

Tax Connect

Stratégies fiscales : défis et opportunités en période de crise
Synthèse - Conférence fiscale annuelle 2010

Sommaire

CMS, une offre fiscale en constante évolution	4
Stratégies et opportunités fiscales en temps de crise	5
Restructuration des groupes	10
Optimisation de la gestion des déficits	17
Nouvelles tendances et approches fiscales	23
Le Paquet TVA	27
Implantations	32
Contacts	34

CMS Tax Connect

COMITÉ DE RÉDACTION

Directrice en chef

Emmanuelle Féna-Lagueny (emmanuelle.fena-lagueny@cms-bfl.com)

Directeurs associés

Elisabeth Ashworth (elisabeth.ashworth@cms-bfl.com), Stéphane Austry (stephane.austry@cms-bfl.com),

Didier Grégoire (didier.gregoire@cms-db.com), Melchior Wathelet (melchior.wathelet@cms-bfl.com),

Sylvia Morillo Sierka (sylvia.morillo-sierka@cms-bfl.com)

ASSISTANTE DE RÉDACTION

Charlotte Saint-Martin (charlotte.saint-martin@cms-bfl.com)

CONCEPTION-RÉALISATION

Creative Room / 18 rue Lécuse / 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 fin 2008, les différents événements conjoncturels ont conduit les entreprises à repenser leurs stratégies, que ces dernières soient organisationnelles, commerciales, et... fiscales. Les cabinets CMS vous ont accompagné en ces temps difficiles : les différentes mutations mises en place commencent à porter leurs fruits, la reprise se profile.

Quelles sont les conséquences directes de la conjoncture passée et actuelle ?

1. De nouveaux modes organisationnels se sont imposés. De nouveaux « comparables », de nouvelles exigences opérationnelles et juridiques se révèlent. Les entreprises ne réagissent plus au niveau national, leurs réorganisations sont désormais internationales, plus fréquentes, plus urgentes.
2. Les brutales baisses de chiffres d'affaires et les pertes financières ont généré des déficits fiscaux importants. Il convient donc de réfléchir aux nouvelles stratégies d'utilisation des pertes souvent éparpillées dans plusieurs pays.
3. La crise financière – devenue rapidement budgétaire – a provoqué un raidissement des opinions publiques, du législateur et des administrations fiscales. Les différentes administrations étrangères se sont professionnalisées et communiquent mieux entre elles : l'écart entre leur connaissance des pratiques fiscales des entreprises et la mise en œuvre de ces dernières s'est considérablement réduit. Il est donc important de décoder les nouvelles tendances internationales, afin de rendre plus sûres les options fiscales adoptées.
4. L'année 2010, quant à elle, fut marquée par l'entrée en vigueur de la réglementation européenne dite « Paquet TVA ». Les prestataires de services et leurs clients sont tous concernés. Faire le point sur la situation dans les différents États européens s'impose donc !

La conférence fiscale annuelle que nous avons organisée en février 2010 nous a permis d'explorer les différentes problématiques liées à ce nouvel environnement. Les échanges avec ceux d'entre vous qui avez participé à nos quatre ateliers furent fructueux. Il nous a semblé que le nouveau format de la conférence, plus informel et plus riche favorisait le dialogue et répondait mieux à vos attentes.

Ce numéro spécial de CMS Tax Connect rend compte des travaux des différents ateliers et permettra de prolonger notre réflexion commune. Ainsi, n'hésitez pas à nous faire part de vos commentaires ou suggestions sur les problématiques abordées ou sur d'autres thématiques qui vous seraient plus immédiates : forts du succès de la conférence de cette année, nous sommes déjà à pied d'œuvre pour l'organisation de l'édition 2011.

Je vous donne donc rendez-vous l'année prochaine.
Très sincèrement,



Michel Collet

Responsable de l'édition 2010
de la Conférence Fiscale Annuelle CMS
CMS Bureau Francis Lefebvre
michel.collet@cms-bfl.com

CMS, une offre fiscale en constante évolution

Les équipes fiscales de CMS comptent plus de 300 avocats au service de nos clients dans l'ensemble des pays où nous sommes présents. Notre pratique fiscale est structurée autour d'un certain nombre de spécialités, notamment TVA, prix de transfert et droit fiscal de l'Union Européenne, dans lesquelles nous privilégions une approche transversale et paneuropéenne des problématiques fiscales que vous rencontrez.

En France, mais également dans d'autres pays du réseau, nos équipes fiscales sont régulièrement classées par Legal 500 ou Chambers parmi celles qui ont la plus forte notoriété.

C'est dire que cette pratique est importante pour nous, et c'est pourquoi nous la développons et la renforçons sans cesse pour vous apporter la meilleure valeur ajoutée possible. 2009 a ainsi été marquée par trois grandes orientations :

- La poursuite du renforcement de nos équipes
- La mise en place d'une offre fiscale coordonnée et structurée en Europe centrale et orientale
- La définition de nouveaux axes stratégiques de développement pour les années à venir.

Une équipe renforcée

Pour mieux répondre aux besoins de nos clients, nous avons consolidé nos équipes fiscales, notamment :

- En Espagne avec l'arrivée de l'équipe de Felipe Alonso, l'un des professionnels les plus reconnus de la fiscalité espagnole, qui a rejoint CMS Albiñana & Suárez de Lezo après près de 10 ans passés chez Baker & Mac Kenzie
- Dans le Benelux, avec des renforcements réguliers de nos équipes de CMS Derks Star Busmann aux Pays-Bas et de CMS DeBacker en Belgique
- Au Royaume-Uni enfin avec le recrutement par CMS Cameron McKenna de Nick Foster-Taylor, pour développer notre activité prix de transfert dans ce pays.

Une offre « Europe centrale et orientale » coordonnée

CMS est très bien implanté dans les pays d'Europe de l'Est où nous disposons de bureaux dans pratiquement toutes les principales capitales. En 2009, nous avons regroupé au sein d'un groupe dédié au développement de notre pratique fiscale dans ces États tous nos praticiens fiscaux locaux. Ce groupe peut désormais faire bénéficier nos clients présents dans plusieurs États d'Europe centrale et orientale, y compris la Russie, d'une offre coordonnée, avec un correspondant identifié.

Des axes stratégiques de développement

Dans un monde sans cesse en mouvement et à l'internationalisation croissante, les prix de transfert sont un domaine clé pour les entreprises. Le développement de notre offre « Prix de transfert » autour de nos équipes françaises animées par Bruno Gibert est un premier axe extrêmement important. Nous disposons en particulier, au sein de CMS Bureau Francis Lefebvre, de professionnels

français en matière d'analyse économique sur lesquels les spécialistes des prix de transferts dans les autres firmes du réseau peuvent prendre appui.

Par ailleurs, notre pratique en matière de contentieux paneuropéens s'est renforcée, autour notamment de Melchior Wathelet, Of Counsel de CMS Bureau Francis Lefebvre, Carlo Romano en Italie et des équipes chargées de la coordination et de l'animation de nos grands contentieux en France autour de Daniel Gutmann et de moi-même. Nous menons ainsi notamment pour nos clients français des contentieux autour de la non-conformité des retenues à la source prélevées dans d'autres États européens, coordonnés depuis Paris et relayés sur place par nos équipes qui disposent de la connaissance du droit local.

Nos autres objectifs concernent des sujets majeurs pour la définition de la stratégie fiscale des entreprises et des particuliers comme la fiscalité patrimoniale, les financements structurés ou les restructurations et réorganisations d'entreprise pour lesquels nous continuons de nous renforcer au niveau européen. Soyez convaincus que les efforts que nous menons pour renforcer et développer notre pratique fiscale n'ont de sens pour nous que pour mieux répondre aux attentes de nos clients, c'est à dire à vos attentes. Au-delà de la conférence fiscale, nous sommes à l'écoute de vos besoins et c'est pour mieux y répondre que nous faisons évoluer la stratégie fiscale de CMS.

Stéphane Austry

Coordinateur du Practice Group fiscal CMS
CMS Bureau Francis Lefebvre
stephane.austry@cms-bfl.com

Le réseau CMS regroupe 9 cabinets d'avocats européens leaders sur leurs marchés. Ses 2 400 avocats dont 600 associés, couvrent 27 pays principalement européens – notamment l'Europe centrale et orientale où CMS est très fortement implanté – mais également l'Afrique du Nord, le Moyen-Orient, la Chine et l'Amérique latine.

En 2009, les activités des cabinets anglais, allemands et français se sont regroupées en Russie pour former CMS Russia, désormais l'un des principaux cabinets d'avocats d'affaires à Moscou avec près d'une centaine d'avocats.

Stratégies et opportunités fiscales en temps de crise

Quelles ont été, quelles pourraient être les stratégies fiscales au niveau de l'Union Européenne en ces temps de crise économique et financière, tel est l'objectif de cet exposé qui comprendra quatre points. Le premier visera la crise économique et financière elle-même et les réactions qu'elle a provoquées au niveau de l'Union Européenne. Le deuxième abordera le Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009 : que change-t-il ou que ne change-t-il pas en matière de stratégie fiscale ? Le troisième point s'interrogera sur la politique ou l'inflexion de la politique de la Commission européenne en matière fiscale. Et enfin le quatrième point portera sur les tendances récentes et probables de la jurisprudence de la Cour de Justice, en fonction des derniers arrêts qu'elle a rendus et des affaires qui sont pendantes devant elle.

La crise économique et financière

La première constatation à faire est que cette crise, pendant de très nombreux mois, que ce soit en matière fiscale, en matière financière ou en matière économique, n'a donné lieu à aucune proposition de la Commission. C'est essentiellement au niveau intergouvernemental, d'abord au niveau du G 20 et ensuite un petit peu au niveau de l'Union Européenne que certaines propositions, certaines réactions se sont fait connaître.

Les orientations décidées par le G 20 ne se sont pas encore traduites en textes, ou en obligations. On a certes parlé d'une meilleure réglementation bancaire et financière, d'un meilleur contrôle des paradis fiscaux mais jusqu'à présent, peu de choses ont changé sur le terrain, même si on se réjouit dans toutes les chaumières européennes que Gibraltar ait signé une convention de double imposition avec le Groenland, ce qui va certainement changer la réalité fiscale mondiale de même que la convention signée entre les Iles Caïmans et Les Bermudes.

Mais ce n'est peut-être que le début, un frémissement annonciateur de ce qui pourrait changer demain. Trois propositions directement liées à la crise sont depuis peu examinées par les institutions européennes, qu'il s'agisse du Parlement européen ou du Conseil.

La proposition de créer une autorité européenne des marchés financiers, celle de créer un conseil européen du risque systémique – c'est de la surveillance macro-prudentielle – et une autorité européenne pour les assurances et les pensions professionnelles. Est-ce que cela a beaucoup de chance de sortir ?... Le débat a en tout cas commencé et au Conseil et au Parlement européen.

Il y a par ailleurs une proposition intergouvernementale de contrôle par la taxation des bonus des traders... Tout cela, tant au niveau mondial qu'au niveau européen,

ne se traduit pas par des réactions rapides, par de nouveaux textes et en tout cas, par aucun nouveau texte d'harmonisation fiscale.

Par ailleurs à l'occasion de cette crise, grandit la prise de conscience que l'Europe, et plus particulièrement la zone Euro, semble tout de même se trouver au milieu du gué.

Or le pire au milieu du gué, c'est de se rendre compte, en regardant en arrière, qu'on ne peut pas regagner la rive d'où on vient ; et d'avoir peur de continuer la traversée, en raison du risque de se faire emporter par le courant.

Et aujourd'hui, c'est un peu là qu'on en est avec le problème de la Grèce, avec le problème des déficits très importants de très nombreux pays de la zone Euro, avec l'impossibilité pour chacun de ces pays de jouer avec sa monnaie, mais, en même temps la prise de conscience de chacun que cette impossibilité de jouer avec sa monnaie n'est pas compensée par la présence d'un gouvernement ou d'une politique de gouvernance économique au niveau européen.

Il n'est pas question non plus en l'occurrence, ni d'impôt européen, ni de fédéralisme fiscal, ni d'augmentation du budget européen : rien ne se dessine en la matière.

Au fond, les États ont déminé le système financier en empêchant la faillite des banques mais ils ont l'explosif entre les mains. Et l'explosif entre les mains, ce sont les dettes publiques, les déficits budgétaires avec des chiffres qui sont là pour nous effrayer et pas seulement du côté d'Athènes.

Crise économique et financière, première conclusion sur le plan fiscal : pas de proposition, pas de débat et pas de volonté politique de mener, en fonction de la crise, en réaction à la crise, une nouvelle stratégie fiscale, qu'il s'agisse d'ailleurs de fiscalité directe ou indirecte ou de politique budgétaire.

Le Traité de Lisbonne

Le Traité de Lisbonne permet-il ou facilite-t-il le développement de nouvelles stratégies fiscales, qu'il y ait eu crise ou non ? Il faut savoir que ce Traité de Lisbonne résulte d'une vieille négociation. Il est entré en vigueur en décembre 2009 mais ce n'est pas la crise qui a déterminé son texte. Il est entré en vigueur ne variatur depuis sa signature qui date d'avant le début de la crise. C'est en effet suite à l'échec du traité constitutionnel que le Président Sarkozy a proposé un traité dit simplifié, que sa négociation a été menée de main de maîtresse, si je puis dire, sous présidence allemande par Madame Merkel pour aboutir à une signature fin 2007 et une entrée en vigueur très récente, après 27 ratifications (en ce compris deux référendums irlandais).

Ce traité n'est donc pas un texte de réaction ou de réponse à la crise. Y trouverait-on pourtant quelque chose d'important en matière de stratégie fiscale ?

En matière d'harmonisation, la réponse est non : le Traité de Lisbonne ne change rien aux procédures d'harmonisation fiscale, que ce soit d'ailleurs en matière de fiscalité indirecte ou de fiscalité directe. La procédure reste la même : pouvoir absolu du Conseil qui ne peut décider qu'à l'unanimité et sur simple avis du Parlement européen et du Comité économique et social. On imagine donc que c'est vraiment sans prendre beaucoup de risques, qu'on peut parier sur l'absence, demain et même après-demain, de nouvelle harmonisation fiscale.

Par contre, le Traité de Lisbonne innove en matière de liberté de circulation des capitaux. Dans le Traité de Maastricht, la libre circulation des capitaux a été rendue applicable avec les pays tiers et les pays tiers, ce sont tous les pays du monde moins les 27.

Elle avait été rendue applicable vers ou en provenance des pays tiers pratiquement sans aucune limite (je simplifie quelque peu) ou exception supplémentaire à celles qui s'appliquent à la liberté de circulation des capitaux à l'intérieur de l'Union Européenne.

Toutefois, dès qu'au tournant du siècle, les premiers dossiers sur ce thème sont arrivés à la Cour de Justice, les États membres se sont rendu compte que d'ouvrir à tous les pays tiers la liberté de circulation des capitaux pouvait être dangereux pour leurs budgets, n'était pas nécessairement ce qui allait amener la force désirée de l'Euro, n'avait pas nécessairement de rapport avec la force des places financières européennes, pouvait même mener à des abus et des excès, sans aucun bénéfice en contrepartie pour l'Union Européenne.

Suite à ces dossiers, où la Cour n'avait pu que constater que la liberté de circulation des capitaux avec les pays tiers était proclamée dans les mêmes termes que ceux prescrivant la même liberté à l'intérieur de l'Union

Européenne, on trouve dans le Traité de Lisbonne, et plus précisément dans le traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, et là je crois qu'on n'attendra pas de longs mois, ou de longues années pour qu'il y ait une exécution, un article 64 § 3 qui permet, toujours à l'unanimité, toujours au seul Conseil, de revenir en arrière sur cette liberté de circulation des capitaux avec les pays tiers.

Il pourra exclure certains pays, certains mouvements de capitaux, il pourra prévoir certaines périodes transitoires ou conditionner la liberté de circulation des capitaux avec certains pays tiers, ce qui n'est pas possible à l'intérieur de l'Union Européenne. Nous allons voir que la Cour de Justice avait déjà commencé à faciliter la tâche des États en différenciant l'admissibilité des justifications aux restrictions à la libre circulation des capitaux, selon qu'elle concerne ou non les pays tiers.

La seconde modification intervenue dans le Traité de Lisbonne passe plus inaperçue, parce qu'elle concerne un article qui a disparu, et qui depuis le Traité de Rome de 57 prescrivait que les États membres s'engageaient à négocier, le cas échéant, des conventions de double imposition. Ils ne s'engageaient pas à réussir, ils ne s'engageaient pas à rendre impossible la double imposition, ils s'engageaient à négocier entre eux des conventions de double imposition. La Cour de Justice n'a jamais donné un effet direct à cet article que les contribuables n'ont dès lors jamais pu invoquer. Mais pourquoi alors a-t-il été abrogé ?

