme en attestent certains avis du Comité de l'abus de droit fiscal.

A titre d'exemple, un avis récemment émis par le Comité à propos d'une filiale refinancée par sa mère au moyen d'obligations convertibles en actions a conclu qu'il y avait abus de droit dès lors que :

- ce financement, pratiqué pour la première fois, n'a pas permis à la société d'améliorer sa structure financière ;
- l'émission d'obligations n'a pas donné lieu à des mouvements financiers effectifs mais à de simples écritures comptables ;
- l'intérêt dû dépendait des résultats nets de la société ;
- les intérêts n'étaient pas taxés dans l'Etat du créancier.

Le Comité a ainsi validé la requalification des intérêts en dividendes non déductibles.

A l'inverse, un avis défavorable à l'administration a été émis par le Comité en 2011 au sujet d'une filiale qui avait bénéficié d'un prêt participatif lui permettant d'améliorer considérablement sa structure financière. Le Comité a relevé, pour justifier sa position, que le prêt avait bien les caractéristiques d'une dette au plan juridique et comptable.

On notera à cet égard que le débat relatif à la déductibilité des intérêts et à l'abus de droit change peu à peu de terrain pour se placer sur celui d'une corrélation entre la déduction des intérêts et leur imposition chez le bénéficiaire. Cet argument, déjà soutenu par l'administration dans la décision Van Ommeren Tankers (TA Paris 29 octobre 1998 n° 94-1885) repose sur l'interdépendance qui existe en droit français entre la déductibilité d'une somme d'une part et son imposition d'autre part. Le Tribunal administratif de Paris a toutefois refusé de considérer en l'espèce qu'il y avait un abus de droit car les intérêts avaient été effectivement imposés au Pays-Bas. Il convient de garder ce nouvel argument à l'esprit et de surveiller les futures tentatives de l'administration dans la mesure où certains schémas conduisent à l'exonération des intérêts, ne serait-ce que partielle, chez la société financière.

Par ailleurs, la recherche d'une harmonisation de la fiscalité au niveau européen a donné lieu à la publication très récente du « livre vert » sur la convergence franco-allemande. Deux pistes de réflexion directement liées au financement international doivent être relevées :

- la déductibilité des intérêts pourrait faire l'objet d'un plafonnement général ;
- une certaine symétrie entre les intérêts déduits et les produits reçus en exonération pourrait devoir être respectée.

Enfin, relevons qu'il n'existe plus en France, depuis mars 2010, de retenue à la source sur les intérêts versés à un créancier étranger lorsque ce dernier n'est pas établi dans un Etat ou un territoire non coopératif.

2. Abandons de créances transfrontaliers

Abordons maintenant le cas des abandons de créances transfrontaliers. Dans cette situation, l'efficacité fiscale du financement transfrontalier repose sur la possibilité de combiner la déduction de l'abandon chez la mère créancière et l'exonération de cette même somme chez la fille débitrice, ou à tout le moins, l'imputation sur ses pertes.

Dans l'hypothèse où la société créancière est française, l'abandon de créance consenti sera déductible à condition d'être justifié par l'intérêt propre de la société créancière, et non par un intérêt de groupe, notion dont on sait qu'elle n'est pas reconnue en droit français.

Deux types d'abandons de créance doivent être distingués. L'abandon commercial, accordé à un partenaire économique pour préserver une rentabilité économique future, est déductible sans limitation. L'abandon purement financier, accordé à une filiale, n'est en revanche déductible qu'à hauteur de la situation nette négative de cette dernière. Cette dichotomie, a priori simple, est cependant la source d'une jurisprudence fournie ce qui doit conduire à rester vigilant dans la justification de tels abandons.

De plus, si la déductibilité d'un abandon de créance transfrontalier n'a pour l'instant pas été subordonnée par l'administration ou par la jurisprudence à son imposition effective dans l'Etat du débiteur, rien ne permet de garantir qu'il en sera toujours ainsi.

La situation de la société luxembourgeoise qui consent un abandon de créance à une société débitrice étrangère ne pose pas de difficulté dans la mesure où la société luxembourgeoise pourra déduire l'abandon de créance consenti de ses résultats. A l'inverse, lorsqu'elle bénéficie d'un tel abandon, l'augmentation d'actif net correspondant est imposable mais la loi permet l'imputation, sur le profit taxable ainsi dégagé, des pertes constatées par ailleurs par la société. Inspiré du concept allemand d'apport caché en capital (« *hidden capital contribution* »), la loi luxembourgeoise permet même, sous certaines conditions, de traiter cet abandon comme un apport en capital non imposable s'il est consenti en vue de restaurer la situation financière de la société.

La législation belge permet également, en principe, la déduction d'un abandon de créance mais la difficulté tient à la notion d'« avantage anormal et bénévole ». Ainsi, seuls seront déductibles les abandons de créances accordés à une filiale dont la viabilité financière est menacée au point de mettre en péril la réputation de l'actionnaire.

