

C/M/S

Law.Tax

Tax Connect

Après la crise, un nouvel environnement fiscal
Synthèse - Conférence fiscale annuelle 2011

Juin 2011

Sommaire

2010 : une année de consolidation pour l'offre fiscale de CMS	4
Le financement des acquisitions en Europe	5
Les actifs incorporels, source clé de croissance	14
Meilleures relations avec l'administration fiscale / criminalisation du droit fiscal	20
TVA : les opérations immobilières	28
Nouvelles fiscales des pays d'Europe centrale et orientale	32
Implantations	40
Contacts	42

CMS Tax Connect

COMITÉ DE RÉDACTION

Directrice en chef

Emmanuelle Féna-Laguéy (emmanuelle.fena-laguéy@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

Plus de deux ans après le séisme provoqué par la faillite de la banque Lehman Brothers, les entreprises sont encore confrontées aux répercussions législatives et réglementaires de la crise et au nouvel environnement fiscal qui en a résulté.

L'une des principales conséquences est le besoin, pour la plupart des gouvernements, de trouver de nouvelles ressources fiscales pour faire face à la crise budgétaire. Cette situation a donné naissance à différentes taxes, notamment dans le secteur financier. En matière d'impôt sur les sociétés, c'est dans le domaine des prix de transfert que l'effort des autorités fiscales se concentre. Pour les États, il s'agit en la matière non seulement de trouver de nouvelles ressources mais aussi de « défendre » la part nationale des recettes fiscales afférentes à des opérations internationales. L'obligation de documenter les transactions intra-groupes, en voie de généralisation, participe à cet effort accru de contrôle. Les actifs incorporels constituent de ce point de vue un sujet de prédilection.

Dans le même temps, la coopération internationale s'intensifie pour prévenir l'évasion fiscale, parallèlement à un « durcissement » de la part de certaines administrations fiscales. Le recours aux dispositions du droit pénal, même s'il reste exceptionnel dans la plupart des pays, est désormais envisagé pour des opérations qui étaient jusqu'à présent peu ou pas visées. La tendance à une plus grande exigence sur le niveau de « substance » économique se généralise. Toutefois, pour sortir d'une logique purement « répressive », certaines administrations mettent en place des procédures d'échanges avec certains contribuables visant à garantir à ces derniers plus de sécurité juridique en échange d'une plus grande transparence a priori.

Ces différentes évolutions interviennent dans un contexte où la compétition fiscale entre États reste forte, y compris au sein de l'Union européenne, pour attirer les investisseurs. Pour les entreprises, les investissements ou les acquisitions peuvent ainsi toujours donner lieu à des arbitrages fiscaux favorables, en particulier en matière de financement, une fois analysée la portée des règles anti-abus qui pourraient trouver à s'appliquer...

La conférence fiscale annuelle CMS 2011 a été l'occasion de faire le point sur ces différents sujets. La nature et l'ampleur des changements auxquels les sociétés multinationales européennes sont confrontées ont été illustrées avec une grande clarté et en introduction par des responsables de la fiscalité du groupe Dexia. Des ateliers thématiques ont ensuite permis aux avocats du réseau CMS d'approfondir les sujets évoqués ci-dessus : gestion fiscale et politique de prix de transfert des actifs incorporels, criminalisation du droit fiscal, financement des acquisitions. Ils ont été complétés par des développements techniques en lien avec l'actualité : les changements intervenus en matière de TVA immobilière d'une part et les évolutions législatives en Europe centrale et orientale d'autre part. Ce numéro de CMS Tax Connect rend compte de ces différents travaux 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 !



François Rontani

Responsable de l'édition 2011
de la Conférence fiscale annuelle CMS
CMS Bureau Francis Lefebvre
E francois.rontani@cms-bfl.com

2010 : une année de consolidation pour l'offre fiscale de CMS

La fiscalité chez CMS, c'est plus de 350 avocats répartis dans 54 bureaux, tous au service de nos clients au niveau national comme international. C'est également une pratique structurée autour de spécialités, telles que la TVA, les prix de transfert, le droit fiscal de l'Union européenne, pour lesquelles nous privilégions une approche transversale et paneuropéenne.

En France, mais également dans plusieurs des 29 autres pays du réseau, nos équipes fiscales sont régulièrement classées par les guides professionnels nationaux et internationaux (Legal 500, 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. 2010 a ainsi été marquée par deux importants développements :

- la poursuite de la structuration de notre offre de service en prix de transfert et en TVA,
- le renforcement de notre présence en Europe avec l'élargissement de notre réseau au Luxembourg et la conclusion d'un accord de coopération avec un cabinet portugais.

Une offre de service structurée

Nous avons poursuivi la structuration de notre offre :

- en matière de prix de transfert, nos équipes françaises – déjà reconnues sur le marché, tant du point de vue de leur expertise qu'en matière d'analyse économique – peuvent désormais s'appuyer sur des spécialistes de ces questions dans la majorité des pays CMS,
- en matière de TVA, avec Elisabeth Ashworth, en charge depuis septembre 2010 de la coordination de notre pratique européenne dans ce domaine.