On n'en sait rien. Il n'y a pas de travaux préparatoires du Traité de Lisbonne, il n'y a pas eu de débats publics comme lors de la convention présidée par M. Giscard d'Estaing, il n'y a pas eu à ce sujet de déclaration des États membres qui ont négocié le traité dit simplifié, de Lisbonne. Alors il y a deux thèses : soit les États membres ont voulu faire marche arrière, soit ils ont estimé que la double imposition devait avoir disparu de l'Union Européenne et qu'il n'était dès lors plus nécessaire d'obliger les États à s'engager, à négocier des conventions de double imposition.

Nous verrons à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice qu'un article aurait été nécessaire dans le nouveau traité pour rendre la double imposition juridique illégale en droit de l'UE, si telle avait été la volonté politique. En effet, la Cour de Justice a confirmé, à des nombreuses occasions et dans de nombreux domaines, que toute désavantageuse qu'elle puisse être, toute entravante qu'elle puisse être pour les libertés de circulation, la double imposition juridique n'est pas du tout contraire au droit de l'UE.

La politique fiscale des institutions de l'UE et plus particulièrement de la Commission

Après avoir évoqué l'absence de réaction européenne à la crise économique et financière en tout cas en matière de fiscalité, de gouvernance économique, de politique budgétaire européenne, après avoir constaté que le Traité de Lisbonne n'apportera probablement pas de grands changements, sauf la limitation, qui pourra prendre diverses formes, de la liberté de circulation des capitaux avec les pays tiers, peut-on parler de stratégie fiscale de la Commission ?

Car ne l'oublions pas, en droit de l'UE, la Commission a le monopole de l'initiative législative et donc l'initiative des harmonisations en toutes matières et en particulier en matière fiscale.

Il faut dire que jusqu'à présent, ses efforts n'ont pas été couronnés de succès puisqu'il y a des propositions de directives de la Commission, par exemple sur le transfert des parts à l'intérieur des groupes de sociétés, qu'elle a déposées à la fin des années 60 et qui n'ont jamais fait l'objet d'un début d'accord politique au sein du Conseil de l'UE.

Quant aux directives existantes, peu nombreuses, la directive mère-filiales, la directive intérêts-redevances, la directive fusions, la directive sur l'épargne, la directive sur l'échange obligatoire d'informations entre administrations fiscales, elles sont moins de l'harmonisation fiscale que des instruments préventifs de double imposition ou permettant aux États de s'entraider pour collecter correctement l'impôt.

Bien plus, on a adressé le reproche à la Commission de produire trop de nouveaux textes. Il faut, a-t-on dit, légiférer mieux et cela s'est traduit par une politique qui consiste à légiférer moins.

Et en matière fiscale, cela va être très simple : il n'y a sur la table aujourd'hui aucune proposition de directive d'harmonisation fiscale. La Commission a retiré toutes ses propositions à l'exception de quelques amendements aux directives existantes et d'une seule proposition nouvelle : celle d'assiette commune consolidée à l'impôt de sociétés (ACCIS ou CCCTB en anglais).

Cette proposition n'en est même pas encore au stade de proposition officielle de directive. Si elle est techniquement prête, juridiquement, la Commission n'a pas encore osé en faire une proposition formelle qui commencerait son parcours législatif au Conseil, avec avis du Parlement et du Comité économique et social.

J'ajoute que même si cela est possible depuis le Traité d'Amsterdam, entré en vigueur en 1999, qui a permis à quelques États qui le voudraient, d'avancer plus vite

que d'autres dans certains domaines (et certains auraient pu le faire en matière de fiscalité), aujourd'hui en 2010, 11 ans après la création de ce mécanisme dans le Traité d'Amsterdam, il n'y a non seulement aucune coopération renforcée qui soit en vigueur en matière fiscale ni plus, ni moins d'ailleurs que dans d'autres matières, mais bien plus, il n'y a aucune proposition de coopération renforcée sur la table, ni de la Commission, ni du Conseil.

Dernière question concernant la Commission : est-elle devenue plus active pour faire respecter le droit de l'UE, pour faire respecter les droits des contribuables en attaquant les États en infraction devant la Cour de Justice ?

On pourrait être séduit par les chiffres dans la mesure où, de 1986 à 2008, la Commission n'avait introduit à la Cour de Justice que 21 procédures d'infraction en matière de fiscalité directe et que, depuis le début 2009, avec les procédures qui sont aujourd'hui en cours, on en dénombre 17. On pourrait croire que si la Commission ne fait pas de proposition, elle essaie par la voie judiciaire de faire avancer les choses en matière de fiscalité européenne.

Je ne pense pas qu'on puisse tirer cette conclusion. La Commission ne fait qu'attirer devant la Cour de Justice, des États qui ne comprennent pas (ou ne veulent pas comprendre) la jurisprudence bien établie dans certains secteurs par la Cour de Justice. La Commission n'intervient donc devant la Cour de Justice qu'à propos de questions fiscales sur lesquelles la Cour de Justice s'est déjà prononcée à plusieurs reprises de manière claire par la jurisprudence. L'hypothèse est donc celle d'une règle fermement établie qu'un certain nombre d'États continuent à ignorer dans des législations contraires à cette jurisprudence. 2 exemples : le régime des dividendes qui sortent du pays et sont soumis à un régime fiscal moins favorable que les dividendes qui restent au pays.

La Cour de Justice a rendu plusieurs arrêts pour condamner ce type de discrimination mais certains pays n'ont jamais appliqué cette jurisprudence et c'est ainsi que récemment encore, les Pays-Bas et l'Italie viennent de se faire condamner. L'Allemagne est poursuivie par la Commission pour la même raison. Si ces pays avaient lu les arrêts précédents, cela n'aurait pas dû se produire. Idem pour les ingoing dividends (dividendes entrants), à propos desquels la Grèce vient de se faire rappeler à l'ordre, alors que des arrêts très clairs de la Cour de Justice existaient depuis déjà plusieurs années.

La Commission ne réagit donc que pour faire respecter la jurisprudence de la Cour de Justice par des États qui n'ont pas encore modifié ni leurs pratiques, ni leur législation.

La jurisprudence de la CJUE

Quatrième et dernier point : la jurisprudence. Je serais tenté de dire : c'est ce qui reste, parce que les points précédents n'ont guère révélé de stratégie en matière fiscale. Et s'il n'y a pas de stratégie du côté de la Cour de Justice, il y a au moins des arrêts. Et la stratégie, il faut qu'à partir des arrêts, on essaie de la deviner et surtout de la prévoir, ce qui n'est guère simple.

A cet égard, la Cour de Justice a continué à juger, dans de nombreux arrêts, que les États membres commettaient des discriminations ou des entraves contraires aux libertés de circulation et elle l'a fait dans des domaines où c'était parfois inattendu.

Quand on parle d'arrêts en matière de dividendes, d'intérêts-redevances, de relations mère-filiales, on est dans la fiscalité des sociétés, des entreprises. Mais la Cour a également abordé la fiscalité des personnes physiques, en matière de droits de succession, de déduction de cotisations personnelles de sécurité sociale payées à l'étranger, jusqu'au non profit sector puisque, dans divers arrêts, elle a jugé qu'étaient déductibles dans l'État donateur les dons à une institution étrangère dont l'objet social est le même que celui des institutions nationales qui peuvent recevoir des dons avec déduction fiscale. C'est le cas dans le fameux arrêt Persche où le don fait par un résident allemand à une institution portugaise d'aide aux enfants défavorisés a pu en Allemagne être déduit fiscalement comme les dons faits à des institutions comparables établies en Allemagne, le contribuable devant toujours disposer de la possibilité de donner à l'administration fiscale allemande tous les renseignements nécessaires pour prouver que l'institution portugaise poursuivait le même but qu'une institution similaire en Allemagne.

La Cour de Justice a même protégé les joueurs, ceux qui s'essayaient aux tombolas, aux paris, notamment en Espagne, et qui ne pouvaient bénéficier de l'exemption fiscale sur leurs gains que s'ils avaient participé à des loteries espagnoles ayant un but social ou humanitaire, l'Espagne estimant que les loteries humanitaires méritaient ce petit coup de pouce alors que les loteries à même but humanitaire mais établies dans les autres pays ne le méritaient pas. Et l'Espagne, en désespoir de cause, de dire à la Cour de Justice que le jeu menace l'ordre public... mais pourquoi les loteries espagnoles épargneraient-elles l'ordre public espagnol ? Ne s'agissait-il pas plutôt de protéger le budget espagnol ?

La Cour de Justice a donc étendu sa jurisprudence dans des domaines où on l'attendait moins (succession, frais de scolarité, incitant à l'acquisition de propriétés immobilières) mais pour y appliquer les mêmes règles de discriminations et d'entraves interdites et les mêmes règles en matière de justification.

Mais il y a trois évolutions qui paraissent, me semble-t-il,

plus négatives, plus difficiles pour le contribuable, plus favorables aux États membres.

J'ai déjà abordé la première : la double imposition juridique. Rappelons-nous l'affaire Kerckhaert-Morres : la retenue à la source imposée en France, sur les dividendes qui partent vers la Belgique est aussi appliquée à l'époque aux dividendes qui restent en France. Il n'y a donc pas d'infraction française. Les dividendes entrent en Belgique et sont taxés à 25 % sans imputation de la retenue à la source française parce que la Belgique décide de ne pas l'imputer sur l'impôt belge. 25 % sur les dividendes qui viennent de France, mais aussi 25 % sur les dividendes belgo-belges : il n'y a pas de discrimination dans la législation belge.

Et la Cour de conclure que ce désavantage résulte du manque d'harmonisation fiscale européenne, de la coexistence de systèmes nationaux différents et non d'infractions commises par l'un des États. Dès lors, rien dans le traité, ne permet de condamner, en droit de l'UE, la double imposition juridique.

Ce qui a fait dire à certains que la meilleure manière des États de lutter contre le Marché Commun serait d'abroger toutes les conventions de double imposition. En effet, quelle meilleure entrave que la double imposition ? Et en plus c'est légal ! Ils n'y songent peut-être pas encore. Heureusement par ailleurs, qu'en dehors du droit de l'UE, il y a un réseau, un maillage important de conventions de double imposition, mais il reste des trous entre certains pays et dans certaines matières fiscales.

Retenons en tout cas que l'arrêt Kerckhaert-Morres n'est pas resté exceptionnel. Il a été confirmé par d'autres dossiers où étaient en cause l'Allemagne, l'Autriche, le Grand-duché de Luxembourg et l'Espagne ; un juge belge, pour bien comprendre, a même reposé à la Cour de Justice la même question que dans Kerckhaert-Morres en la précisant et en faisant référence explicite à la convention franco-belge de double imposition. Rien n'y fit : la Cour a donné exactement la même réponse.

Donc sauf l'harmonisation demain au niveau de l'UE, la double imposition va rester conforme au droit européen. Ce n'est pas avec le droit actuel qu'on peut aujourd'hui la combattre.

Le deuxième point d'évolution plus favorable aux États membres est l'interprétation que donne la Cour de la justification souvent avancée par les États à leurs discriminations, à leurs entraves, à leurs traitements moins favorables des non-résidents... : la lutte contre l'évasion fiscale.

En 1986, dans l'arrêt Commission-France, la Cour avait refusé cette justification qui, disait-elle, ne sera jamais une excuse, jamais une bonne raison. En 2010, on n'en est plus là. La Cour admet qu'un État puisse justifier un traitement moins favorable fait aux non-résidents par la nécessité de lutter contre l'évasion fiscale lorsqu'il y a

un montage totalement artificiel utilisé pour contourner la législation nationale. Ce texte se retrouve d'ailleurs presque mot à mot dans la législation française.

Mais, nouveauté importante, la Cour a accepté dans un arrêt récent Commission-Italie que pour les pays tiers (j'ai indiqué ci-dessus que la Cour avait déjà aidé les États membres dans leur inquiétude face à la libre circulation des capitaux sans entrave avec les pays tiers), et en l'occurrence les pays tiers étaient la Norvège, l'Islande et le Lichtenstein (et non pas les Iles Caïmans, ni Les Bermudes, ni Singapour) le système moins favorable réservé par le système italien aux dividendes allant vers ces pays était justifié par la nécessaire lutte contre l'évasion fiscale, qui au contraire de ce qui se passe dans l'UE, ne peut s'appuyer vis-à-vis des pays tiers, sur les directives de collaboration obligée entre administrations fiscales ou même sur des conventions d'échanges d'informations. Et la Cour n'impose même pas que la loi italienne donne au contribuable la possibilité de donner lui-même aux autorités fiscales italiennes toutes les informations dont elles ont besoin pour prouver qu'il n'y a aucune fraude ni évasion.

La dernière évolution favorable aux États membres concerne une nouvelle justification que la Cour accepte et applique de plus en plus dans les dossiers fiscaux préjudiciels. C'est ce qu'elle appelle la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres.

Elle est née dans l'arrêt Marks & Spencer de 2005 qui posait le problème du transfert à la société-mère des pertes d'une filiale non résidente, interdit par la législation britannique, alors que pareil transfert était autorisé à partir d'une filiale résidente.

La Cour de Justice juge que les législations nationales peuvent s'opposer aux pratiques qui permettent au contribuable de choisir le système fiscal national le plus favorable (en l'occurrence le système de l'État d'établissement de la société-mère ou de celui de la filiale), parce que ce choix peut mettre en cause la « répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres ».

Toutefois, dans Marks & Spencer, la Cour avait jugé que cette nouvelle justification devait être combinée à deux autres justifications pour sauver la législation nationale, à savoir la lutte contre l'évasion fiscale et le risque de double usage des pertes. Mais au fur et à mesure de la jurisprudence, la Cour de Justice va progressivement estimer que cette fameuse répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres pourrait se suffire à elle-même pour justifier une législation fiscale nationale discriminatoire ou entravante.

Dans un arrêt finlandais OY AA, la Cour, a de façon irréfragable, présumé l'évasion fiscale, et considéré que le risque de double usage des pertes était inexistant puisqu'il ne s'agissait pas de... pertes, mais de transferts intragroupes.

Et un peu comme dans les séries télévisées, je vous invite à suivre le prochain épisode : l'affaire X-Holding.

Le dossier met en cause une législation des Pays-Bas où les sociétés résidentes peuvent former une entité fiscale avec leurs filiales résidentes et (– ce qui va d'ailleurs beaucoup polluer le dossier –) avec leurs succursales non résidentes, mais ne peuvent le faire avec leurs filiales non résidentes. Le contribuable a un choix : ou il fait l'entité fiscale et choisit les Pays-Bas, ou il ne la forme pas et il choisit un autre système fiscal pour l'imposition de la filiale non résidente. Dans ce cas, selon l'avocat général, la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition justifie à elle seule la différence de traitement créée par la législation hollandaise qui s'en trouve d'ailleurs automatiquement considérée comme proportionnée.

Et, en plus, l'avocat général revient sur un grand principe que la Cour n'avait jamais admis et qui avait été évoqué par les Britanniques dans Marks & Spencer. Les Britanniques avaient souligné qu'il leur paraissait injuste de les obliger à manger les pertes de la filiale, alors que si elle avait fait des bénéfiques, le Trésor britannique n'en aurait pas touché un centime ou un penny. Donc, disaient les Anglais, nous ne prenons les pertes que si nous avons une chance de taxer les bénéfiques.

La Cour avait dit non mais, dans l'affaire X-Holding, l'avocat général proclame le principe de symétrie du traitement des bénéfiques et des pertes. L'arrêt X-Holding sera rendu le 26 février 2010. J'espère 1° qu'il sera clair, 2° qu'il ne sera pas conforme aux conclusions de l'avocat général et 3° qu'il ne remettra pas en cause l'arrêt Marks & Spencer en ce qu'il concerne les pertes finales, c'est-à-dire celles pour lesquelles le contribuable n'a plus de choix : puisque les filiales non résidentes avaient cessé leurs activités, les pertes ne pourraient être utilisées que dans l'État de la société-mère.

Stratégie fiscale en temps de crise ? Parlons plutôt de points d'interrogation fiscaux en temps de crise.

Melchior Wathelet

CMS Bureau Francis Lefebvre
melchior.wathelet@cms-bfl.com

Restructuration des groupes

Dans un contexte de crise économique, les entreprises sont particulièrement soucieuses de maîtriser l'ensemble de leurs dépenses. Ceci se vérifie quelle que soit la taille des acteurs économiques concernés, de la simple entreprise individuelle jusqu'à la multinationale de grande envergure. Ainsi, bon nombre de directeurs financiers s'imposent comme objectif principal de réduire les coûts dans les sociétés qui sont sous leur supervision, coûts parmi lesquels figure en premier plan l'impôt sur les sociétés. La maîtrise de cet impôt est alors essentielle pour réduire les coûts et, par suite, pour assurer une meilleure rentabilité et une meilleure compétitivité dans l'entreprise envisagée.