Si tel est le cas, la société bénéficiaire de l'abandon sera en principe imposée sur le profit exceptionnel qu'elle réalise à l'occasion de cet abandon avec imputation des pertes qu'elle aura constatées par ailleurs. Si la viabilité de la société n'est pas en cause, une double peine sera potentiellement infligée au groupe. La société mère ne sera pas en mesure de déduire l'abandon de créance consenti de son résultat fiscal et la filiale étrangère sera potentiellement imposée sur cette même somme. Dans le cas d'un groupe où mère et filiale

sont établies en Belgique, la filiale est même empêchée d'imputer ses pertes sur ce produit exceptionnel. La loi belge prévoit toutefois que lorsque la débitrice fait l'objet d'une procédure de sauvegarde, les abandons de créance sont déductibles chez la société mère et ne sont pas imposables chez la filiale. Enfin, il est possible de se prémunir contre les mauvaises surprises en demandant un rescrit à l'administration fiscale belge. Il sera nécessaire de justifier de la nécessité économique et financière de l'abandon et, éventuellement, de prévoir une clause de retour à meilleure fortune. Il est à noter que l'introduction d'une telle clause ne devra pas se faire sans l'obtention d'un rescrit car la jurisprudence est très incertaine sur les effets de cette clause.

Le cas pratique étudié en première partie visait le financement d'une société implantée en Europe de l'Est. Nous attirons votre attention sur une particularité de la fiscalité applicable en Pologne. Une société polonaise qui abandonne tout ou partie de sa créance au profit de l'une de ses filiales ne pourra pas déduire l'abandon de créance consenti tandis que la filiale devra se taxer sur le principal de la créance abandonnée. Un débat subsiste quant à la taxation des intérêts non payés. Un premier courant considère que les intérêts non payés ne peuvent pas être taxés dans la mesure où la dette est éteinte. Un second courant, suivi par l'administration fiscale polonaise, défend la thèse selon laquelle le transfert de la propriété d'un bien à titre gratuit doit en tout état de cause faire l'objet d'une taxation. En réintégrant les intérêts abandonnés dans la base imposable, cette taxation serait permise. La jurisprudence semble heureusement s'être ralliée au premier courant, en refusant jusqu'à présent de réintégrer l'abandon d'intérêts dans la base imposable de la société bénéficiaire.

Diogo Duarte de Oliveira

CMS DeBacker Luxembourg

E diogo.oliveira@cms-dblux.com

Ludovic Duguet

CMS Bureau Francis Lefebvre

E ludovic.duguet@cms-bfl.com

Agnès de l'Estoile-Campi

CMS Bureau Francis Lefebvre

E agnes.delestoile-campi@cms-bfl.com

Arkadiusz Michaliszyn

CMS Cameron McKenna

E arkadiusz.michaliszyn@cms-cmck.com

Olivier Querinjean

CMS DeBacker

E olivier.querinjean@cms-db.com

Principales problématiques fiscales des structures d'acquisitions immobilières en Europe

Tout investissement immobilier soulève la question de la structure d'acquisition. Faut-il créer localement, dans le pays de situation de l'immeuble, une société ad hoc pour détenir le bien immobilier ou les titres de la société immobilière cible ? Est-il opportun de créer dans un État tiers un holding intermédiaire, soit pour détenir directement l'immeuble soit pour détenir les titres de la société immobilière constituée localement ?

Les conséquences fiscales attachées aux différentes structures de détention sont variées : taxation des revenus de location, déduction des frais d'acquisition et des charges financières, taxation des revenus passifs (dividendes et intérêts), imposition des gains de cession ultérieurs, droits d'enregistrement à acquitter.

Certains schémas ou structures d'acquisition ouvrent droit (ou ont ouvert droit) à des avantages fiscaux bien connus des investisseurs et de leurs conseils. Ces avantages peuvent résulter de l'application soit des dispositions du droit fiscal interne, soit des conventions fiscales bilatérales ou internationales.

Les administrations fiscales dans l'État de résidence de l'investisseur ou de situation du bien immobilier s'intéressent de plus en plus à ces schémas et à la motivation réelle qui a conduit à adopter ces schémas : l'intérêt est-il exclusivement fiscal ou d'autres paramètres ont-ils conduit à retenir telle ou telle structure ? Sur différentes bases légales, les administrations tentent de remettre en cause ces schémas et de contester l'application des dispositions favorables du droit interne ou conventionnel.

Les fondements de ces contestations peuvent être la lutte contre l'évasion fiscale, le treaty shopping, la contestation de la réalité de l'opération ou de la substance de la société holding. Nous évoquerons les dernières tendances dans différents pays.

Dans les développements qui suivent, l'attention s'est portée sur les investisseurs en France, en Allemagne ou au Royaume-Uni. Les investissements immobiliers sont envisagés en Russie et en Hongrie.