Une présence européenne renforcée

Le renforcement de notre présence en Europe est le second développement important de l'année 2010. Nous avons préparé, au Luxembourg, l'ouverture du bureau CMS DeBacker Leclère Walry, effective depuis le 1^{er} janvier 2011, et où Diogo Duarte de Oliveira est désormais en charge du développement de notre pratique fiscale locale. Et nous avons conclu un accord de coopération avec la firme portugaise Rui Pena, Arnaut & Associados, dont l'équipe fiscale est coordonnée par Patrick Dewerbe. 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 à vos attentes.

Au-delà de notre conférence annuelle 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

Associé de CMS Bureau Francis Lefebvre et coordinateur du Practice Group fiscal du réseau CMS

E stephane.austry@cms-bfl.com

Le réseau CMS regroupe 9 cabinets d'avocats européens leaders sur leurs marchés. Ses 2 800 avocats dont 770 associés, couvrent 29 pays principalement européens – notamment l'Europe centrale et orientale où CMS est très fortement implanté – mais également l'Afrique du Nord, la Chine et l'Amérique latine.

Le financement des acquisitions en Europe

La crise économique et financière mondiale a contraint les administrations fiscales à s'adapter en adoptant de nouvelles mesures visant notamment à augmenter les prélèvements fiscaux (augmentation des taux d'imposition) ou en relançant le débat relatif à la convergence fiscale (France – Allemagne) et aux échanges d'informations entre administrations fiscales.

Ces changements affectent-ils les leviers traditionnels du financement des acquisitions ? Peut-on par ailleurs réellement parler d'un nouvel environnement fiscal après la crise s'agissant du financement des acquisitions en Europe ?

Ces questions sont examinées ci-après dans le cadre de la présentation d'un échantillon de régimes fiscaux européens, et recouvrant notamment le traitement des déficits fiscaux, la création de groupes fiscaux et les règles relatives à la déduction des intérêts. Ce débat est enfin illustré par une étude de cas se concentrant sur les aspects fiscaux de l'acquisition par un groupe investisseur français de sociétés cibles majoritairement situées dans des pays de l'est de l'Europe (Hongrie, Pologne et Russie).

Considérations générales relatives au financement des acquisitions en Europe

Dans le cadre de la structuration fiscale d'une acquisition, plusieurs facteurs doivent être pris en considération, tels que le taux effectif d'imposition, la base imposable ou encore le traitement fiscal des charges d'intérêts.

L'environnement fiscal actuel et les principales caractéristiques de la fiscalité en Europe occidentale et centrale sont synthétisés dans les tableaux suivants.

a) Règles générales relatives aux déficits fiscaux et à l'intégration fiscale

Tous les pays cités dans le tableau ci-dessous autorisent, dans certaines limites, les contribuables personnes morales à procéder au report en avant des déficits fiscaux. Ce report en avant des déficits fiscaux peut être limité dans le temps (Italie : 5 ans, Pologne : 5 ans, Russie : 10 ans, Espagne : 15 ans), voire, dans certains pays, réduit (ou annulé) en raison de la survenance de certains événements : changement de contrôle et/ou changement d'activité. Quoique communes à plusieurs pays, ces limitations n'ont toutefois pas le même effet et la même ampleur.

Si la plupart des pays européens dispose d'un régime d'intégration fiscale, celle-ci n'existe cependant pas encore dans des pays tels que la Belgique, la Hongrie et la Russie. Parmi les régimes les plus souples, le système britannique permet une intégration fiscale sur une base annuelle, ce qui réduit les contraintes attachées à un régime d'intégration fiscale « pure ».

	Taux d'IS	Report en avant des déficits fiscaux	Cas de remise en cause des déficits fiscaux	Intégration fiscale	% requis
Belgique	33,99 %	Pas de limite de temps	Changement de contrôle (50 % du capital et/ou majorité du conseil d'administration) sans nécessité économique ou financière	Non	N/A
France	34,43 %	Pas de limite de temps	Perte des déficits uniquement en cas de changement majeur / cessation de l'activité (sauf exception intégration)	Oui	95 %
Allemagne	30-33 %	Pas de limite de temps	Changement de contrôle compris entre 25 % et 50 % du capital -> annulation partielle Changement de contrôle égal ou supérieur à 50 % du capital -> annulation totale	Oui	> 50 %
Hongrie	10-19 %	Pas de limite de temps	Non	Non	N/A
Italie	27,5 + 3,9 %	5 ans	Changement de contrôle et changement d'activité	Oui	> 50 %
Pologne	19 %	5 ans	Non	Oui	95 %
Russie	20 %	10 ans	Non	Non	N/A
Espagne	30 %	15 ans	Changement de contrôle quand la société cédée n'a pas développé d'activité économique avant le changement	Oui	75 %
Royaume-Uni	21-28 %	Pas de limite de temps	Changement de contrôle et changement majeur de la nature et de la conduite de l'activité	Oui	75 %

Parmi les législations récemment révisées, l'**Allemagne** permet toujours le report en avant des déficits fiscaux sans limitation de temps, mais avec des limites très strictes. Ainsi, jusqu'au premier million d'euros de bénéfices de l'exercice considéré, l'imputation intégrale est autorisée. Le solde éventuel des déficits fiscaux peut faire l'objet d'une déduction à hauteur de 60 %. Tout solde restant des pertes peut faire l'objet d'un report sur l'exercice suivant, les règles d'imputations susvisées s'appliquant dans les mêmes conditions.