Si la réalisation de pertes permet généralement d'échapper à l'impôt sur les sociétés, il en va différemment dans les groupes internationaux qui, en raison de la multiplicité de leurs entités, peuvent être amenés à supporter une importante charge d'impôt malgré un résultat d'ensemble déficitaire. Ceci se vérifie notamment lorsque des filiales étrangères connaissent une situation déficitaire alors que d'autres réalisent de substantiels bénéfices. C'est précisément dans cette situation qu'il peut être pertinent de reconsidérer le rôle joué par chacune des filiales, tout en gardant en ligne de mire l'optimisation de la charge d'impôt globale du groupe. Pour autant, cet objectif de réduction des dépenses fiscales ne doit pas conduire à un bouleversement systématique du modèle économique du groupe concerné.

Afin d'illustrer ce propos, un cas pratique mettant en scène un groupe international est présenté ci-après. Cette étude de cas a pour dessein de mettre en évidence l'efficacité avec laquelle une restructuration fiscale correctement organisée peut conduire à une réduction de la charge totale d'impôt du groupe. Dans cette présentation, il a été délibérément choisi de situer les bénéficiaires non pas dans un pays à fiscalité réduite mais, au contraire, dans un pays avec un des taux d'impôt sur les sociétés les plus élevés, la France, ce qui met d'autant plus en exergue l'efficacité de la restructuration proposée en terme d'économie d'impôt.

Restructuration des groupes : cas pratique

Pour les besoins de notre étude, nous envisagerons un groupe international ayant pour activité le design, la production et la distribution de chaussures sur le marché européen. Le propriétaire de la marque sous laquelle ces chaussures sont commercialisées est une société française. Le groupe est divisé en quatre centres localisés en France, en Allemagne, en Grande-Bretagne et aux Pays-Bas. Chacun de ces centres est spécialisé dans le design d'une partie de la collection internationale : la société française est spécialisée dans le design des chaussures pour femmes,

la société allemande dans celui des chaussures pour hommes, la société anglaise dans celui des bottes et la société néerlandaise dans celui des chaussures de sport.

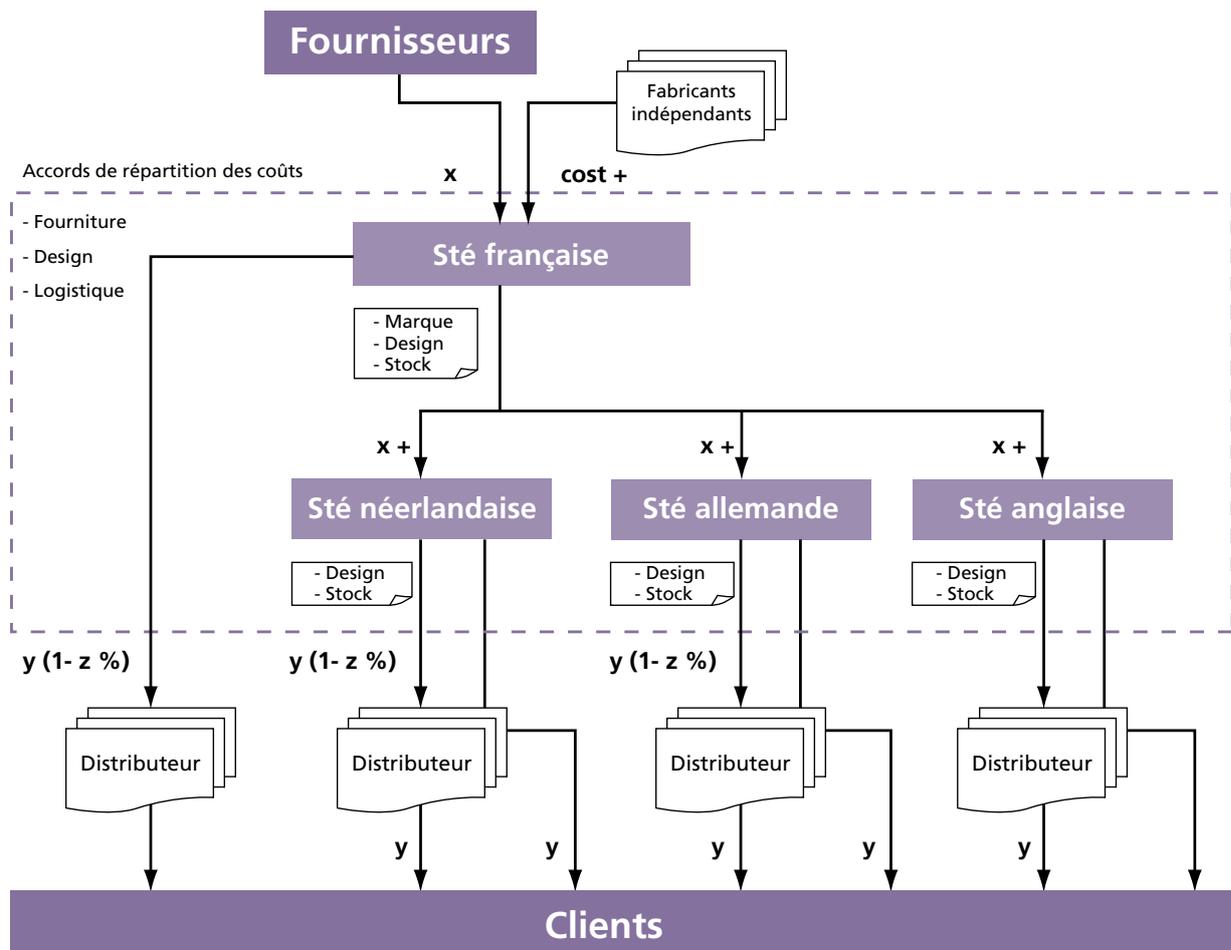
Les produits sont fabriqués, selon le cahier des charges des quatre centres européens, par des sociétés indépendantes situées en Asie auxquelles le groupe est lié par des contrats de sous-traitance industrielle. Ces fabricants vendent ensuite les produits finis à la société française qui, à son tour, les revend soit à son propre réseau de distribution, soit aux trois autres centres européens qui agissent alors comme intermédiaires entre la société française et leur propre réseau de distribution régional. Les trois sociétés étrangères sont par ailleurs en charge du contrôle de la qualité pour les réseaux de distribution relevant de leur ressort territorial.

Les quatre sociétés européennes sont liées par un « Accord de répartition des coûts » (Cost sharing agreement) qui a pour fonction de ventiler entre les quatre centres européens les frais de design et de logistique en fonction de leur chiffre d'affaires respectif. En outre, les trois autres sociétés européennes paient des redevances à la société française pour le droit d'utilisation de la marque.

Cette chaîne de production et de distribution se présente selon le schéma ci-après.

L'analyse des comptes des différentes sociétés fait ressortir que les quatre centres régionaux ont des résultats divergents, principalement du fait du paiement de la redevance de marque à la société française. Ainsi, la société allemande connaît de lourds déficits. Les sociétés anglaise et néerlandaise sont à l'équilibre et font même apparaître un très léger bénéfice. Pour sa part, la société française réalise des profits substantiels.

Dans ce contexte, les pertes réalisées par la société allemande ne peuvent être déduites des résultats des autres sociétés du groupe. Ces déficits sont soit irrémédiablement perdus, soit reportés en avant pour une période indéterminée avec un usage exclusif par la société



allemande. De leur côté, les autres sociétés doivent acquitter l'impôt sur les sociétés, celui-ci représente une somme peu importante pour les sociétés anglaise et néerlandaise mais un montant significatif pour la société française. Le groupe supporte de ce fait un coût fiscal important acquitté pour l'essentiel par la société française, en dépit d'un résultat d'ensemble déficitaire.

Au vu d'une telle situation, la structure organisationnelle du groupe peut être légitimement remise en question. C'est dans ce contexte qu'un directeur financier peut s'interroger sur la fonction occupée par chacune des sociétés et souhaiter en redéfinir leur rôle en vue d'une optimisation du résultat du groupe. Il peut être ainsi envisagé de centraliser les fonctions au sein d'un seul pays.

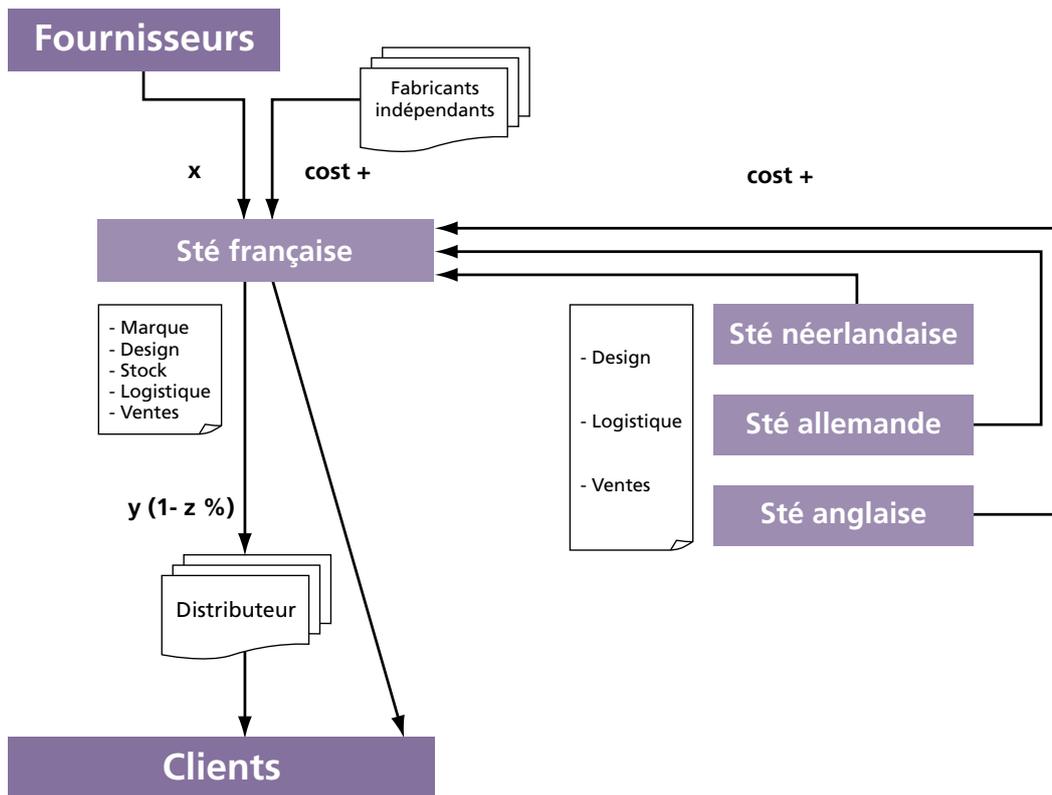
Au cas particulier, la solution proposée consiste à centraliser les principales fonctions du groupe au sein de la société française en raison de son rôle majeur préexistant dans la structure. Dans cette nouvelle organisation, la société française cumule à elle seule les fonctions de design et de distribution. Les trois autres centres conservent leurs activités respectives, mais ils agissent désormais en tant que prestataires de services sous-traitants de la société française. Ainsi, la fonction de design est sous-traitée par la société française aux trois autres centres européens en fonction de leurs spécialisations respectives (chaussures pour hommes pour la société allemande, bottes pour la société

anglaise,...). La seule différence majeure avec l'ancienne organisation concerne le flux des produits finis : ceux-ci ne transitent plus par les trois autres centres européens mais sont directement vendus par la société française aux réseaux de distribution régionaux. Par ailleurs, les trois entités étrangères rendent au profit de la société française des services de gestion de stocks, ainsi que des services de marketing et de contrôle qualité sur les distributeurs régionaux.

Tant sur le plan économique que fonctionnel, la société française agit au sein de cette nouvelle structure en qualité d'entrepreneur principal. A ce titre, elle peut désormais prétendre à recueillir entre ses mains l'ensemble des profits espérés et, corrélativement, à supporter l'ensemble des pertes et des risques potentiels.

De leur côté, les trois autres centres européens, devenus simples prestataires de services, sont rémunérés sur la base d'un prix de revente majoré ($cost +$), méthode communément appliquée à ce type d'activités dépourvues de risques particuliers. Ces sociétés n'acquittent plus, par ailleurs, de redevances de marque au profit de la société française.

La nouvelle organisation, illustrée dans le tableau de la page suivante, est respectueuse du modèle économique du groupe et permet de remédier au problème de résultats divergents entre les diverses entités.



La mise en place de cette nouvelle organisation entraîne fatalement la modification, voire la résiliation de contrats existants qui liaient soit des entités du groupe entre elles, soit certaines sociétés du groupe avec des sociétés tierces. Dans ces deux cas, lesdites modifications ou résiliations peuvent entraîner des conséquences fiscales redoutables, notamment si elles n'ont pas été anticipées ou, pis, si elles sont gérées de façon inadaptée dans le cadre de la mise en place de la réorganisation.

Les conséquences fiscales de la restructuration

Les sociétés appartenant à des groupes multinationaux sont habituellement liées pour les besoins de leur activité par une multitude de contrats. On citera pour exemple les accords de licence de marque, les contrats de distributions, ou encore les accords de partage des coûts. Eu égard aux nouvelles fonctions occupées par les entités du groupe au sein de la nouvelle organisation envisagée, la mise en place de ce projet de restructuration va avoir pour conséquence inévitable de mettre fin à la majeure partie de ces contrats. Or, de tels bouleversements dans l'organisation juridique du groupe sont des sources potentielles de contentieux fiscaux dans la mesure où les bases taxables des sociétés en cause peuvent être directement impactées. En règle générale, les administrations fiscales ne manquent

pas d'opposer aux sociétés les stipulations de ces contrats afin d'attester de la réalité des relations jadis entretenues avec les autres sociétés du groupe. Dans le même temps, ces administrations se gardent toute liberté pour écarter ces contrats si, selon elles, ils ne reflètent pas exactement la réalité des liens économiques qui unissaient les entités au sein du groupe.

Par conséquent, les administrations fiscales sont intéressées au premier chef par les modifications ou les résiliations des contrats en cours, notamment pour s'assurer que les conditions d'évolution ou de rupture des engagements entre les parties sont bien conformes à la lettre du contrat initialement conclu et, en tout état de cause, correspondent bien à ce que des parties indépendantes auraient pu conclure dans des situations comparables.

A la lumière de ce qui précède, il va de soi que les restructurations fiscales de groupes internationaux doivent être préparées avec grand soin et que le succès de telles réorganisations réside dans la cohérence de l'approche juridique et économique de ces opérations.

L'approche juridique

De manière générale, plusieurs types de relations contractuelles peuvent exister entre les sociétés appartenant à un même groupe. Ces sociétés liées peuvent réaliser des transactions tantôt en vertu d'un contrat dûment rédigé et exhaustif (ce qui, en pratique, est assez rare), tantôt sur la base d'un contrat incomplet ou qui n'a

pas été mis à jour et qui, partant, ne reflète plus la réalité des relations commerciales entre ses signataires. Dans d'autres situations, qui ne sont pas si exceptionnelles, les transactions s'organisent plus simplement en vertu d'un simple accord verbal, sans aucun support écrit. Dans tous les cas, ces relations contractuelles doivent cesser pour que la nouvelle structure puisse être mise en place.

En présence de contrats classiques de distribution ou de fabrication, le respect plein et entier des clauses de résiliation, avec la mise en œuvre des clauses de préavis ou prévoyant le versement d'indemnités, permet en principe de sécuriser la réorganisation.

En l'absence de contrat écrit entre les parties, la rupture de leur relation d'affaires ne peut intervenir, d'un point de vue fiscal, qu'en conformité avec le principe de pleine concurrence, soit, en d'autres termes, dans des conditions que deux parties indépendantes auraient pu accepter dans des situations analogues. Dans de telles circonstances, outre la gestion du préavis, se pose bien entendu la question de l'indemnisation. Cette question devient essentielle lorsque le contrat qu'il est prévu de résilier a abouti à la création d'un actif incorporel. Dans cette hypothèse, l'extinction du contrat entraîne nécessairement le transfert de l'actif incorporel en cause, ce transfert devant normalement donner lieu à une rémunération (ou une indemnisation) appropriée.

A cet égard, force est de relever que lorsque les dispositions contractuelles sont celles d'un contrat de distribution ou de fabrication classique, aucun actif incorporel n'est censé naître. De ce fait, l'absence de rémunération ou d'indemnisation ne devrait pas pouvoir donner prise à critique de la part de l'administration fiscale. Néanmoins, dans certaines situations exceptionnelles, la rupture des relations contractuelles peut donner lieu au versement de sommes d'argent entre les parties. Il s'agit notamment du cas dans lequel les activités du distributeur ou du fabricant concerné ont dépassé le cadre normal de ses attributions et ont impacté de manière positive le résultat d'ensemble du groupe.

A titre d'exemple, on citera la situation où le distributeur a engagé des frais exceptionnels dépassant ses obligations contractuelles pour obtenir une part de marché plus importante sur le territoire qui lui était attribué. Il peut alors être présumé comme ayant contribué à la création d'un actif incorporel sur le territoire concerné. Dans un tel contexte, la résiliation du contrat de distribution doit donner lieu, d'un point de vue fiscal, au versement d'une indemnité déterminée conformément au principe de pleine concurrence, nonobstant l'absence de clause prévoyant les modalités de détermination et de versement de cette indemnité.