1. Déductibilité des intérêts d'emprunt

Le choix du mode de financement de l'acquisition (dette ou capital) et la détermination de la structure qui supporte la charge des intérêts d'emprunt ont des conséquences sur la déductibilité fiscale des intérêts d'emprunt.

Si les législations autorisent généralement la déductibilité des intérêts, elles peuvent prévoir des limitations.

En **Allemagne**, les intérêts, déterminés au niveau de chaque entité juridique, sont déductibles dans la limite de 30 % de l'EBITDA fiscal (contrairement à la France où le ratio d'endettement est déterminé par rapport au résultat courant avant impôt suivant sa définition comptable, avec certaines corrections toutefois). Ainsi, les dividendes provenant de participations ne sont retenus que pour leur montant taxable, soit 5 % du dividende brut. Par exemple, un holding allemand qui perçoit 1 million d'euros de dividendes d'une filiale détenue à 100 % ne pourrait déduire des intérêts qu'à concurrence de 15 000 euros, soit 30 % des dividendes perçus, retenus pour 5 % de leur montant.

Cette limitation vise non seulement les intérêts versés à des entreprises liées mais également ceux versés aux autres prêteurs (tous les établissements financiers notamment). Contrairement à la France où la limitation s'applique aux intérêts versés, sans déduction des intérêts reçus, la limitation allemande porte sur le montant net des intérêts, c'est-à-dire après compensation avec les intérêts reçus (en France, si les intérêts reçus excèdent les intérêts versés, la limitation ne s'applique pas non plus).

Différentes clauses de sauvegarde atténuent les conséquences de ces règles, et notamment la déductibilité totale des intérêts lorsque leur montant n'excède pas trois millions d'euros d'intérêts par an et par société (à comparer à la franchise de 150 000 euros d'intérêts excédentaires applicable en France).

En **France**, les règles de sous-capitalisation s'appliquent aux intérêts d'emprunt versés à des entreprises liées ou, dans certains cas, aux emprunts bancaires lorsque l'établissement financier prêteur a obtenu une garantie de la part d'une entreprise liée à l'emprunteur. Les règles françaises de sous-capitalisation s'appliquent notamment aux intérêts des emprunts souscrits pour financer l'acquisition d'immeubles ou de titres de sociétés immobilières, que ces immeubles soient situés en France ou à l'étranger (ou que les titres soient ceux d'une société française ou étrangère).

Une nouvelle limitation de déductibilité des intérêts d'emprunt est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012. Elle vise les intérêts de dettes d'acquisition de titres (et non d'acquisition de biens immobiliers) et s'applique lorsque l'emprunteur n'exerce pas le contrôle sur sa filiale. Toutefois, cette limitation ne s'applique pas aux intérêts d'emprunt finançant l'acquisition de titres de sociétés à prépondérance immobilière (en contrepartie, la plus-value de cession de ces titres ne bénéficie d'aucune exonération car ils ne répondent pas à la définition des titres de participation). Cette limitation ne s'applique pas non plus en cas d'acquisition de titres de sociétés immobilières

étrangères, qu'elles détiennent principalement des biens immobiliers en France ou à l'étranger. En effet, les titres de société à prépondérance immobilière exclus du régime des titres de participation sont les titres de toutes les sociétés dont l'actif est principalement constitué d'actifs immobiliers, quel que soit leur lieu de situation.

Les investisseurs devront suivre avec attention toute tentative française de rapprochement des règles de sous-capitalisation avec la législation actuellement en vigueur en Allemagne.

Au **Royaume-Uni** et en **Russie**, la déductibilité des intérêts est également limitée par des règles locales de sous-capitalisation (pour la Russie, nous renvoyons à un CMS Tax Connect Flash du 19 mars 2012 intitulé « Russia: Thin capitalization provisions - old rules, new trends »).

2. Report en avant des déficits

Signalons enfin une modification intervenue en **France**, toujours d'inspiration allemande, du mode de report en avant des déficits fiscaux : depuis l'exercice 2011, les déficits fiscaux reportables ne sont plus imputables, pour les bénéficiaires supérieurs à 1 million d'euros, qu'à concurrence de 60 % du bénéfice excédent ce seuil de 1 million. Ainsi, 40 % du bénéfice supérieur à 1 million est désormais toujours imposable à l'IS. Si le bénéfice est inférieur à 1 million d'euros, les déficits reportables continuent de pouvoir s'imputer intégralement. Les déficits qui n'auront pu être imputés en raison de cette limitation continuent de pouvoir être reportés en avant indéfiniment.

Ces nouvelles règles affectent particulièrement les investisseurs immobiliers qui peuvent réaliser ponctuellement des bénéfices très importants en cas de réalisation d'une plus-value de cession d'un immeuble ou de titres de sociétés à prépondérance immobilière, puisque de telles plus-values, lorsqu'elles sont taxables en France, sont imposables au taux normal de l'IS.