Ainsi, dans un jugement récent rendu par un tribunal néerlandais (jurisprudence Mattel) dans une affaire relevant du droit commercial, le juge a octroyé des dommages et intérêts au distributeur néerlandais d'une société étrangère, laquelle avait pourtant résilié le contrat en cause

conformément aux conditions prévues par ledit contrat, c'est-à-dire sans indemnité. Même si la jurisprudence Mattel a été rendue en matière de droit commercial et non en matière fiscale, il y a fort à parier que l'administration fiscale n'hésitera pas à se fonder sur cette décision pour soutenir qu'en cas de résiliation d'un contrat de distribution, le distributeur doit nécessairement être indemnisé à raison de l'actif incorporel qu'il a contribué à créer.

De façon similaire, lorsqu'un fabricant réalise des investissements importants pour acheter des machines-outils destinées à produire des pièces détachées aux caractéristiques très spécifiques, certaines dispositions doivent être adoptées. En effet, si cet investissement exceptionnel est amortissable sur une longue période et si la société au bénéfice de qui ces pièces sont fabriquées résilie le contrat avant que ne soit intervenu le retour sur investissement, les administrations fiscales locales peuvent être susceptibles de considérer que l'indemnisation de la rupture contractuelle doit au moins couvrir le montant de l'investissement, même si le contrat en vigueur en dispose autrement.

Par conséquent, dans les situations exceptionnelles susvisées, il est fondamental d'identifier les actifs incorporels liés à la fonction de distribution ou de fabrication afin de fixer un juste prix à ces actifs, le but de cette démarche étant d'éviter des estimations souvent grossières, voire inexactes, qui pourraient être par la suite contestées par les administrations fiscales.

En ce qui concerne notre étude de cas, la situation est plus simple car les quatre centres européens sont liés par un accord de répartition des coûts, lequel implique inévitablement que des actifs incorporels ont été développés dans ce cadre. Il est dès lors évident que chacune des quatre entités a contribué au coût global de production, ladite contribution pouvant être communément calculée sur la base d'un prix de revente minoré (resale minus). De ce fait, les quatre entités sont présumées être propriétaires indivis des actifs incorporels ainsi créés. Cette situation résulte des termes mêmes du contrat, lequel devrait dès lors expressément prévoir le versement d'indemnités au profit des sociétés désirant mettre fin à leur participation à l'accord. En pratique, ce sera d'ailleurs le plus souvent le cas.

Par conséquent, dans le cas de notre groupe qui produit et distribue des chaussures en Europe, la question n'est pas tant de savoir si des actifs incorporels ont été créés, mais de déterminer si lesdits actifs doivent faire l'objet d'une évaluation et donner lieu à indemnisation du fait de la résiliation de l'accord de répartition des coûts.

L'approche économique

Les actifs incorporels sont le plus souvent « définis » en ayant recours à une énumération de ces biens, énumération nécessairement non exhaustive. Les spécialistes s'accordent néanmoins pour considérer que les « biens incorporels » recouvrent l'ensemble des actifs dépourvus de substance

matérielle comme le fonds de commerce, les brevets ou les parts de marché (biens qui ont chacun une certaine valeur économique). Cette définition rend difficile l'identification des actifs incorporels et la tâche est d'autant plus ardue que les biens en question sont intégrés à de nombreux actifs du fonds de commerce et qu'ils ne sont ni individualisés, ni activés au bilan des sociétés concernées.

Toutefois, en cas de transfert, ces actifs ont indiscutablement une valeur qui doit donner lieu à compensation, ceci ayant pour conséquence immédiate l'accroissement correspondant de la base taxable de la société vendeuse.

Dans l'hypothèse de la cessation d'une relation contractuelle, trois difficultés principales doivent être traitées : l'identification du bien incorporel transféré, l'évaluation de ce bien et, enfin, la recherche de solutions susceptibles d'optimiser la fiscalité de la compensation versée en contrepartie du transfert de ce bien.

1. L'identification des biens incorporels

L'identification des biens incorporels transférés à l'occasion de la rupture d'une relation contractuelle est loin d'être une tâche facile dans la mesure où ces actifs ne figurent pas, dans la plupart des cas, dans les états financiers des sociétés. Au contraire, ils se trouvent souvent intégrés dans la valorisation d'un bien corporel. Il peut ainsi s'agir du savoir-faire développé par la société, comme d'une liste des clients ou d'un contrat qui constitue la base même de l'activité de l'entreprise.

La question est d'autant plus épineuse qu'il n'existe pas un seul type de propriété sur un bien incorporel mais deux : la propriété juridique, telle qu'elle résulte des termes contractuels, et la propriété économique, reposant sur la valeur intrinsèque de la relation d'affaires nouée entre les parties. Dans tous les cas où le contrat en vigueur ne reflète pas fidèlement la relation commerciale entre les parties, les administrations fiscales n'hésitent pas à l'écartier pour redéfinir la relation commerciale selon sa propre interprétation des faits.

Il n'est alors pas surprenant que les directeurs financiers préfèrent esquiver le sujet en laissant le soin aux inspecteurs fiscaux d'identifier ces actifs. Il va de soi que cette attitude ne saurait être recommandée tant elle peut être source d'insécurité pour les sociétés concernées. Pour ces motifs, une bonne gestion de la réorganisation nécessite un travail en amont d'identification des actifs et de leur valeur, ce travail passant notamment par l'élaboration d'une documentation complète. Une telle documentation, qui devra être préparée avant la mise en œuvre de la restructuration, aura pour principal mérite de mettre les contrats existants en conformité avec le principe de pleine concurrence. Ainsi, en présence d'une telle documentation, les autorités fiscales ne devraient plus avoir de raisons d'évaluer ces actifs selon leurs propres critères.

L'identification de ces actifs incorporels permet de déterminer si l'indemnisation offerte à l'occasion de la résiliation du contrat est objectivement suffisante au regard des conditions de marché. Les biens incorporels sont difficiles à identifier en cas de chaîne de production allant de la phase de fabrication jusqu'à la mise sur le marché des produits, aussi les administrations fiscales analysent la relation commerciale des parties dans son ensemble, ainsi que les profits réalisés grâce à cette relation pour attribuer une base taxable là où elles pensent qu'un bien incorporel a pu être créé. Par exemple, l'administration fiscale allemande analyse non seulement le transfert des biens incorporels mais également le transfert d'une fonction. Dans ce cas, le goodwill attribué à cette fonction spécifique est également taxé si ladite fonction est transférée à l'étranger. Ces dispositions trouvent en principe à s'appliquer si la valeur totale des biens incorporels transférés est supérieure à 25 % de la valeur totale des biens transférés (corporels et incorporels).

Dans un cas classique de distribution, il est peu probable que des biens incorporels aient été créés. Dès lors, en principe, le respect du préavis devrait suffire pour considérer que le contrat a été résilié en conformité avec le principe de pleine concurrence. Certes, il existe une exception dans le cas où le distributeur a créé un bien incorporel de marketing sur le territoire dont il relève, ou encore s'il détient une liste de clients particulièrement importante ou s'il a développé une relation spécifique avec ses clients. Dans ces hypothèses, le distributeur doit être indemnisé à la juste valeur des biens transférés lors de la restructuration du groupe.

Dans notre cas pratique, nous rappellerons que la spécialité du groupe consiste à fabriquer des chaussures de qualité vendues à prix réduit sous une marque détenue par une société mère française. Les produits sont identiques quelle que soit la région où ils sont commercialisés. En outre, on notera que le succès sur un marché est en grande partie dû à l'impact de la marque détenue par la société française. Dès lors, il est peu probable que des actifs incorporels de marketing aient été créés par les distributeurs locaux.

Toutefois, il existe certains actifs incorporels qui ont été créés grâce à l'accord de répartition des coûts et qui appartiennent de façon indivise aux quatre sociétés. On mentionnera par exemple que la commercialisation de chaussures de qualité à un prix réduit dans ces pays a été rendue possible grâce à la combinaison des aspects économiques, pratiques et juridiques du modèle entrepreneurial mis en place au sein du groupe. De même, les incorporels liés à la fonction de distribution, à savoir la mise en place de la liste des clients et des relations d'affaires, ont été créés par les quatre centres.

Après avoir été correctement identifiés, les biens incorporels doivent être évalués dans le respect du principe de pleine concurrence.

2. L'évaluation des biens incorporels

Les auditeurs évaluent les incorporels selon l'une des trois méthodes suivantes :

- La valeur vénale
- La valeur actuelle nette (évaluation basée sur la comparaison des flux de trésorerie susceptibles d'être générés avec et sans l'incorporel considéré)
- La méthode des coûts historiques, utilisée de manière résiduelle, si les deux autres méthodes ne sont pas applicables.

Ces évaluations doivent être effectuées en se conformant tant aux conditions de marché qu'à la législation du pays qui les applique. Par exemple, pour l'administration fiscale française la valeur vénale d'un bien incorporel est déterminée comme la différence entre la valeur du bien corporel qui contient l'incorporel et la valeur intrinsèque du bien corporel pris isolément. En ce sens, la valeur de marché du bien incorporel réside dans la valeur qu'il ajoute au bien corporel qui en est le support.

Les administrations fiscales allemande et anglaise n'exigent pas une méthode particulière mais le contribuable doit être en mesure de prouver que son évaluation est logique d'un point de vue économique. En conséquence, les auditeurs et autres spécialistes de l'évaluation préfèrent appliquer la méthode de la valeur actuelle nette qui consiste à évaluer la valeur de l'actif incorporel par rapport au résultat d'ensemble du groupe en prenant en compte les spécificités de ce dernier. Cette méthode est, par conséquent, applicable dans la plupart des cas, notamment pour les contrats classiques de distribution ou de fabrication.

La valeur vénale, quant à elle, est rarement utilisée en pratique car les incorporels ont souvent une nature unique. Il est par conséquent difficile de trouver des comparables sur le marché. Cette difficulté est encore exacerbée lorsque les actifs incorporels sont des actifs locaux car ils ne sont alors pas susceptibles d'intéresser grand nombre d'acheteurs lorsqu'ils sont détachés de l'ensemble de la structure de production et de commercialisation.

Dans notre cas, plusieurs méthodes d'évaluation peuvent être utilisées selon le type d'incorporel visé. La valeur des incorporels liés à la fonction de distribution (par exemple, les listes de clients) sera calculée en utilisant une combinaison des valeurs économiques avec les principes OCDE régissant les prix de transfert. De cette manière, le prix fixé pour le transfert du bien incorporel correspondra à la compensation de la perte potentielle future des bénéfices attendus.

La méthode des coûts historiques semble la plus appropriée pour calculer la valeur des biens incorporels créés par l'accord de répartition des coûts. Selon cette méthode, la valeur des biens incorporels est égale à la somme des contributions respectives lors de la mise en place de l'accord, à laquelle s'ajoutent les coûts supportés par chacune des sociétés pendant la durée de l'accord, augmentée de la valeur des incorporels issus de l'activité

de recherche et développement (R&D). La valeur totale est ensuite répartie entre les quatre sociétés.

L'évaluation des incorporels liés aux activités R&D du groupe et le calcul de la contribution de chacune des sociétés dans la réalisation de ceux-ci doit au cas particulier prendre en compte le positionnement du groupe sur le marché de la mode. Cette activité implique nécessairement que les collections doivent être renouvelées au moins deux fois par an. En d'autres termes, ceci signifie que le design d'une collection ne peut que, très exceptionnellement, être utilisé dans le cadre des collections suivantes. L'évaluation des incorporels R&D par la méthode des coûts historiques devrait, en conséquence, prendre en compte cette donnée pratique qui limite la valeur des incorporels R&D dans le temps.

Une fois les incorporels identifiés et évalués, il faut adopter une méthode de rémunération du transfert qui soit optimale tant du point de vue fiscal que d'un point de vue économique.

3. La rémunération des actifs incorporels

En cas de transfert des biens incorporels, plusieurs options sont ouvertes aux sociétés liées titulaire d'un contrat. Le choix le plus évident consiste à vendre le bien à l'autre partie. Cependant, cette solution séduisante par sa simplicité est loin d'être la plus optimale dans le cadre de transactions intra-groupes. La vente des biens incorporels entre des sociétés liées ne peut en effet être réalisée qu'après l'établissement d'une documentation de prix de transfert spécifiant le juste prix versé en contrepartie de ce transfert. Malheureusement, les administrations fiscales sont toujours susceptibles de contester ce prix. De plus, la société acquéreuse ne peut le plus souvent ni déduire ni amortir le prix payé (à titre d'exemple, l'amortissement du goodwill n'est pas possible en France). Cette transaction est donc susceptible de générer un gain taxable pour le vendeur et une dépense non déductible pour l'acheteur. Ainsi, cette solution entraîne des frais supplémentaires au niveau du groupe.

La deuxième solution envisageable consiste à concéder le bien incorporel à l'entité bénéficiaire moyennant une redevance respectant le principe de pleine concurrence. Dans ce cas, la documentation liée au prix de transfert du bien peut être évitée et le coût lié au transfert de l'incorporel (la concession) sera étalé. Le paiement de la redevance va générer un revenu taxable pour le concédant mais déductible au niveau du concessionnaire. Si le montant de la redevance est raisonnable, les administrations fiscales ne sont pas tentées de le contester. Par conséquent, la concession est généralement plus intéressante que la vente du bien incorporel. C'est d'ailleurs la solution la plus utilisée en pratique, surtout si la société concédante dispose de déficits reportables qui peuvent être imputés sur le revenu issu des redevances reçues.

Dans notre étude de cas, une meilleure solution peut encore être trouvée. A supposer, d'une part, que les biens

incorporels détenus en commun par les quatre sociétés sont concédés par chacune des trois sociétés européennes à la société française et, d'autre part, que la valeur de ces biens soit susceptible de s'amoinrir au fil du temps, une redevance décroissante pourrait être prévue (par exemple 3 % pendant la première année, 2 % la deuxième année, 1 % la troisième année et zéro pour les années ultérieures ou, pour éviter tout risque de contestation de la part des autorités fiscales, prévoir une valeur proche de zéro pour les années suivantes). Ce type d'accord est adapté à notre cas et permet d'éviter toute une série de risques et de coûts fiscaux dans la mesure où aucun transfert de biens incorporels n'est à constater et que, par conséquent, aucune plus-value n'est à enregistrer. De plus, le montant des redevances est pleinement déductible et ce versement est parfaitement corrélé avec la réalité du modèle économique issu de la nouvelle organisation du groupe. En tout état de cause, ce modèle doit être défini et adapté en fonction de chaque type d'activité et des relations contractuelles en cause.

Conclusion

Cette étude se veut l'illustration d'une restructuration réussie, qui permet de réduire significativement le poids de l'IS global du groupe. Dans le cas étudié, la technique proposée a consisté à localiser les profits dans le pays où se situait le point central décisionnel, à savoir la France. En tout état de cause, les restructurations des groupes internationaux doivent toujours être préparées et mises en place avec un grand luxe de précautions. Ce n'est d'ailleurs qu'en respectant l'essence économique de l'activité du groupe que la restructuration peut être justifiée. Au contraire, les restructurations décidées à la hâte, sans réflexion préalable, peuvent conduire à des effets désastreux. Pour cette raison, de telles opérations exigent une fine analyse juridique, un examen approfondi des enjeux économiques ainsi qu'une étude des conséquences fiscales à chaque étape de la réorganisation.

L'intérêt de préparer une documentation complète avant d'envisager une restructuration s'avère particulièrement utile. Cette documentation a essentiellement pour fonction de s'assurer que les relations entre les sociétés liées sont bien conformes aux termes des contrats existants, afin d'éviter toute contestation de la part des administrations fiscales. Une documentation appropriée permet également de justifier que les contrats ont été résiliés dans le respect du principe de pleine concurrence et qu'ils reflètent de manière adéquate la réalité des transactions.

La préparation de cette documentation aboutit sans conteste à de meilleurs résultats si elle est réalisée avant la mise en œuvre de la restructuration. C'est en effet précisément à ce moment-là que les risques fiscaux sont le plus facilement identifiables et que des solutions adaptées peuvent être trouvées et mises en place. Enfin, une documentation appropriée peut s'avérer très utile pendant les contrôles fiscaux qui, bien souvent, n'auront lieu que deux ou trois ans après la restructuration. Dans ce cas, elle permet de rappeler à chacun des participants les raisons économiques qui ont conduit à la mise en œuvre de la restructuration et elle constitue un soutien solide pour défendre le mode d'évaluation des biens incorporels identifiés.

Jochem de Koning

CMS Derks Star Busmann
jochem.dekoning@cms-dsb.com

Nick Foster-Taylor
CMS Cameron McKenna
nick.foster-taylor@cms-cmck.com

Stéphane Gelin
CMS Bureau Francis Lefebvre
stephane.gelin@cms-bfl.com

Ana Jiménez Requena
CMS Albiñana & Suárez de Lezo
ana.jimenez@cms-asl.com

Angelika Thies
CMS Hasche Sigle
angelika.thies@cms-hs.com

Optimisation de la gestion des déficits

La crise économique et financière a fait naître, chez de nombreuses sociétés, des déficits fiscaux importants. Ces déficits ont remis en cause la politique fiscale de ces sociétés mais aussi celle des groupes auxquels elles appartiennent.