3. Plus-values de cession de titres ou d'immeubles

A quelques rares exceptions près, les plus-values de cession de biens immobiliers sont taxables dans le pays de situation de l'immeuble (cas de la plupart des conventions fiscales). Rappelons pour mémoire la double exonération dont bénéficiaient les investisseurs luxembourgeois sur le gain de cession d'un immeuble situé en France. Cette singularité a pris fin avec l'adoption, en 2008, d'un avenant à la convention fiscale entre la France et le Luxembourg. La même particularité qui existait entre la France et le Danemark a également cessé après la dénonciation, par le Danemark, de la convention fiscale qui le liait à la France, également en 2008.

Pour ce qui est de la taxation des plus-values de cession des titres de sociétés immobilières, si les législations nationales prévoient généralement leur taxation localement, les

conventions fiscales peuvent prévoir des modalités différentes de répartition du droit d'imposer : certaines prévoient le principe de taxation dans l'État du bénéficiaire, avec une exception possible pour les participations substantielles, d'autres (récentes, sur le modèle OCDE) prévoient l'imposition dans l'État de situation des immeubles.

En France, la plus-value de cession de titres de participation est exonérée à 90 % (exonération sous réserve d'une quote-part de frais et charges de 10 % depuis 2011, 5 % jusqu'en 2010). Cette exonération ne s'applique toutefois pas aux plus-values de cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière, qui sont exclues du régime des titres de participation. Ces plus-values sont donc soumises à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun (33,1/3 %, voire 36,10 % si l'on tient compte des contributions additionnelles sur l'IS dues par certaines sociétés).

En revanche, les plus-values de cession de titres cotés de sociétés immobilières (les SIIC en France ou les sociétés équivalentes, françaises ou étrangères) sont taxées au taux réduit de 19 % (20,57 % avec les surtaxes).

2012, toutefois, a vu la suppression du taux réduit (19 %) qui était applicable à la cession d'immeubles ou de titres de sociétés immobilières non cotées à des SIIC. Désormais, ces gains relèvent du taux normal de l'IS de 33,1/3 %.

Au **Royaume-Uni**, les plus-values de cession de titres de sociétés immobilières ne bénéficient pas non plus de l'exonération applicable aux cessions de participations substantielles.

En **Allemagne** également, les plus-values de cession de titres de sociétés immobilières sont taxables dans les conditions ordinaires et ne bénéficient pas de l'exonération (à 95 %) dont bénéficient les plus-values de cession de titres de participation.

En **Russie**, les plus-values de cession de titres, notamment des titres de sociétés immobilières, sont taxables au taux de 20 %. Toutefois, pour les titres acquis depuis le 1^{er} janvier 2011, il sera possible de bénéficier d'une exonération totale de cette plus-value en Russie sur les titres ayant été détenus 5 ans au moins. Cette nouvelle législation produira donc ses effets à compter de 2016 seulement. Cette exonération bénéficiera aussi aux plus-values de cession réalisées par des sociétés immobilières.

Il faut savoir que les conventions fiscales actuellement en vigueur avec le Luxembourg, Chypre et la Suisse sont en cours de renégociation. Ces conventions confèrent aujourd'hui aux entités établies dans ces États, qui investissent dans l'immobilier en Russie, des avantages non négligeables en matière d'imposition du gain de cession des titres de sociétés immobilières russes (taux réduits, généralement 0 %). Si ces négociations aboutissent, les exonérations actuelles pourraient ne plus s'appliquer avec ces trois pays.

Enfin, Chypre figure actuellement sur la liste noire des paradis fiscaux établie par l'administration russe et les sociétés établies dans ce pays font dès lors l'objet d'une attention particulière.

4. Taxation des dividendes

Différents pays ont mis en place des régimes d'exonération des dividendes reçus de filiales, en exigeant certains niveaux de participation et de durée de détention ou en exigeant que la filiale soit soumise à un régime fiscal donné.

Ainsi, en **France**, les dividendes provenant de titres de participation sont exonérés à 95 % (les plus-values ne sont exonérées qu'à 90 %, d'où une différence de traitement entre les dividendes et les plus-values), sous réserve de la réintégration d'une quote-part de frais et charges de 5 %. Un régime d'imposition comparable est applicable en Allemagne ou au Royaume-Uni.

En France, les dividendes provenant de SIIC ou de sociétés équivalentes étrangères exonérées sur leurs bénéfices ne peuvent pas bénéficier du régime mère-fille. Ces dividendes sont donc imposables à l'impôt sur les sociétés au taux normal.

Le bénéfice de ce régime est généralement refusé lorsque les dividendes sont versés par des filiales établies dans des paradis fiscaux. Ainsi, en Russie, les dividendes provenant de filiales (détenues à plus de 50 % depuis plus d'un an) dans les pays figurant sur la « liste noire » sont exclus du mécanisme d'exonération. Il faut savoir que deux États de l'Union européenne figurent sur cette liste : Malte et Chypre.