Se pose alors la question de la gestion de ces déficits dans un contexte international. Avant d'aborder les solutions pratiques permettant d'obtenir des allègements fiscaux transfrontaliers, les intervenants ont recensé pour les comparer les différents régimes fiscaux de consolidation fiscale qu'ils soient internes ou internationaux existant dans les différents États couverts, ainsi que la façon dont ces États européens intègrent dans leur réglementation ou leur pratique administrative l'arrêt de la Cour de justice de l'Union Européenne Marks & Spencer. Les intervenants ont également dressé un état des récents développements européens dans ce domaine (avec notamment l'examen de la récente affaire X-Holding BV à l'ACCIS européenne, CCCTB en anglais).

Approche en droit interne des pertes d'exploitation nettes et du régime de l'intégration fiscale des groupes

Traitement des pertes d'exploitation nettes

Le traitement en droit interne des pertes d'exploitations nettes, ci-après déficits ou pertes, est résumé dans le tableau qui suit. Seuls certains États, tels que la France, l'Allemagne, les Pays-Bas et le Royaume-Uni, autorisent le report en arrière des déficits. Le report en avant des déficits peut, quant à lui, être limité dans le temps (Italie : 5 ans, Pays-Bas : 9 ans, Russie : 10 ans, Espagne : 15 ans, Suisse : 7 ans).

	Taux effectif d'impôt sur les sociétés	Report	Limitation fondée sur le changement de contrôle ou le changement d'activité de la société	Report rétrospectif
Allemagne	30-33 %	Pas de limite de temps. Seulement jusqu'à 60 % des bénéfices au delà de 1M EUR	Changement de propriété > 25 % et < 50 % – annulation partielle Changement de propriété > 50 % – annulation totale	1 an et jusqu'à 511.500 EUR – remboursement d'impôt
Autriche	25 %	Pas de limite de temps	Changement de la structure de l'actionariat (75 %), des structures organisationnelles et économiques	Non
Belgique	33,99 %	Pas de limite de temps	Changement de contrôle (50 %) sans besoin légitime économique ou financier	Non
Espagne	30 %	15 ans	Changement de contrôle si la société vendue n'a pas développé d'activité économique avant le changement	Non
France	34,43 %	Pas de limite de temps	Changement profond de l'activité	3 ans – remboursement après cinq ans (remboursement immédiat en 2009 du fait de la crise financière)
Italie	27,5 %	5 ans	Changement de contrôle et d'activité	Non
Pays-Bas	20-25,5 %	9 ans	Changement de propriété (30 %) et baisse de l'activité d'au moins 70 %	1 an (prolongé à 3 ans du fait de la crise financière) – remboursement d'impôt
Royaume-Uni	21-28 %	Pas de limite de temps	Changement de contrôle et changement majeur dans la nature et la conduite des activités	1 an – remboursement d'impôt
Russie	20 %	10 ans	Non	Non
Suisse	12,66-24,24 %	7 ans	Non	Non

La « valeur » des déficits est fonction du taux d'imposition de l'État où ils sont constatés, ainsi que du délai nécessaire pour les apurer et des limitations à cette utilisation prévue par la réglementation en vigueur. En Italie par exemple, les déficits peuvent être reportés en avant pendant cinq ans seulement, sauf s'il s'agit de déficits constatés au cours des trois années fiscales qui suivent la création de la société et dans la mesure où l'activité est réellement nouvelle. Il n'existe alors pas de limitation dans le temps de ces pertes de démarrage.

Les entreprises peuvent réaliser certaines opérations dans le but d'extérioriser des bénéfices et d'apurer les déficits sur le point de devenir caducs, mais les opérations en cause doivent présenter un objectif commercial réel et ne pas être considérées comme abusives.

Certains déficits peuvent ne plus être utilisables, et le tableau ci-dessus illustre cette hypothèse. Deux événements entraînent d'une façon générale la perte totale ou partielle des déficits reportables : le changement de contrôle et/ou le changement d'activité. Les États adoptent en la matière des réglementations différentes. Les Pays-Bas, par exemple, prennent en compte les deux éléments : les déficits ne peuvent plus être utilisés lorsque la part de détention du bénéficiaire économique varie de 30 % ou plus, et lorsque l'activité ayant généré les déficits est réduite de 70 % au moins. La loi néerlandaise comporte en la matière une réglementation riche et détaillée, comprenant certaines exceptions particulières.

L'approche française et l'approche britannique du changement d'activité sont aussi très différentes. En France, l'accent est mis sur le changement d'activité, c'est-à-dire sur l'importance de ce changement, alors qu'au Royaume-Uni, c'est la façon de conduire les activités qui sera déterminante :

— En France, le changement d'activité signifie un changement d'activité commerciale : par exemple, une entreprise spécialisée dans la vente de composants électroniques change radicalement d'activité pour devenir un restaurant, ou bien elle reste dans le même secteur d'activité (l'électronique) mais, de fabricant, elle devient distributeur. Cependant, il n'y aura pas

changement complet d'activité si la société exerce plusieurs activités et que le « poids » de chacune d'entre elles dans le chiffre d'affaires global est modifié

— Au Royaume-Uni, la notion de changement d'activité est appréciée de façon plus stricte qu'en France : il y aura changement d'activité si, en reprenant l'exemple précédent, l'entreprise poursuit son activité de vente de composants électroniques mais cesse de les vendre à des distributeurs pour les céder directement aux consommateurs (changement d'activité commerciale de la distribution à la vente au détail).

Lorsque la perte des déficits est due à un changement de contrôle, la situation est généralement bien tranchée : la perte des déficits est totale ou n'est pas. Le régime allemand constitue une exception notable en prévoyant qu'en cas de changement partiel de détention, seule une partie des déficits est perdue. Les déficits en report seront ainsi annulés (en tout ou partie) en cas d'acquisition « dommageable » d'une participation dans la société. Une acquisition est présumée dommageable lorsque plus de 25 % (avec comme conséquence la perte partielle des déficits reportables) ou plus de 50 % (avec comme conséquence la perte totale des déficits reportables) du capital ou des droits de vote d'une société sont transférés directement ou indirectement sur une période de 5 ans à un même acheteur. Est considéré comme un acheteur unique, un groupe constitué de l'acheteur et de parties qui lui sont liées ou un groupe de personnes qui ont un intérêt commun à acquérir le capital ou les droits de vote de la société. Un transfert de parts sociales ou de droits de vote ne sera toutefois pas considéré comme une acquisition dommageable, sous certaines conditions, si notamment le transfert est effectué dans le but d'éviter l'insolvabilité de la société.

En résumé, les changements de contrôles directs mais aussi indirects peuvent affecter le montant des déficits reportables en Allemagne, c'est pourquoi il est important de toujours suivre les modifications affectant la chaîne de contrôle/propriété.

Régime de droit interne relatif à l'intégration fiscale des groupes

	Impôt sur les sociétés (IS)	Intégration fiscale des groupes	Optionnel	Détention	Périmètre obligatoire	Qui possède les pertes ?
Allemagne	30-33 %	Oui	Oui	> 50 %		Société mère
Autriche	25 %	Oui	Oui	> 50 %	Non	Société mère
Belgique	33,99 %	Non	N/A	N/A	N/A	N/A
Espagne	30 %	Oui	Oui	75 %	Non	Société mère
France	34,43 %	Oui	Oui	95 %	Non	Société mère
Italie	27,5 %	Oui	Oui	> 50 %	Non	Société mère
Pays-Bas	20-25,5 %	Oui	Oui	95 %		Société mère
Royaume-Uni	21-28 %	Oui (allègement pour le groupe)	Oui	75 %	Non	Société rentable
Russie	20 %	Non	N/A	N/A	N/A	N/A
Suisse	12,66-24,24 %	Non	N/A	N/A	N/A	N/A

La consolidation fiscale n'est pas uniforme. Il existe plusieurs conceptions. La plupart des États ont adopté un système d'unité fiscale ou d'intégration fiscale conduisant à avoir une société mère consolidante réputée être un unique contribuable pour toutes les sociétés membres du groupe. Le système anglo-saxon de *group relief* (également présent en Irlande ou Chypre) est différent. Il consiste à aménager la possibilité pour les sociétés d'un groupe fiscal de s'attribuer les unes aux autres des bénéfices ou pertes aux fins fiscales afin de réaliser des consolidations ciblées. Certains pays n'ont toujours pas de système de consolidation fiscale comme la Belgique, la Russie, ou la Suisse. Il convient donc en pratique de recourir aux sociétés de personnes pour réaliser une consolidation fiscale « naturelle ».

Le régime mis en place au Royaume-Uni constitue un exemple typique d'allègement fiscal accordé à un groupe. Le régime prévoit que les déficits d'un exercice donné peuvent être transférés aux membres – à 75 % – d'un même groupe. Les pertes en capital ne peuvent pas être transférées à des membres du groupe, mais il peut être décidé que les moins-values seront traitées comme ayant été réalisées par un autre membre du groupe (de façon à ce qu'elles soient traitées comme étant constatées par la société disposant de déficits en report). Une compensation financière égale à la valeur fiscale des pertes transférées de l'exercice considéré est généralement prévue. Ces versements sont fiscalement neutres.

Les caractéristiques du régime britannique sont (i) qu'il est optionnel, (ii) que son périmètre n'est pas fixé par la loi à titre obligatoire (vous choisissez le volume de déficit à transférer et la société du groupe à qui il sera transmis) et

(iii) que différents critères sont prévus pour vérifier l'existence d'un groupe fiscal, tel que défini par le droit national (sur ce dernier point, il est important de savoir qui est l'actionnaire, qui détient les droits de vote et le droit de recevoir des dividendes ou les actifs en cas de liquidation).

Les pays adoptent différents seuils à partir desquels l'intégration peut s'appliquer.

Un autre point à souligner est l'importance accordée à la notion de propriétaire du déficit. C'est particulièrement vrai lorsque les États n'ont pas de système de consolidation fiscale (mais pratiquent des abattements : *group relief*), et c'est aussi important pour tenir compte des conséquences de l'entrée dans le régime ou de la sortie du groupe (à la fois pour les déficits nés en période d'intégration ou pour ceux nés avant intégration).

En Allemagne, en cas de sortie du régime, il existe une distinction entre les déficits nés avant intégration (ils sont « gelés » pendant l'application du régime mais restent reportables en avant sans limitation dans le temps) et les déficits nés pendant la période d'intégration (le propriétaire des déficits étant la société contrôlante).

Consolidation fiscale internationale et abattement fiscal transfrontière

Consolidation fiscale internationale

Un régime de consolidation fiscale internationale est prévu par les législations fiscales autrichienne, française, italienne et néerlandaise.

Optionnel	Société parent	Décision Ruling administratif	Détention	Périmètre obligatoire	Durée	Degré	Récupération des pertes étrangères
Autriche Impôt sur les sociétés : 25 %	Société locale ou ES d'une société étrangère de l'EEE	Non	50 %	Non	3 ans	Total	Sortie utilisation locale
France Impôt sur les sociétés : 33,33 %	Société locale (régime du bénéfice consolidé)	Oui discrétionnaire	50 %	Oui	5 ans	Proportionnel	Sortie utilisation locale
Danemark Impôt sur les sociétés : 25 %	Société locale	Non	Contrôle	Oui	10 ans	Total	Sortie anticipée
Italie Impôt sur les sociétés : 27,5 %	Société locale cotée, détenue directement/ indirectement par une société anonyme ou un particulier résident	Oui	51 %	Oui	Irrévocable pour au moins 5 ans et renouvelable pour des périodes de 3 ans	Proportionnel	Sortie utilisation locale

Le groupe qui souhaite se placer sous un régime d'intégration fiscale internationale doit préalablement se poser les questions suivantes :

- Le groupe remplit-il toutes les conditions lui permettant d'opter ?
- Le régime est-il optionnel ?
- Un agrément ou un ruling sont-ils nécessaires ?
- Le périmètre peut-il être librement déterminé ou est-il automatique dès lors que les conditions pour entrer dans le groupe sont remplies ?
- Quelle est la durée d'une option pour le régime ?
- Comment fonctionne le régime ? La prise en compte des résultats est-elle proportionnelle ? Quid des crédits d'impôt étrangers ?
- Quelle utilisation pour les déficits transfrontaliers ?
- Les transactions intragroupes sont-elles neutralisées ?

Ce choix doit être fait au cas par cas en fonction de la situation fiscale du groupe et du régime pressenti.

Comme pour les régimes d'intégration fiscale nationale, il existe des conditions spécifiques à remplir pour bénéficier des régimes d'intégration fiscale internationale : pourcentage de détention, durée, nécessité d'obtenir un ruling, périmètre.

L'intérêt principal de ces régimes est la possibilité de consolider les revenus imposables et de compenser ainsi les bénéfices et les pertes de toutes les entités étrangères participant au régime. Il est généralement admis de pouvoir compenser le montant total des déficits d'une filiale quel que soit le pourcentage de participation.

Les pertes utilisées par la mère consolidante sont généralement reprises lorsqu'elles sont effectivement utilisées par la filiale déficitaire. Les régimes français (régime du bénéfice consolidé) et italien prévoient que le montant

des déficits transférés est proportionnel au degré de participation. Une période minimale et/ou maximale d'application du régime est parfois prévue. Un ruling est obligatoire pour les groupes italiens et français, mais ce n'est pas le cas en Autriche et au Danemark.

En cas d'option pour un régime d'intégration mondiale, il n'est pas possible, ni en Italie, ni en France, de sélectionner les filiales ou les établissements stables à intégrer (c'est le principe du tout ou rien). Dès lors qu'elles remplissent le critère de seuil de détention, toutes les filiales concernées doivent être intégrées. Cependant, ces régimes sont rarement utilisés en France et en Italie. En France, moins de dix groupes l'ont choisi. Le ruling est discrétionnaire et seuls les groupes basés en France sont éligibles. Il en est de même en ce qui concerne l'Italie.

Le régime autrichien apparaît être le plus séduisant puisqu'il ne consolide au titre des filiales étrangères que les pertes, que la consolidation est intégrale alors qu'il suffit de détenir plus de 50 % du capital pour être membre, que l'option ne vaut que pour trois ans et que le choix du périmètre est libre.

La perspective internationale

Une autre question est de déterminer si, en marge des régimes de consolidation internationale, existent des possibilités en droit interne pour une société de déduire les pertes réalisées dans un autre État au travers par exemple d'un établissement stable. L'Italie et le Royaume-Uni ont un système de prise en compte chez l'entreprise (État du siège) des revenus et des pertes étrangers. En Allemagne et en France, l'application d'un principe de territorialité interdit (sous réserve de quelques exceptions) aux sociétés de prendre en compte dans l'État du siège (par exemple, France ou Allemagne) les bénéfices ou les pertes des établissements stables étrangers.

En Belgique, les pertes de l'établissement stables peuvent être déduites des résultats de la société belge si elles ne sont pas utilisées dans le pays de l'établissement stable.

La situation est un peu différente – hormis ce qui sera dit plus loin sur Marks & Spencer – lorsqu'il ne s'agit pas d'un établissement stable mais d'une filiale étrangère. Dans ce cas, la règle de territorialité prime en général hormis en ce qui concerne le Royaume-Uni.

Le régime de *group relief* est étendu aux filiales étrangères établies dans un État membre de l'Union Européenne avec possibilité de déduire au Royaume-Uni les pertes de ces dernières, à la stricte condition que l'on puisse démontrer qu'il est réellement impossible d'utiliser localement lesdites pertes. La définition de « toutes les mesures possibles » n'est pas claire. Par exemple, cela signifie-t-il qu'il est impossible d'obtenir la remontée des pertes lorsque les déficits étrangers sont reportables indéfiniment (sauf faillites) ?

Tout ce qui précède devra être pris en compte au cas par cas lorsqu'un groupe décidera de constituer une filiale ou un établissement stable à l'étranger. Bien évidemment

d'autres facteurs pertinents devront être pris en compte, en particulier les aspects non fiscaux de cette création.

Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne

Étudions maintenant l'impact des décisions de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) et, notamment celui de la jurisprudence Marks & Spencer (solution réelle ou théorique?) au vu, en particulier, de la récente décision X-Holding BV (C-337/08) rendue par la CJUE le 25 février 2010.

Selon la décision Marks & Spencer, la déduction au Royaume-Uni devrait être accordée dans le cadre du régime de *group relief* à raison des pertes de filiales étrangères qui ne peuvent pas être utilisées dans leur État d'établissement. Le Royaume-Uni a adapté sa législation après la publication de la décision Marks & Spencer, mais de façon tellement restrictive comme nous venons de le voir que la question de sa conformité avec le droit européen se pose encore.

L'application de cette décision dans les différents États doit être examinée au cas par cas, car elle dépend des régimes fiscaux internes de chaque État de l'Union Européenne.