5. Droits d'enregistrement

En **Russie**, il n'existe à ce jour aucun droit d'enregistrement sur la cession de biens immobiliers ou la cession de titres de société.

En **Allemagne**, il n'y a pas non plus de droits exigibles lors de la cession de titres, sauf lorsque cette société détient des biens immobiliers en Allemagne et que la cession porte sur au moins 95 % des titres. La cession d'actifs immobiliers situés en Allemagne donne toujours lieu au paiement de droits (taux situés entre 3,5 et 5 %).

En 2012, il est envisagé de soumettre à un droit d'enregistrement les cessions de titres de sociétés cotées.

Au **Royaume-Uni**, les cessions de titres de sociétés étrangères ne sont pas soumises à droits d'enregistrement, sauf si la cession est conclue au Royaume-Uni.

En **France**, les droits d'enregistrement (5 % sur l'achat de titres, 5,09 % pour l'achat d'immeubles) sont dus que l'acte de cession soit passé en France ou à l'étranger.

De plus, pour être valable, une cession de titres d'une société dont l'actif est principalement constitué d'immeubles situés en France doit désormais être enregistrée, dans le délai d'un mois, devant un notaire français, même si l'acte de cession est initialement conclu à l'étranger. Cette obligation existait déjà pour les cessions d'immeubles conclues à l'étranger : elle a été étendue aux cessions de titres.

6. SIIC ou équivalent

Certains pays ont mis en place un régime fiscal de faveur pour les sociétés immobilières cotées : en contrepartie d'une exonération partielle ou totale d'impôt sur les sociétés, ces sociétés s'engagent à distribuer une part importante de leurs profits. Ce sont leurs actionnaires qui subissent alors indirectement la taxation de ces profits.

Il n'existe pour l'instant aucun régime équivalent aux SIIC en **Russie**.

En **Allemagne**, un tel régime existe mais ayant été introduit au moment de la crise financière, il n'a pour l'instant pas encore séduit beaucoup de sociétés.

La **Hongrie** a été le premier pays d'Europe de l'Est à introduire un régime SIIC. Ce dispositif est applicable depuis le 1^{er} janvier 2012.

Pour bénéficier de ce régime, les conditions devant être respectées sont notamment :

- au moins 25 % des actions doivent être négociées sur un marché boursier,
- au moins 25 % des actions doivent être détenues par des petits investisseurs détenant chacun moins de 5 % du capital,
- les compagnies d'assurance et les institutions financières ne peuvent pas détenir plus de 10 % des droits de vote et du capital.

Les principales caractéristiques du régime fiscal sont les suivantes :

- exonération d'impôt sur les sociétés,
- exonération de taxe professionnelle,
- taux réduit (2 % au lieu de 4 %) pour les droits d'enregistrement sur les acquisitions d'immeubles.

Les dividendes versés par une SIIC hongroise à un actionnaire hongrois sont exonérés d'impôt sur les sociétés pour la société bénéficiaire (régime mère-fille). De même, ce dividende est exonéré de retenue à la source s'il est versé à une entreprise établie dans l'Union européenne. Certains États accordent également une exonération (totale ou partielle) sur les dividendes ainsi perçus. En France toutefois, ces dividendes ne bénéficient pas de l'exonération (voir ci-avant).

Enfin, la plus-value de cession des titres d'une SIIC hongroise détenus par une société mère hongroise est exonérée. Pour les titres détenus par les sociétés étrangères, le régime dépendra d'une part des dispositions de la convention fiscale avec la Hongrie et d'autre part, du régime de taxation des plus-values de sociétés immobilières cotées. En France, cette plus-value bénéficierait du taux réduit de 19 %.

Pour l'heure, les dividendes distribués par les SIIC hongroises ne sont pas soumis à une retenue à la source particulière.

7. Choix entre une structure de détention locale et un holding d'acquisition étranger.

Nous présenterons certains paramètres de ce choix dans l'exemple d'un investissement immobilier en Russie.

Une structure de détention étrangère requiert de tenir compte des paramètres suivants :

- Possibilité de faire exécuter les dispositions du contrat d'acquisition lorsque le bien est situé à l'étranger.
- Choix de la loi applicable s'il faut faire exécuter ce contrat en Russie ou à l'étranger.
- Application de législation de lutte contre l'évasion fiscale ou le blanchiment.
- Incidences fiscales sur la taxation des revenus passifs : dividendes, intérêts et gains de cession.