	Taux effectif d'impôt sur les sociétés	Application de Marks & Spencer
Allemagne	30-33 %	Oui, sous réserve de contentieux
Autriche	25 %	La consolidation fiscale nationale/internationale optionnelle existe.
Belgique	33,99 %	Non
Espagne	30 %	Oui, sous réserve de contentieux
France	34,43 %	Oui, sous réserve de contentieux
Italie	27,5 %	Oui, sous réserve de contentieux
Pays-Bas	20-25,5 %	Oui, sous réserve de contentieux
Royaume-Uni	21-28 %	Oui en application de loi, mais très restrictivement
Russie	20 %	N/A (n'est pas un État membre de l'UE)
Suisse	12,66-24,24 %	N/A (n'est pas un État membre de l'UE)

Or les règles d'application de tous ces régimes sont assez complexes. En France et en Italie, la décision Marks & Spencer peut s'avérer une alternative utile aux régimes d'intégration fiscale internationale.

En France, les jurisprudences Marks & Spencer et Lidl Belgique relatives à des pertes de filiales et d'établissements stables étrangers n'ont pas été introduites en droit interne, ce qui n'empêche pas certains groupes de déduire en France (dans le cadre de l'intégration fiscale en ce qui concerne les pertes des filiales étrangères) les pertes étrangères dès lors qu'elles ne peuvent pas ou ne peuvent plus être utilisées par la filiale ou l'établissement stable. On constate la même pratique en Allemagne.

La CJUE a récemment jugé dans la décision X-Holding BV (C-337/08, 25 février 2010) qu'une société néerlandaise tête de groupe ne pouvait pas utiliser les déficits fiscaux de sa filiale belge comme elle aurait pu le faire si la filiale avait été un établissement stable de la société néerlandaise. Dans cet arrêt, il n'est pas précisé si les pertes belges pouvaient ou non être utilisées en Belgique contrairement à Marks & Spencer où elles ne pouvaient pas être utilisées localement.

La CJUE reconnaît qu'il y a là restriction à la liberté d'établissement, mais juge que celle-ci est justifiée par la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition.

La Cour juge ainsi sans se préoccuper de la possibilité ou de l'impossibilité de déduire les pertes deux fois,

et n'exige pas non plus que les restrictions soient justifiées par la nécessité de prévenir l'évasion fiscale.

Par cette décision, la Cour empêche l'utilisation des pertes étrangères par un groupe fiscal dès lors que celui-ci a le choix de l'entité à laquelle allouer la perte (ou le bénéfice) et que l'État membre de la société mère ne permet pas lui-même cette utilisation.

La solution est discutable. Toutefois, la décision X-Holding ne semble pas remettre en cause l'arrêt Marks & Spencer lorsque les pertes étrangères sont inutilisables dans le pays d'établissement de la filiale générant la perte.

Il apparaît que cette décision marque simplement une évolution plus restrictive de la jurisprudence de la CJUE par rapport à l'arrêt Marks & Spencer, évolution qui se dessinait déjà dans les arrêts Oy AA, Truck Center et SGI.

Solutions pratiques d'utilisation des pertes

Parmi les solutions pratiques permettant l'utilisation des déficits on peut citer la réévaluation, ou les opérations de cession ou de crédit-bail (« lease back »).

Les réévaluations permettent de facilement compenser les plus-values extériorisées à cette occasion avec les déficits en report. Cependant, seuls quelques États admettent l'externalisation de plus-values en l'absence de cession. C'est le cas en France avec la réévaluation libre (excluant les biens immatériels et le stock), solution qui n'est jamais utilisée en pratique.

En Autriche, il est possible de changer les règles comptables applicables à la valorisation des stocks, ce qui offre une opportunité intéressante. Cependant, le principe de cohérence des valorisations s'oppose à ce que cette solution soit utilisée de façon récurrente.

Les cessions ou opérations de crédit-bail peuvent aussi être utilisées mais avec le souci de toujours respecter le principe de pleine concurrence, et doivent, pour éviter d'être regardées comme abusives, être justifiées par un objectif commercial réel.

Précisons que le Royaume-Uni ne permet pas la compensation des déficits en report avec les plus-values. Un autre moyen d'utiliser les déficits reportables consiste à renoncer à demander le remboursement de créances. Cette situation peut s'avérer favorable dans un contexte

international lorsque, en particulier, l'abandon de créance est fiscalement déductible dans l'État qui le consent, sans être imposable au niveau de la filiale qui bénéficie de cette renonciation.

Enfin, nous attirons votre attention, dans ce contexte d'utilisation des pertes étrangères, sur la potentielle importance des coûts liés aux flux internationaux, et en particulier les retenues à la source sur les dividendes, les intérêts ou les redevances qui ne peuvent généralement pas être récupérés sauf réorganisation des flux.

Debt push up/down

Les techniques de debt push up et de debt push down par des ventes d'actifs (généralement des actions) contre des reconnaissances de dette sont deux moyens de transférer les frais financiers d'une société déficitaire à une société bénéficiaire (que ce soit de la filiale à la holding ou de la holding à la filiale), mais à condition que les termes de la transaction respectent le principe de pleine concurrence, que la transaction ait un objectif commercial, et que les règles de sous-capitalisation soient respectées.

Ainsi, la société bénéficiaire acquéreuse réduit son résultat fiscal de la charge de l'emprunt contracté alors que la société vendeuse n'est pas taxée sur les intérêts reçus grâce aux déficits reportables.

Lorsque la vente porte sur une participation substantielle, l'exonération de la plus-value permettra d'améliorer encore l'opération.

Giovanni Cali

CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni
giovanni.cali@cms-aacs.com

Michel Collet

CMS Bureau Francis Lefebvre
michel.collet@cms-bfl.com

Eric De Plaen
CMS DeBacker
eric.deplaen@cms-db.com

Thomas Link
CMS Hasche Sigle
thomas.link@cms-hs.com

Mark Nichols
CMS Cameron McKenna
mark.nichols@cms-cmck.com

Nouvelles tendances et approches fiscales

Abus de droit et optimisation fiscale internationale

Bien que l'optimisation fiscale internationale soit en général reconnue comme légitime, encore faut-il qu'elle ne puisse pas être considérée comme excessive. Les États membres de l'Union Européenne ont ainsi mis en place de nombreuses règles anti-abus, dont certaines, très spécifiques, ne s'appliquent qu'à des situations limitativement énumérées. C'est le cas, par exemple, des règles refusant l'application d'un régime de participation-exemption, des règles « CFC » (Controlled Foreign Corporations) telles que l'article 209 B du Code général des impôts en France, et des clauses de bénéficiaire effectif contenues dans les conventions fiscales. Les autres règles ont un champ d'application plus étendu, et sont généralement désignées par les termes d'abus de droit, de fraude à la loi ou de règle générale anti-abus. Dans de nombreux États, ces règles générales anti-évasion fiscale résultent d'une construction jurisprudentielle et non pas des textes de loi.

En la matière, on pourra utilement se reporter à la présentation générale des grandes différences entre États membres, qui fait l'objet de l'édition de juillet 2009 de CMS Tax Connect.

Les trois cas suivants donnent un aperçu intéressant de l'application pratique de certaines règles internes.

Cas 1 : financement intra-groupe

Une société établie dans l'Union Européenne constitue une filiale en Belgique qui consent des prêts aux autres sociétés du groupe.

L'apport en capital à la filiale est financé par un prêt bancaire souscrit localement par la société mère, et les intérêts payés à la banque peuvent généralement être déduits fiscalement.

En Belgique, l'apport en capital ouvre droit à la déduction d'un intérêt « notionnel », ce qui permet de réduire la base imposable (intérêts reçus des filiales du groupe moins intérêt notionnel) aux alentours de zéro. L'intérêt notionnel, qui était calculé au taux de 4,473 % en 2009, verra son taux réduit à 3,8 % à compter de 2010.

Si la société mère est établie en France, aucune règle spéciale ne s'oppose à la déduction de l'intérêt versé à la banque et/ou à l'exonération des dividendes. Les règles CFC françaises ne s'appliquent à une filiale établie dans l'UE que si cette filiale constitue un montage purement artificiel visant à l'évasion fiscale, ce qui ne paraît pas pouvoir être soutenu (sauf si la filiale belge est dépourvue de toute substance économique). En ce qui concerne l'abus de droit, il n'y a pas

de simulation dans cette situation, mais la discussion peut porter sur l'existence d'un but exclusivement fiscal et sur la violation de l'intention du législateur.

Si la société mère est établie en Italie, aucune règle spéciale ne s'oppose à la déduction de l'intérêt versé à la banque, mais l'administration fiscale italienne pourrait tenter de s'opposer à l'exonération des dividendes en requalifiant les dividendes versés à la société mère. La discussion tournerait autour du fait que la législation italienne n'autorise pas l'exonération d'un « dividende » lorsque celui-ci est déductible dans l'État de la source. Par ailleurs, les règles CFC italiennes ont été étendues récemment à tous les cas dans lesquels les filiales i) sont établies dans des États ou territoires avec un taux d'imposition effectif de 50 % inférieur à celui qui aurait été appliqué en Italie et ii) tirent plus de 50 % de leurs revenus de certaines activités faisant partie d'une liste limitative comme la détention de titres de participation ou de droits de la propriété intellectuelle, le financement ou les services intragroupe. Elles sont donc applicables sauf s'il peut être démontré, à la faveur d'une demande de rescrit, que cela ne constitue pas un montage artificiel visant à obtenir un avantage fiscal indu. Si cette démonstration est apportée, il est très peu probable que l'administration fiscale cherchera à remettre en cause ce schéma sur le terrain de l'abus de droit.

Si la société mère est établie en Allemagne, la déduction des intérêts payés à la banque est soumise à la règle dite de la barrière d'intérêts. Au-delà de 3 millions d'euros, les intérêts ne sont déductibles qu'à hauteur de 30 % de l'EBITDA. De plus, les règles CFC s'appliquent à la filiale belge si la société n'est pas « active ». L'abus de droit est également applicable, y compris aux cas déjà visés par les règles CFC, mais en pratique l'administration fiscale ne recourt pas à cette arme si les règles de la barrière d'intérêts et CFC ne sont pas applicables. Pour contester sur le terrain de l'abus de droit, l'administration fiscale devrait prouver que la filiale n'a pas d'autre justification économique que l'évasion fiscale, ce qui est plus contraignant que l'application des règles CFC.

Si la société mère est établie aux Pays-Bas, les dividendes que la filiale belge lui verse ne seront pas exonérés. Selon la législation des Pays-Bas, l'exonération des dividendes mère-fille peut être refusée s'agissant de titres de portefeuille, ce qui serait le cas des titres dans la filiale belge si sa seule activité consiste à répondre aux besoins de financement des sociétés du groupe. Cela constitue une différence significative par rapport à la position retenue par les autres États membres de l'UE visés précédemment.

Si la société mère est établie en Espagne, l'administration fiscale pourrait refuser l'exonération des dividendes reçus

de la filiale belge si au moins une des conditions suivantes est remplie : (1) la filiale n'est pas considérée comme ayant une activité d'entreprise ; (2) l'activité de financement de la société belge concerne des emprunteurs espagnols ; (3) la même activité a précédemment été exercée, pour le même marché, par une entreprise espagnole. De plus, du fait que l'imposition effective en Belgique est en deçà de 75 % de l'impôt qui serait dû en Espagne pour la même activité, les règles CFC s'appliquent à moins que le contribuable puisse prouver qu'il n'a pas agi dans un but purement fiscal. Bien que les règles CFC espagnoles soient probablement contraires à la décision Cadbury Schweppes de la CJCE, le contribuable qui contesterait l'application de ces règles sur le terrain de la jurisprudence communautaire aurait peu de chances de succès, au vu de la jurisprudence espagnole actuelle.

Cas 2 : sociétés holding

Les groupes internationaux envisagent souvent de constituer une société holding à l'étranger pour détenir les participations du groupe.

Soit l'exemple d'une société mère établie dans un État A, détenant un pourcentage de participation dans une filiale légèrement inférieur au seuil d'application des règles CFC. L'État de la filiale (État B) est un pays à fiscalité privilégiée et la société mère est exonérée sur les dividendes qu'elle reçoit de B grâce à l'exonération des dividendes mère-fille prévue par la législation de A. La filiale prend des participations minoritaires dans d'autres sociétés. Quels arguments l'administration fiscale de l'État A utilisera-t-elle pour contester ce schéma alors que les règles CFC ne sont pas applicables ?

En France, les CFC s'appliquent lorsque la société mère détient plus de 50 % de la filiale. Mais l'étude de la jurisprudence montre que la règle générale réprimant les abus de droit pourrait être utilement invoquée par l'administration fiscale. Ainsi, l'exonération des dividendes pourrait être refusée si plusieurs conditions sont remplies, et notamment si la filiale établie dans l'État B manque de substance. Selon le Conseil d'État, la filiale B manque de substance si elle est utilisée uniquement comme intermédiaire entre ses actionnaires (ici, A) et X, Y et Z, et s'il n'y a aucune autre justification économique pour B.

En Allemagne, les règles CFC s'appliquent aussi lorsque la société mère détient plus de 50 % de la filiale. La règle générale réprimant les abus de droit reste applicable. Pour contester la structure étudiée sur le terrain de l'abus de droit, l'administration fiscale devra prouver que la filiale n'a pas d'autre justification économique que l'évasion fiscale.

En Italie, les règles CFC s'appliquent lorsque la société mère détient une participation d'au moins 20 %. Bien que ces règles ne s'appliquent pas à la présente situation, il existe un risque que la société holding étrangère soit considérée comme un résident fiscal italien si la plupart des ses dirigeants sont des résidents fiscaux italiens. De plus, l'exonération des dividendes est refusée aux dividendes en provenance de pays à fiscalité avantageuse.

Enfin, du fait que les règles anti-abus légales ne s'appliquent qu'à une liste limitative de transactions (dont on suppose que ce ne sont pas celles qui nous préoccupent), l'administration fiscale italienne pourrait contester cette structure en recourant à la doctrine de l'abus de droit élaborée par la jurisprudence, qui est d'application plus large que les règles légales et s'applique à n'importe quelle structure qui n'a pas d'autre justification économique véritable que la recherche d'un avantage fiscal.

Cas 3 : abus des traités

Les retenues à la source peuvent être un élément très dissuasif pour une société établie dans l'État A qui souhaiterait avoir des relations transfrontalières avec une compagnie située dans un État C. C'est pourquoi un examen attentif des différentes conventions fiscales conclues par l'État C conduit souvent à l'interposition d'une société dans un autre État (B) ayant des conventions fiscales plus favorables avec les États A et C.

La question qui se pose, du point de vue de l'État C, est de savoir si la convention entre B et C contient une clause de bénéficiaire effectif. Une autre question est de savoir si les dispositions anti-abus nationales permettent à l'administration fiscale de refuser l'exonération de retenue à la source sur les paiements de l'État C vers l'État B.

Les arrêts *Indofood International* (Royaume-Uni) et *Bank of Scotland* (France) donnent quelques exemples d'application du concept de bénéficiaire effectif, mais comment ce concept s'applique-t-il en pratique et comment doit-il être combiné avec d'autres clauses anti-abus plus générales ?

En Allemagne, certaines conventions incluent une clause de bénéficiaire effectif couvrant les redevances. Dans tous les cas, le concept d'abus de droit peut être invoqué (pour les redevances mais aussi pour les autres revenus passifs).

En Italie, l'administration fiscale a estimé qu'un OPCVM du Luxembourg, qui était dépourvu de personnalité fiscale et distribuait les revenus qu'il encaissait annuellement à un fonds de pension néerlandais conformément à une clause statutaire, devait être considéré comme transparent et ne pouvait donc se voir appliquer la clause relative aux dividendes de la convention entre l'Italie et le Luxembourg. L'administration fiscale a contesté ce schéma et considéré que (selon les dispositions de la convention fiscale entre l'Italie et le Luxembourg) le bénéficiaire effectif des dividendes italiens était le fonds de pension néerlandais, dès lors qu'il était assujéti à l'impôt même si les règles néerlandaises sur les organismes à but non-lucratif l'en exonéraient.

En France, la plupart des conventions fiscales contiennent des clauses de bénéficiaire effectif pour les redevances, mais pas toujours pour les autres revenus. La jurisprudence du Conseil d'État permet de penser que le test du bénéficiaire effectif s'applique en tout état de cause, que cette disposition figure ou non dans la convention. Toutefois, cette question n'est pas définitivement réglée.

Restitution des retenues à la source et jurisprudence de la CJCE

Le droit de chaque État de prélever des retenues à la source est limité :

- Par les conventions fiscales
- Par la directive mère-filiale du 23 juillet 1990.

En pratique, les modalités d'exonération et de remboursement sont variées et il existe des différences de traitement entre actionnaires selon leur statut fiscal (sociétés, particuliers, organismes sans but lucratif, etc.) avec éventuellement des différences de traitement entre actionnaires résidents et non résidents.

Cas 1 : dividendes payés à une société

Il convient de distinguer deux approches différentes en matière de retenues à la source :

- Dans certains États (ex. France, Italie), la législation prévoit que la retenue à la source n'est due que si le paiement bénéficie à des actionnaires non-résidents
- Dans d'autres États (ex. Allemagne), la législation prévoit que la retenue à la source est due en toute hypothèse mais les actionnaires résidents ont droit à un crédit d'impôt ou à un remboursement de retenue à la source.

Ces deux types de législation sont-elles discriminatoires ?

En Allemagne, une retenue à la source de 25 % est prélevée sur les dividendes payés par les sociétés allemandes, sans considération du niveau de participation et de la résidence de l'actionnaire. Sur la base de la convention fiscale ou de la directive mère-fille, l'actionnaire non-résident peut demander un remboursement de retenue à la source, une exonération ou une limitation de la retenue, sauf lorsque l'actionnaire est une société étrangère :

- Qui n'a pas de substance économique suffisante, ou
- Dont les actionnaires n'auraient pas droit à l'exonération s'ils étaient actionnaires de la société allemande (ex. résident dans un État n'ayant pas conclu de convention fiscale avec l'Allemagne).

Les sociétés allemandes sont exonérées à hauteur de 95 % des dividendes reçus et, pour elles, la retenue à la source est toujours imputable / remboursable.

Y a-t-il là une discrimination prohibée ? La Cour des finances fédérale allemande a jugé (décision du 22 avril 2009) que tel n'est pas le cas : pour elle, quand une société allemande verse des dividendes à son actionnaire société suisse, il est possible de refuser le remboursement intégral de la retenue à la source à cette société étrangère dès lors que :

- La convention fiscale entre l'Allemagne et la Suisse donne le droit d'imposer à l'Allemagne
- La Suisse a seule la responsabilité d'éliminer la double imposition.

Il faut toutefois noter que la Commission européenne (2004/4349) poursuit l'Allemagne devant la CJCE, sur la base de la décision Denkavit.

En France, seuls les dividendes versés à des non-résidents sont soumis à la retenue à la source, avec les limitations prévues

par les conventions fiscales ou la convention mère-fille.

Les sociétés résidentes sont exonérées à hauteur de 95 % des dividendes reçus lorsque la participation est supérieure à 5 %. Dans la décision Denkavit, la CJCE a jugé (et l'administration fiscale s'y est rangée) qu'imposer une société étrangère actionnaire davantage que les actionnaires résidents est prohibé par le droit de l'Union Européenne sauf si la convention fiscale prévoit un crédit d'impôt dans l'État de résidence de l'actionnaire permettant de rétablir l'égalité de traitement.

En Italie, il existait une discrimination entre sociétés actionnaires selon qu'elles étaient résidentes ou non-résidentes. Cette discrimination a été condamnée par la Cour de justice (CJCE, aff. C-540/07 Comm. c/ Italie du 19 novembre 2009). Le taux de retenue à la source de 27 % est désormais réduit à 1,375 % (taux de l'IS = 27,5 % x 5 % = part taxable des dividendes) pour les dividendes versés à des sociétés mères de l'UE/EEE. Toutefois, cette réduction ne s'applique qu'aux distributions réalisées depuis 2008. Ainsi, il existe encore une possibilité de réclamer un remboursement des suppléments de retenue à la source acquittés au cours des 48 derniers mois.

La Commission a critiqué le traitement que certains États (ex. Autriche, Belgique, Bulgarie, Espagne, Luxembourg) réservent/réservaient aux dividendes sortants versés à des sociétés de l'UE ou bien de l'EEE.

Cas 2 : revenus payés à / plus-values réalisées par des fonds de pension

Les revenus payés à des fonds de pension, et les plus-values réalisées par des fonds de pension (et par les autres organismes sans but lucratif) bénéficient souvent d'un traitement fiscal favorable, auquel ne peuvent pas toujours prétendre les fonds de pension non-résidents.

Les sociétés qui versent des dividendes à des fonds de pension non-résidents (ou ces fonds eux-mêmes) peuvent-ils réclamer un remboursement d'impôt ?

En Allemagne, la loi stipule que l'exonération d'impôt ne s'applique qu'aux organismes sans but lucratif qui sont résidents (ceci vaut aussi pour les fonds de pension). Mais dans l'affaire Centro di Musicologia Walter Stauffer, une fondation italienne percevant des revenus locatifs d'un immeuble situé en Allemagne a réclaté le bénéfice de l'exonération d'impôt sur les sociétés prévue en faveur des organismes sans but lucratif et la CJCE a rendu une décision en faveur de la fondation italienne (aff. C-386/04, 14 septembre 2006).

En France, les fonds de pension résidents bénéficiaient jusqu'à récemment d'une exonération générale d'impôt sur les sociétés. Ils bénéficiaient d'une exonération sur les dividendes de source française (à l'exception des dividendes distribués par les sociétés immobilières, taxés au taux de 10 %) et d'une exonération sur les plus-values. S'agissant des dividendes payés aux fonds de pension non-résidents, une retenue à la source était prélevée au taux de 25 %. Les plus-values réalisées par un fonds de pension non-résident étaient en principe exonérées ou taxées au taux suivants (sous réserve de l'application des conventions) :

- 25 % si la participation était substantielle
- 16 % sur les plus-values immobilières (cession d'immeuble ou de parts dans une société immobilière).

Le raisonnement énoncé dans l'affaire *Stichting Unilever* (Arrêt CE du 13 février 2009 n°298108) condamne la discrimination entre fonds de pension résidents et non résidents. La législation a en conséquence été modifiée, par une hausse de l'imposition à la charge des fonds de pension résidents. Les fonds non-résidents sont désormais soumis aux mêmes taux que les fonds résidents, mais une réclamation portant sur le passé (retenues pratiquées depuis le 1^{er} janvier 2006) reste ouverte.

En Italie, la retenue à la source sur les dividendes payés à des fonds de pension résidents était (jusqu'au 28 juillet 2009) plus élevée (27 %) que la retenue sur les dividendes payés à des fonds de pension italiens (11 %). Après que la Commission ait critiqué cette discrimination, la retenue à la source sur les dividendes versés à des fonds de pension de l'UE ou de l'EEE a été réduite, passant de 27 % à 11 %. Une réclamation portant sur les 48 derniers mois reste ouverte.

La Commission a critiqué des discriminations similaires dans de nombreux autres États européens, comme l'Autriche, la République tchèque, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la Lituanie, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la Slovaquie, la Suède.

Comment les contribuables peuvent recourir à la CEDH pour faire valoir leur droit au crédit d'impôt (CI)

La CEDH est surtout utilisée pour contester la procédure contentieuse et les pénalités fiscales. Les articles les plus utilisés dans les affaires fiscales sont :

- Article 6 : droit au procès équitable
- Article 8 : droit au respect de la vie privée et familiale
- Article 1P1 : droit de propriété
- Article 14 : non discrimination

La Cour européenne des droits de l'homme a jugé à plusieurs reprises que la créance de crédit d'impôt est un « bien » au sens de l'art. 1P1 :

- Dans l'affaire *Dangeville* (16 avril 2002), la société avait à tout le moins une espérance légitime d'obtenir le remboursement de la somme en cause.
- Dans l'affaire *Buffalo Srl* (3 juillet 2003), le retard de remboursement du crédit d'impôt avait été considéré comme une violation de l'art. 1P1.
- Dans l'affaire *Intersplav* (9 janvier 2007), le droit au remboursement d'un crédit de TVA a été considéré comme un bien, même lorsqu'aucune procédure n'a été engagée devant les tribunaux.

La Convention européenne des droits de l'homme peut-elle être utile dans un cas où le bénéfice d'un crédit d'impôt étranger (octroyé par la convention en contrepartie de la retenue prélevée à la source) a été refusé ?

Cas 1 : pas d'utilisation du CI pour cause de déficits fiscaux

En l'absence d'impôt dû (déficits fiscaux), la législation de l'Italie et celle de l'Allemagne permettent de reporter le CI en arrière ou en avant, de telle sorte que, dans la plupart des cas, la difficulté ne porte que sur le délai d'utilisation de la créance de CI.

A l'inverse, en France, il n'y a ni remboursement ni report du CI. Il n'est même pas possible de déduire de la base imposable la retenue opérée par l'État de la source.

Cas 2 : utilisation limitée du CI pour cause de règles internes de calcul

Le bénéfice du CI étranger est souvent limité par une règle spéciale de calcul communément appelée « règle du butoir ». En France, en Allemagne ainsi qu'au Royaume-Uni par exemple, le CI étranger est calculé après déduction des dépenses relatives au revenu étranger. Le CI étranger est limité à l'impôt dû sur le revenu perçu. Ainsi, pour une société qui reçoit 200 de redevances et qui peut déduire 100 à raison des dépenses se rapportant à ces revenus, le CI étranger peut seulement s'imputer à hauteur de 100 multiplié par le taux de l'IS.

Discussion

Dans ces deux cas, le droit de l'UE n'est pas d'un grand secours contre les règles limitant le bénéfice du CI dans l'État de résidence. La CJCE a jugé à plusieurs reprises que le droit de l'UE ne s'oppose pas à une convention fiscale bilatérale qui prévoit que i) le revenu ayant sa source dans un État membre et reçu par une personne résident dans un autre État membre peut être taxé dans les deux États membres, et ii) l'État membre dans lequel le contribuable réside n'a pas l'obligation d'éliminer la double imposition juridique (voir C-513/04, 14 novembre 2006, *Kerckhaert-Morres*, et C-128/08, 16 juillet 2009, *Damseaux*).

Les contribuables auront donc sans doute intérêt à fonder leurs demandes sur l'invocation de la Convention européenne des droits de l'homme, en profitant de la jurisprudence de la CEDH mentionnée ci-dessus. Le CI peut être qualifié de bien au sens de l'art. 1P1, et les règles limitant le bénéfice du CI peuvent être considérées comme une entrave au droit de propriété garanti par cet article.

Stéphane Austry
CMS Bureau Francis Lefebvre
stephane.austry@cms-bfl.com

Daniel Gutmann
CMS Bureau Francis Lefebvre
daniel.gutmann@cms-bfl.com

Carlo Romano
CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni
carlo.romano@cms-aacs.com

Wolf-Georg von Rechenberg
CMS Hasche Sigle
wolf-georg.vonrechenberg@cms-hs.com

Le Paquet TVA

Le groupe de travail TVA a recensé les difficultés identifiées pour la mise en œuvre des nouvelles règles de territorialité des prestations de services applicables dans l'ensemble des États membres depuis le 1^{er} janvier 2010.

Sur la base des constats déjà effectués par les spécialistes de TVA de CMS, les intervenants ont pu comparer l'interprétation des règles communes et confronter leurs points de vue sur la mise en œuvre de la nouvelle réglementation en ce qui concerne :

- L'état d'avancement de la transposition et les orientations données par les autorités fiscales des différents États membres de l'Union
- La détermination du lieu d'imposition des services
- Le redevable de la TVA
- Les nouvelles obligations des opérateurs économiques
- La procédure de remboursement aux entreprises étrangères.

Le travail du groupe porte exclusivement sur les relations entre professionnels (B to B).

L'état d'avancement de la transposition des directives

Le « Paquet TVA » désigne un ensemble de trois directives et de deux règlements communautaires comportant trois volets (lieu d'imposition des services, remboursement de la TVA aux entreprises étrangères et lutte contre la fraude), dont l'essentiel des dispositions est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2010.

Les règles relatives au lieu d'imposition des prestations de services sont désormais différentes selon que le service est rendu à un assujéti ou à une personne morale non assujétiée mais identifiée à la TVA (B to B) ou à un non assujéti (B to C). Pour les premières, le lieu d'imposition du service est en principe situé au lieu d'établissement du preneur qui devient le redevable de la TVA si son prestataire n'est pas établi dans le même État.

Le lieu d'imposition demeure en revanche en principe celui d'établissement du prestataire lorsque le client n'est pas assujéti. Dans les deux cas, il existe des exceptions pour certains services, principalement des services localisables, mais ces exceptions sont plus nombreuses pour les relations en B to C que pour celles en B to B.

Les États membres ont tous procédé à la transposition des directives. Mais certains avec retard. On note ainsi que le décret de transposition n'a été pris, en Italie, que le 22 janvier 2010.

Or, si dans leur principe les nouvelles règles sont dans l'ensemble plus simples pour les relations entre entreprises (B to B), c'est pour autant que les règles sont bien appliquées de manière parfaitement harmonisées.

Les marges de manœuvre restreintes dont disposent les États membres sont bien entendu une garantie de cette simplicité. Ainsi, la seule exception saillante aux modalités uniformisées de détermination du lieu d'imposition des prestations de services concerne la faculté qu'ont les États de recourir au critère du lieu de l'utilisation ou de l'exploitation effective lorsque l'application du principe général risque d'entraîner une non-imposition, une double imposition ou une distorsion dans la concurrence.

Une autre garantie de la mise en œuvre de règles identiques pour l'ensemble des opérateurs économiques de l'Union, est la définition commune de certains services et des modalités d'application des règles contenues par la Directive 2008/8. Des travaux en ce sens ont été réalisés par les États membres dans le cadre du Comité de la TVA dès avant l'entrée en vigueur des directives.

Actuellement, les lignes directrices fixées dans ce cadre ont été publiées par les Pays-Bas, la France les a intégrées dans son instruction publique commentant les nouvelles règles. Mais ces lignes directrices ne sont juridiquement pas contraignantes pour les États et l'on sait d'ores et déjà que, sur certains points, les autorités fiscales peuvent avoir fait des choix d'interprétation qui ne sont pas ceux définis par les lignes directrices.

C'est la raison pour laquelle la Commission a présenté au Conseil de l'Union une proposition de règlement qui, s'il était adopté, rendrait ces règles contraignantes ce qui prémunirait les opérateurs contre des applications divergentes, sources de difficultés administratives. Notons toutefois que l'adoption de ce règlement suppose une décision prise à l'unanimité des États membres.

En ce qui concerne l'information des entreprises, et en particulier les commentaires administratifs sur les modalités d'application des nouvelles règles, on note là encore de grandes disparités selon les États membres.

Ainsi, si les autorités fiscales ont, en France, parfaitement anticipé la réforme dans le cadre d'une action concertée avec les entreprises, de nombreux États ont peu communiqué auprès de leurs opérateurs.

Enfin la réforme touche aussi les modalités de remboursement de la TVA supportée par les entreprises européennes dans un État de l'Union où elles ne sont pas établies. Il est institué une procédure harmonisée fondée sur un échange par voie électronique exclusivement. Force est de constater que la procédure de remboursement électronique ne fonctionne pas encore de façon satisfaisante dans de nombreux États membres, notamment en Italie.

Les difficultés d'application en ce qui concerne la détermination du lieu d'imposition des services en B to B

Pour les relations entre professionnels, le lieu d'imposition est celui de l'établissement du preneur lorsqu'il agit en tant qu'assujetti. Sur cette dernière condition, les États membres se sont accordés pour considérer que les règles relatives aux relations B to C s'appliquent lorsque le preneur assujetti utilise le service pour ses besoins privés ou ceux de son personnel. Sur ce point, déterminer l'usage qui est fait du service peut être difficile pour le prestataire mais il doit être vigilant et interroger son client dans tous les cas où la nature du service le justifie (exemple d'un conseil fiscal prodigué à une entreprise mais qui concerne la situation personnelle de son dirigeant).

La gestion de la charge de la preuve pourra être variable d'un État à l'autre. En Italie, les autorités fiscales paraissent présumer qu'un assujetti agit toujours en tant que tel. En France, le prestataire ne sera pas inquiet si son client lui a confirmé que les services sont utilisés pour les besoins de ses activités, économiques ou non économiques.

La règle générale d'imposition des services s'applique, sauf exception concernant certains services, quel que soit le lieu d'établissement des parties : dans le même État, dans différents États membres de l'Union et même dans les relations avec un opérateur établi en dehors de l'Union Européenne.

Des difficultés ont été actuellement identifiées sur les quatre thèmes suivants. Etablir la qualité d'assujetti du client est un enjeu important dès lors que le lieu d'imposition est le lieu d'établissement du prestataire si son client n'est pas un assujetti ou est une personne morale non assujettie mais identifiée à la TVA.

Le numéro d'identification valide du client est, à cet égard, le mode de preuve le plus fiable. Mais une **première difficulté** émerge lorsque le client est établi en dehors de l'Union Européenne et qu'il ne dispose donc pas, par hypothèse, d'un numéro d'identification.

Lorsque le client est établi dans l'Union Européenne, une autre difficulté peut apparaître, qui réside dans le comportement que doit adopter le prestataire dans

l'hypothèse où ce client ne lui communique pas un numéro d'identification. Il semble certes que l'ensemble des États membres estiment que la preuve de la qualité d'assujetti du client peut être apportée par d'autres moyens que le numéro d'identification (voir notamment en ce sens l'article 21 du projet de règlement communautaire).