Une structure locale (russe) requiert de tenir compte des paramètres suivants :

- Une structure locale peut être exigée par certains partenaires locaux et notamment lorsque le partenaire est une institution étatique.
- Lorsque le partenaire russe détient peu ou pas d'actifs à l'étranger, une structure locale peut se révéler intéressante.
- Lorsque le projet dégage des revenus réguliers ou qu'il nécessite des lignes de trésorerie, le rapatriement de ces revenus ou lignes de financement depuis l'étranger peut soulever des difficultés.
- Enfin, la fiscalité applicable à un investisseur minoritaire russe peut être désavantageuse pour ce dernier s'il est directement associé dans une structure russe.

La question se pose aussi du choix entre une implantation à travers une succursale ou via une filiale.

Si l'investissement est réalisé à travers une succursale :

- cette succursale dispose de la personnalité fiscale,
- les coûts de cette succursale peuvent être aisément rapatriés vers la maison « mère »,
- il n'y a pas de taxation des profits rapatriés,
- les règles de sous-capitalisation russes ne s'appliquent pas à une succursale,
- les plus-values de cession sont imposables localement.

Un investissement à travers une filiale présente les caractéristiques suivantes :

- les plus-values de cession des titres de la filiale russe (même s'il s'agit d'une société immobilière) ne sont pas toujours imposables en Russie mais potentiellement dans le pays de résidence de la société mère,
- les dividendes versés à l'actionnaire étranger subissent une retenue à la source (généralement entre 5 % et 15 %),
- les règles de sous-capitalisation s'appliquent.

8. Contrôle fiscal

En matière de contrôle fiscal, les administrations attachent une importance croissante à la justification de la substance des sociétés holdings intermédiaires, voire même des sociétés constituées dans l'État de situation de l'immeuble.

Par exemple, en **France**, l'administration fiscale examine avec beaucoup de vigilance les structures luxembourgeoises.

Dans un premier temps, il s'agissait de démontrer que ces sociétés luxembourgeoises disposaient en France d'un établissement stable auquel était alors rattaché le profit de cession d'immeubles situés en France. Ces opérations se déroulaient dans le contexte de l'ancienne convention fiscale entre la France et le Luxembourg (ou le Danemark), dont l'interprétation dans les deux pays pouvait conduire à une double exonération des profits des marchands de biens notamment.

Pour opérer cette démonstration, l'administration fiscale française a obtenu de pouvoir procéder à des perquisitions dont le but était précisément de démontrer qu'une société étrangère (généralement luxembourgeoise) disposait, en France, d'un établissement stable. Ces procédures se sont développées dans le cadre des contentieux entre la France et le Luxembourg ou le Danemark, sur les activités de marchands de biens, pour la période antérieure à 2008. En effet, depuis cette date, la convention franco-luxembourgeoise a été modifiée sur ce point et le Danemark a dénoncé unilatéralement sa convention avec la France.

Même postérieurement à la modification de la convention fiscale franco-luxembourgeoise, les cessions par des résidents luxembourgeois de titres de sociétés françaises (ou luxembourgeoises) détenant des biens immobiliers en France sont toujours doublement exonérées.

L'administration s'intéresse désormais davantage aux structures d'acquisition de biens immobiliers passant par le Luxembourg et tente de démontrer que la société luxembourgeoise possède en France un établissement stable d'où sont gérées les participations dans les sociétés immobilières. Ainsi, les gains de cession deviennent taxables en France.

Une autre approche consiste à contester le caractère de bénéficiaire effectif de la société holding étrangère. Cette condition subordonne l'application de la directive européenne en vertu de laquelle les dividendes versés par une société française à son actionnaire européen sont exonérés de toute retenue à la source. Sans aller sur le terrain de l'abus de droit ou de fraude à la loi, il suffit à l'administration de démontrer que le bénéficiaire effectif des dividendes est un actionnaire ultime résidant hors de l'Union européenne pour refuser l'exonération de retenue à la source. Cette problématique se rencontre fréquemment avec les holdings luxembourgeois, néerlandais ou plus récemment chypriotes depuis que cet État a rejoint l'Union européenne.

Il est plus difficile de rejeter l'application des dispositions conventionnelles (taux réduit de retenue à la source ou exonération) au seul motif que la structure établie dans l'autre État serait fictive. A partir du moment où cette structure est régulièrement immatriculée localement et valablement reconnue par l'autre État, pour autant que les critères conventionnels liés à la résidence fiscale sont respectés (généralement, pour être considéré comme un résident, la société doit prouver qu'elle est régulièrement assujettie à l'impôt localement), l'administration fiscale française peut difficilement refuser à la société étrangère le bénéfice des dispositions conventionnelles.

En **Allemagne**, l'administration cherche à contester la qualification de charges déductibles de certaines dépenses et de les qualifier de charges liées à l'acquisition des titres de la filiale étrangère. De telles charges sont en effet non déductibles fiscalement.

Des discussions s'engagent également sur la qualification des revenus de la structure d'acquisition: s'agit-il de revenus d'activité ou de revenus issus de la seule détention et administration de titres ou de biens immobiliers ? L'enjeu porte sur la soumission de ces revenus à la taxe professionnelle (trade tax or Gewerbesteuer).