Mais cette preuve ne sera pas toujours aisée à apporter particulièrement dans les cas suivants où la qualité d'assujetti ne résulte pas directement de la forme juridique ou de l'activité du client : tel est le cas par exemple des sociétés holding, des fonds d'investissement, des organisations sans but lucratif ou des organismes de droit public. A fortiori lorsqu'il s'agit d'un État.

Déterminer si une personne morale intervient, ou non, comme un opérateur économique peut s'avérer d'autant plus délicat que les pratiques des États membres sont divergentes et que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne est émergente, notamment sur les modalités d'appréciation de l'existence d'une activité concurrentielle ou non.

La deuxième série de difficultés identifiées concerne le rôle de l'établissement stable : le service est imposable au lieu d'établissement du preneur. La notion de siège devrait primer pour l'appréciation du lieu d'établissement mais l'objectif est d'imposer l'opération là où le service est effectivement consommé. En principe, le prestataire s'en tiendra aux indications données par son client qui doit demander que le service lui soit facturé sous le numéro de l'établissement qui consomme effectivement ce service.

On relève que la notion d'établissement stable devrait être appréciée par l'ensemble des États membres selon les critères définis par la CJUE dans sa jurisprudence DFDS (aff. C-260/95 du 20 février 1997) : un établissement stable est caractérisé par un degré suffisant de permanence et une structure apte, du point de vue de l'équipement humain et technique, à rendre possible la fourniture de biens ou de services.

Notons ici que ces mêmes critères seront utilisés pour établir l'existence d'un établissement stable fournisseur de biens ou de services ou celui d'un établissement stable acquéreur de biens ou de services. En conséquence, une implantation locale peut être jugée apte à consommer des services tandis qu'elle ne présentera pas les caractéristiques suffisantes pour constituer un établissement stable pour la réalisation de ventes de prestations de services, les moyens nécessaires pour livrer des biens ou rendre des services étant, par construction, plus importants que ceux rendant un établissement stable apte à consommer.

Un bureau de représentation ou un chantier pourrait ainsi constituer un établissement stable pour l'application des règles de territorialité relatives au lieu d'imposition des services tandis qu'il n'aurait pas cette qualité pour l'appréciation du régime applicable aux livraisons de biens ou prestations de services qu'il réalise.

Dans l'hypothèse d'un contrat global, c'est-à-dire portant sur un ensemble de services consommés par différents établissements du preneur (prestations informatiques par exemple), les États membres se sont accordés, sous la réserve d'une application divergente des indications convenues dans le cadre du Comité de la TVA, pour considérer qu'il n'y a pas lieu de répartir entre les différents États concernés la matière imposable.

Le lieu d'imposition des services est déterminé sous la responsabilité du preneur qui communique au prestataire le numéro de l'établissement sous lequel les services doivent être facturés. Mais cette règle pratique s'applique sous réserve des comportements abusifs. Le prestataire doit donc s'assurer que la désignation du preneur n'est pas incohérente avec la réalité des services qu'il fournit.

La troisième difficulté réside dans la détermination du régime d'imposition du service : imposable dans l'État membre du preneur, il est effectivement soumis ou non à la TVA selon qu'il y est taxable ou exonéré à raison des règles applicables dans cet État. Autrement dit, les règles d'imposition applicables dans l'État membre du prestataire n'ont pas d'incidence sur le régime applicable aux services qu'il rend lorsque ces services sont imposables dans un autre État.

On peut citer à cet égard les services financiers qui sont en principe exonérés mais pour lesquels les États membres peuvent autoriser, ou non, les prestataires concernés à opter pour la taxation (art. 137 paragraphe 1 sous a de la directive 2006/112). Tel est par exemple le cas de la France : l'option pour la taxation de ses services financiers par un prestataire français n'influence pas le traitement des prestations de services qu'il rend lorsque ces prestations sont imposables dans un autre État membre.

La portée de l'option est en effet limitée aux opérations imposables en France. Autre exemple : les services d'avocat sont, en Belgique, exonérés de la TVA de sorte que les services de cette nature rendus par un avocat français à un client belge ne donneront pas lieu au paiement de la TVA en Belgique, alors même que les prestations d'avocat sont soumises à TVA en France.

Cette règle peut soulever une difficulté administrative pour le prestataire qui ne doit mentionner sur l'état récapitulatif mensuel des services rendus à ses clients européens que les services qui ne sont pas exonérés. Cette règle suppose que chaque prestataire doit en principe connaître le régime d'imposition des services de la nature de ceux qu'il rend dans chacun des États de l'UE.

Quatrième et dernière série de difficultés identifiées concernant la détermination du lieu d'imposition des services : certains services relèvent-ils de la règle générale d'imposition au lieu d'établissement du preneur ou d'une règle particulière prévue par la Directive ?

Les services rattachés à un immeuble, ceux de transport de passagers, les prestations culturelles, artistiques, sportives ou de divertissement ainsi que les locations de moyens de transport de courte durée sont imposables selon d'autres règles que celles exposées ci-dessus, reposant pour l'essentiel sur le lieu de l'exécution de ces services.

Or, dans certains cas, il peut exister un doute sur la question de savoir si le service relève, ou non, d'une exception ou du principe général. Les États membres ont défini l'essentiel des notions en cause mais il demeure des zones d'ombre susceptibles de révéler des divergences d'analyse entre les États membres. Tel peut être le cas pour les services de stockage de marchandises qui, selon la nature de l'intervention du prestataire, peuvent être considérées comme constituant, ou non, un service rattaché à un immeuble imposable au lieu de situation de l'immeuble plutôt qu'au lieu d'établissement du prestataire. La même question se pose en ce qui concerne les services d'un architecte, ceux de surveillance d'un immeuble.

Autre exemple : le Comité de la TVA n'a pas défini en quoi consistent les services scientifiques ou les services d'éducation.

Les difficultés d'application en ce qui concerne la détermination du redevable de la TVA

Dans le cadre du nouveau régime, c'est le preneur du service qui devient le redevable de la TVA dans tous les cas où le prestataire n'est pas établi dans le même État et ce, même si le prestataire dispose, dans l'État membre où le service est imposable, d'un établissement stable, dès lors que ce dernier ne participe pas à la réalisation du service. Ces règles ont donné lieu à des précisions du Comité de la TVA mais il s'avère d'ores et déjà que tous les États membres n'appliqueront pas de manière uniforme les lignes directrices dégagées.

Ainsi, lorsque le prestataire a, dans l'État membre d'imposition du service, le lieu de son siège, celui-ci devrait en principe toujours être le redevable de la TVA même si le service est exclusivement réalisé à partir d'un établissement stable situé dans un autre État (attractivité du siège). Lorsque le prestataire dispose d'un établissement stable dans l'État d'imposition du service, cet établissement n'est le redevable que s'il participe effectivement au service, mais cette règle s'applique quelle que soit l'importance de son intervention avant, pendant ou après la prestation.

Les autorités fiscales italiennes et britanniques ont d'ores et déjà indiqué qu'elles n'appliqueraient pas ces règles telles que déterminées par le Comité de la TVA : la participation de l'établissement stable ne sera retenue que si son intervention est substantielle.

Une difficulté particulière a émergé, en France, en ce qui concerne les services financiers. A la demande des opérateurs du secteur et de CMS Bureau Francis Lefebvre, l'administration fiscale a dû préciser que l'option pour la taxation des services exercée en France par le siège ou l'établissement stable d'une entreprise n'a pas d'incidence sur le régime applicable aux services qui sont rendus depuis l'étranger même dans l'hypothèse où ce siège ou cet établissement français se trouve désigné comme le redevable de la TVA du fait de l'application de la règle de l'attractivité ou celle de la participation.

Autrement dit, lorsque le service financier est rendu en tout ou partie à partir de l'étranger, il ne sera soumis à la TVA en France que si le siège ou l'établissement à l'étranger formule une option pour la taxation des services qu'il rend à un preneur établi en France.

L'administration française a également précisé que le chiffre d'affaires réalisé à partir de l'étranger n'a pas d'incidence sur la situation du siège ou de l'établissement stable situé en France même s'il est désigné comme le redevable de la TVA. En particulier, ces opérations n'ont pas d'incidence sur la détermination du prorata de déduction de la structure française non plus que pour l'assiette des autres impôts et contribution (taxe sur les salaires notamment).

Sur ce point, l'attention est particulièrement appelée :

- Sur le risque de divergence d'application de ces règles par les États membres dont les autorités n'ont, pour la plupart, pas encore pris de position sur ces questions liées à la désignation du redevable
- Sur les règles de facturation : il est vraisemblable que le numéro d'identification à mentionner sur la facture soit celui du siège ou de l'établissement désigné comme le redevable tandis que la facture pourrait être établie par le siège ou l'établissement étranger à partir duquel le service est effectivement rendu
- Enfin, l'application de ces règles induit nécessairement une distorsion dans la détermination du chiffre d'affaires servant d'assiette pour la TVA et pour les impôts directs.

Les difficultés d'application en ce qui concerne les nouvelles obligations des opérateurs

Certains États membres appliquent, en ce qui concerne les prestations de services, une règle d'exigibilité différente de celle de droit commun qui rend la taxe exigible au moment de l'exécution du service où de la perception d'acompte. La France, comme d'autres États membres, appliquent une exigibilité à l'encaissement. Depuis le 1er janvier 2010, les États membres ne peuvent plus appliquer une telle règle dérogatoire pour les services rendus entre deux opérateurs situés dans l'UE.

Les prestataires des États membres concernés devront veiller, particulièrement pour l'établissement des états récapitulatifs, à distinguer les services concernés pour lesquels l'exigibilité intervient désormais suivant la règle générale fixée par la directive 2006/112.

En ce qui concerne l'identification des assujettis, il apparaît que de nombreux opérateurs exonérés au titre de leurs activités économiques, ne sont pas familiarisés avec les obligations déclaratives de la TVA. En particulier, beaucoup ignorent encore que, pour les besoins du paiement de la TVA dont ils sont désormais redevables lorsque leur prestataire est établi à l'étranger, ils doivent obtenir auprès de leurs autorités fiscales un numéro d'identification qui doit être communiqué à leur prestataire.

La plupart des États membres semblent toutefois avoir pris les mesures nécessaires pour que cette formalité puisse être effectuée de manière simple et rapide. Parmi les États membres que CMS a pu interroger, aucun ne semble avoir fait le choix d'attribuer systématiquement un numéro d'identification à tout assujetti : il appartient donc à tout acquéreur de services de faire cette démarche lorsqu'il envisage de recourir à un prestataire qui n'est pas établi dans le même État. Plusieurs observations importantes doivent enfin être formulées en ce qui concerne l'état récapitulatif des services que sont désormais tenus de souscrire, à des fins de recoupement, les prestataires au titre des services qu'ils rendent à un assujetti établi dans un autre État membre où le preneur est le redevable de la TVA.

En premier lieu, on constate que si certains États membres comme la France ont fait le choix d'une obligation mensuelle généralisée, de nombreux États ont retenu, suivant en règle générale la fréquence déclarative pour le paiement de la TVA, une périodicité trimestrielle pour les plus petites entreprises. L'Allemagne a retenu une fréquence trimestrielle pour tous les opérateurs.

Par ailleurs, l'Italie a fait le choix, non prévu par la Directive 2008/8, d'imposer l'établissement d'un état récapitulatif de services à l'achat.

En règle générale, l'état doit être déposé à la même date que l'état récapitulatif des livraisons de biens mais il s'agit, selon les États membres, soit du même document (ex : Royaume-Uni) soit d'un document distinct (ex : France). Du reste, tous les États n'exigent pas une transmission par voie électronique, la France et l'Espagne par exemple acceptent la souscription pour les très petites entreprises.

Il est enfin précisé que tous les États membres n'ont pas prévu de sanction en cas de défaut de dépôt ou d'erreur dans l'établissement de l'état récapitulatif des services : la République Tchèque et la Slovaquie n'ont, par exemple, prévu aucune sanction.

Les difficultés identifiées concernant le remboursement de la TVA aux entreprises étrangères

Un tour d'horizon de l'état d'avancement des travaux de mise en place de la procédure électronique est effectué. Après quelques semaines d'entrée en vigueur des nouvelles règles, il semble qu'il existe une importante divergence entre les informations dont dispose la Commission européenne et la situation réelle.

Il est par exemple certain que l'Italie ne dispose pas encore des infrastructures électroniques nécessaires pour recevoir les demandes des entreprises italiennes en vue de les transférer à d'autres États membres via l'interface de la Commission européenne, ou pour recevoir les demandes en provenance d'entreprises étrangères. Mais d'autres États semblent aussi avoir rencontré des difficultés. Les retours des entreprises sont actuellement insuffisants pour apprécier les premiers avantages constatés de la nouvelle procédure ou les dysfonctionnements constatés, au-delà de ceux qui pouvaient être anticipés.

Elisabeth Ashworth
CMS Bureau Francis Lefebvre
elisabeth.ashworth@cms-bfl.com

Federico Baridon
CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni
federico.baridon@cms-aacs.com

Anne Grousset
CMS Bureau Francis Lefebvre
anne.grousset@cms-bfl.com

Peter Mason
CMS Cameron McKenna
peter.mason@cms-cmck.com



- ◁ São Paulo
- ◁ Buenos Aires
- ◁ Montevideo
- Beijing ▷
- Shanghai ▷

○ Bureaux CMS
○ Bureaux TLL
Les cabinets membres de CMS sont en association avec The Levant Lawyers (TLL).

Implantations

O Moscou

Beyrouth

Koweït

Dubai

Abu Dhabi

Contacts

ALGÉRIE

Samir Sayah

CMS Bureau Francis Lefebvre

T +213 (0) 21 36 66 73

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

ARGENTINE

Debora Porteous

CMS Bureau Francis Lefebvre

T +54 11 43 11 10 08

E dporteous@cms-bfl.com.ar

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 d.o.o

T +387 33 296 408

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

BRÉSIL

Debora Porteous

CMS Bureau Francis Lefebvre

T +55 11 34 88 08-50

E dporteous@cms-bfl.com.ar

BULGARIE

Valentin Savov

Pavlov and Partners Law Firm

in cooperation with

CMS Reich-Rohrwig Hainz

T +359 2 921 99 21

E valentin.savov@cms-rrh.com

CHINE

Emmanuel Meril

CMS Bureau Francis Lefebvre
and CMS Hasche Sigle, in cooperation
with CMS Cameron McKenna

T +86 21 6289 6363

E emmanuel.meril@cms-bfl.com

CROATIE

Wolfgang Auf

CMS Reich-Rohrwig Hainz

T +385 14 825 604

E wolfgang.auf@cms-rrh.com

ESPAGNE

Santiago Díez Rodríguez

CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S.L.P.

T +34 91 451 92 88

E santiago.diez@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

Giuseppe Ascoli

CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni

T +39 06 47815305/306

E giuseppe.ascoli@cms-aacs.com

MAROC

Wilfried Le Bihan

CMS Bureau Francis Lefebvre

T +212 661 468 928

E wilfried.lebihan@cms-bfl.com

PAYS-BAS

Jochem de Koning

CMS Derks Star Busmann

T +31 20 30 16 438

E jochem.dekoning@cms-dsb.com

POLOGNE

Arkadiusz Michaliszyn

CMS Cameron McKenna

Dariusz Greszta Spółka Komandytowa

T +48 22 520 5619

E arkadiusz.michaliszyn@cms-cmck.com

RÉPUBLIQUE TCHÈQUE

Patrik Przyhoda

CMS Cameron McKenna v.o.s.

T +420 2 210 98 858

E patrik.pryhoda@cms-cmck.com

ROUMANIE

John Fitzpatrick

CMS Cameron McKenna SCA

T +40 21 407 38 27

E john.fitzpatrick@cms-cmck.com

ROYAUME-UNI

Mark Nichols

CMS Cameron McKenna LLP

T +44 (0) 20 7367 2051

E mark.nichols@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

SLOVAQUIE

Robert Janeček

Ružička Csekés s.r.o. in association with
members of CMS

T +421 2 49 30 92 11 ext.555

E janecek@ccstax.sk

SLOVÉNIE

Wolfgang Auf

CMS Reich-Rohrwig Hainz

T +385 14 825 604

E wolfgang.auf@cms-rrh.com

SUISSE

David Hürlimann

CMS von Erlach Henrici Ltd.

T +41 44 285 11 11

E david.huerlimann@cms-veh.com

UKRAINE

Yevheniy Deyneko

CMS Cameron McKenna LLC

T +380 44 391 37 08

E yevheniy.deyneko@cms-cmck.com

URUGUAY

Debora Porteous

CMS Bureau Francis Lefebvre

T +598 2 623 47-07/08

E dporteous@cms-bfl.com.ar

Les cabinets membres de CMS,
en association avec The Levant Lawyers,
sont présents à :

EMIRATS ARABES UNIS

Jad Khalifé

The Levant Lawyers

T +961 350-1787

E jad.khalife@tll.cc

KOWEÏT

Jad Khalifé

The Levant Lawyers

T +961 350-1787

E jad.khalife@tll.cc

LIBAN

Jad Khalifé

The Levant Lawyers

T +961 350-1787

E jad.khalife@tll.cc