Au **Royaume-Uni**, l'administration examine les charges d'intérêts versées aux actionnaires et notamment des taux d'endettement. Outre les règles de sous-capitalisation qui limitent la déductibilité des charges financières, le taux d'endettement est également apprécié.

Par ailleurs, l'administration sanctionne plus facilement les manquements aux obligations déclaratives ou de conformité.

En **Russie**, l'administration fiscale conteste certaines structures d'acquisition et se base sur le concept d'avantage fiscal injustifié lorsqu'elle démontre:

- l'absence de justification économique raisonnable,
- la présence de sociétés interposées,
- l'absence d'avantages apportés par la transaction,
- le lien entre les parties à l'opération.

9. Filiale dans des pays à fiscalité privilégiée

Certains des pays analysés ont mis en place des mécanismes anti évation fiscale pour sanctionner la localisation de profits dans des filiales situées dans des paradis fiscaux. Pour déterminer si l'entité est située dans un pays à fiscalité privilégiée, une comparaison est opérée entre l'imposition effective locale (par application des règles locales et des taux locaux) et l'imposition théorique qui aurait résulté de l'application des règles et des taux en vigueur dans l'État de situation de la société mère.

En **France**, cette législation est susceptible de s'appliquer aux bénéfices de filiales imposées localement à un impôt sur les bénéfices inférieur à la moitié de l'impôt français

équivalent (donc à une imposition inférieure à environ 17 %).

Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas dans l'Union européenne lorsque l'opération n'a pas un but exclusivement fiscal. De manière générale, ces dispositions ne trouvent généralement pas à s'appliquer aux filiales dont l'activité est la détention d'un patrimoine immobilier situé localement.

En **Allemagne**, ces règles sont susceptibles de s'appliquer lorsque l'imposition locale est inférieure à 25 %.

Au **Royaume-Uni**, le dispositif s'applique lorsque l'imposition est inférieure à 75 % de l'imposition théorique dans ce pays.

La **Russie** n'a à ce jour pas mis en place une telle législation.

Yves Butzerin

CMS Bureau Francis Lefebvre

E yves.butzerin@cms-bfl.com

Richard Croker

CMS Cameron McKenna

E richard.croker@cms-cmck.com

Richard Foissac

CMS Bureau Francis Lefebvre

E richard.foissac@cms-bfl.com

Angelika Thies

CMS Hasche Sigle

E angelika.thies@cms-hs.com

Dominique Tissot

CMS, Russia

E dominique.tissot@cmslegal.ru

Implantations CMS

- CMS offices
- ◀ Rio de Janeiro
- ▶ Pékin
- ▶ Shanghai



Contacts

ALBANIE

Lulzim Alushaj

CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni
Sh.p.k.

T +355 4 4302 127

E lulzim.alushaj@cms-aacs.com

ALGÉRIE

Samir Sayah

CMS Bureau Francis Lefebvre Algérie

T +213 2 137 07 07

E samir.sayah@cms-bfl.com

ALLEMAGNE

Wolf-Georg von Rechenberg

CMS Hasche Sigle

T +49 30 20360 1806

E wolf-georg.vonrechenberg@cms-hs.com

AUTRICHE

Sibylle Novak

CMS Reich-Rohrwig Hainz

T +43 1 40443 3750

E sibylle.novak@cms-rrh.com

BELGIQUE

Didier Grégoire

CMS DeBacker

T +32 2 743 69 60

E didier.gregoire@cms-db.com

BOSNIE-HERZEGOVINE

Nedžida Salihović-Whalen

CMS Reich-Rohrwig Hainz

T +387 33 295 237

E nedzida.salihovic-whalen@cms-rrh.com

BULGARIE

Valentin Savov

Pavlov and Partners Law Firm en
coopération avec CMS Reich-Rohrwig Hainz

T +359 2447 1314

E valentin.savov@cms-rrh.com

Anelia Tatarova

CMS Cameron McKenna LLP

Bulgaria Branch / Duncan Weston

T +359 2 921 99 39

E anelia.tatarova@cms-cmck.com

CHINE

Nicolas Zhu

CMS, China

T +86 21 6289 6363

E nicolas.zhu@cmslegal.cn

CROATIE

Wolfgang Auf

CMS Reich-Rohrwig Hainz

T +385 1 482 5604

E wolfgang.auf@cms-rrh.com

ESPAGNE

Victor Hernán

CMS Albiñana & Suárez de Lezo

T +34 91 451 92 88

E victor.hernan@cms-asl.com

FRANCE

Stéphane Austry

CMS Bureau Francis Lefebvre

T +33 1 47 38 55 59

E stephane.austry@cms-bfl.com

HONGRIE

Eszter Kálmán

Ormai és Társai

CMS Cameron McKenna LLP

T +36 1 483 48 42

E eszter.kalman@cms-cmck.com

ITALIE

Roberto Ascoli

CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni

T +39 06 47815 305/306

E roberto.ascoli@cms-aacs.com

LUXEMBOURG

Diogo Duarte de Oliveira

CMS DeBacker Luxembourg

T +352 26 27 53-1

E diogo.oliveira@cms-dblux.com

MAROC

Marc Veillot

CMS Bureau Francis Lefebvre Maroc

T +212 6 61 08 91 82

E marc.veillot@cms-bfl.com

PAYS-BAS

Willie Ambergen

CMS Derks Star Busmann

T +31 30 2121 791

E willie.ambergen@cms-dsb.com

POLOGNE

Arkadiusz Michaliszyn

CMS Cameron McKenna

Dariusz Greszta Spółka Komandytowa

T +48 22 520 5619

E arkadiusz.michaliszyn@cms-cmck.com

PORTUGAL

Patrick Dewerbe

CMS Rui Pena & Arnaut

T + 351 210 958 112

E patrick.dewerbe@cms-rpa.com

RÉPUBLIQUE TCHÈQUE

Patrik Przyhoda

CMS Cameron McKenna

T +420 296 798 858

E patrik.pryhoda@cms-cmck.com

ROUMANIE

John Fitzpatrick

CMS Cameron McKenna

T +40 21 407 38 27

E john.fitzpatrick@cms-cmck.com

ROYAUME-UNI

Richard Croker

CMS Cameron McKenna

T +44 20 7367 2149

E richard.croker@cms-cmck.com

RUSSIE

Stanislav Tourbanov

CMS, Russia

T +7 495 786 40 00

E stanislav.tourbanov@cmslegal.ru

SERBIE

Radivoje Petrikić

CMS Reich-Rohrwig Hasche Sigle

T +381 11 32 08 900

E radivoje.petrikic@cms-rrhs.com

Contacts

SLOVAQUIE

Róbert Janeček

Ružička Csekés s.r.o. en association
avec les membres de CMS

T +421 2 49 30 92 11 ext. 555

E robert.janecek@rc-cms.sk

SLOVÉNIE

Wolfgang Auf

CMS Reich-Rohrwig Hainz

T +385 1 482 5604

E wolfgang.auf@cms-rrh.com

SUISSE

David Hürlimann

CMS von Erlach Henrici

T +41 44 285 11 11

E david.huerlimann@cms-veh.com

UKRAINE

Andriy Buzhor

CMS Cameron McKenna LLC

T +380 44 391 3377

E andriy.buzhor@cms-cmck.com

Anna Pogrebna

CMS Reich-Rohrwig Hainz

T +380 44 50335 46

E anna.pogrebna@cms-rrh.com

CMS Legal Services EEIG est un groupement européen d'intérêt économique coordonnant un réseau de cabinets indépendants. CMS Legal Services GEIE ne fournit aucun service à la clientèle. Ces services sont uniquement fournis par les cabinets membres dans leur juridiction respective. Dans certaines circonstances, CMS est utilisé en tant que marque ou nom commercial d'une partie ou de l'ensemble des cabinets membres. CMS Legal Services GEIE et ses cabinets membres sont des entités juridiques distinctes et séparées. Celles-ci n'entretiennent entre elles aucune relation en tant que sociétés mères, filiales, agents, partenaires ou coentreprises, et aucune disposition des présentes ne pourra être interprétée comme établissant une telle relation. Aucun cabinet membre n'a le pouvoir (réel, apparent, implicite ou autre) d'engager CMS Legal Services GEIE ou tout autre cabinet membre de quelque manière que ce soit.

Cabinets membres de CMS : CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italie) ; CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S.L.P. (Espagne) ; CMS Bureau Francis Lefebvre S.E.L.A.F.A. (France) ; CMS Cameron McKenna LLP (Royaume-Uni) ; CMS DeBacker SCRL/CVBA (Belgique) ; CMS Derks Star Busmann N.V. (Pays-Bas) ; CMS von Erlach Henrici Ltd (Suisse) ; CMS Hasche Sigle, Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern (Allemagne) ; CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH (Autriche) et CMS Rui Pena, Arnaut & Associados RL (Portugal).

Implantations mondiales principales et secondaires des cabinets membres de CMS : Amsterdam, Berlin, Bruxelles, Lisbonne, Londres, Madrid, Paris, Rome, Vienne, Zurich, Aberdeen, Alger, Anvers, Belgrade, Bratislava, Bristol, Bucarest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dresde, Düsseldorf, Edimbourg, Francfort, Hambourg, Kiev, Leipzig, Ljubljana, Luxembourg, Lyon, Milan, Moscou, Munich, Pékin, Prague, Rio de Janeiro, Sarajevo, Séville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Varsovie et Zagreb.

www.cmslegal.com