En cas de changement de contrôle, les déficits fiscaux peuvent être annulés. En effet, le régime allemand prévoit une perte partielle des déficits fiscaux en cas de modification partielle de l'actionariat (plus de 25 %) et l'annulation intégrale en cas de transfert direct ou indirect de plus de 50 % des droits de propriété.

Cependant, l'annulation des pertes visées ci-dessus connaît des exceptions, à savoir la clause de restructuration, la clause de groupe et une exonération spécifique au titre du report en avant des pertes. Cependant, l'application de la clause de restructuration a récemment été suspendue en raison d'une violation du droit communautaire.

En conséquence, cette possibilité n'est plus applicable.

La clause de restructuration de Groupe s'applique si une société est vendue au sein d'un groupe de sociétés.

Dans ce cas, tant le cédant que le cessionnaire doivent être contrôlés à 100 % par la même société tête de groupe.

La clause de réserves latentes (« plus-values latentes ») s'applique dans le cas où la société cédée dispose de

réserves latentes. Jusqu'à concurrence du montant de ces réserves, le report en avant des déficits fiscaux peut bénéficier d'une protection. Celles-ci doivent être rattachées à des actifs soumis à imposition (à l'exclusion des participations dans d'autres personnes morales).

S'agissant des groupes fiscaux allemands, les réserves latentes de l'entité contrôlée ne sont pas automatiquement identifiées comme réserves latentes de la société mère.

En conséquence, dans les cas où est envisagée une acquisition dans un groupe allemand qui a par ailleurs mis en place un groupe fiscal, il est nécessaire de convenir avec le cédant d'une restructuration préalable à la réalisation de l'opération afin de veiller à la protection des réserves après l'acquisition de la société.

b) Déduction des charges d'intérêts : considérations générales

Le tableau ci-dessous présente les règles locales de déduction des charges d'intérêts dans plusieurs pays européens. Il apparaît que tous les pays cités dans le tableau permettent la déduction des intérêts, sous réserve de certaines limitations et de clauses spécifiques anti-abus. Ainsi, en France et en Espagne, des limitations spécifiques trouvent à s'appliquer en cas d'acquisitions intra-groupe. Sous un angle plus large, les règles régissant le traitement fiscal des charges d'intérêts (et notamment les règles de sous-capitalisation) ont récemment évolué dans certains pays tels que la France, l'Allemagne et l'Espagne.

	Règles générales	Déduction des intérêts pour les supports d'acquisition	Règles de sous-capitalisation	Autres limitations
Belgique	Par principe déductibles, mais limitation au taux d'intérêt du marché	Pas de disposition spécifique	Ratio dette/fonds propres égal à 1/1 Restriction applicable aux actionnaires nommés comme administrateurs: rapport dette/fonds propres égal à 7/1 Restriction relative aux paradis fiscaux	Possibilité de rejet de la déduction si les intérêts sont payés à un non résident et s'ils ne sont pas imposables dans le pays concerné
France	Par principe déductibles, mais des limitations s'appliquent aux prêts consentis par les entités liées (qui comprend les intérêts payés à un tiers dans le cadre d'un intérêt garanti par une partie liée)	Application des règles générales. Dispositions anti-abus spécifiques à certaines opérations intra-groupe (Amendement Charasse)	Pas de déductibilité des charges d'intérêt supérieures aux limites suivantes : • Les prêts consentis par des parties liées sont supérieurs à 1,5 fois les capitaux propres de la société • 25 % du résultat d'exploitation net ajusté • Produits d'intérêts perçus des entités liées	Aucune. Cependant les exceptions et tests liés aux paradis fiscaux sont applicables
Allemagne	Par principe déductibles	Pas de disposition spécifique	Pas de règle de sous-capitalisation, mais exigence de pleine concurrence pour les parties liées	Règle limitant les intérêts : • Déduction des charges d'intérêt limitée à 30 % de l'EBITDA • Exemptions (a) seuil (b) clause groupe (c) clause de sortie
Hongrie	Par principe déductibles	Les intérêts imputés aux immobilisations augmentent le volume des amortissements	Pas de déductibilité des charges d'intérêt si la dette est supérieure à 3 fois les fonds propres de la société	Pas de règle spécifique anti-abus
Italie	Par principe déductibles	Pas de disposition spéciale	Pas de règle de sous-capitalisation	Règle limitant les intérêts : • Déduction des charges d'intérêt limitée à 30 % de l'EBITDA
Pologne	Par principe déductibles	Les intérêts imputés aux immobilisations augmentent le volume des amortissements	Pas de déductibilité des intérêts payés à un prêteur éligible (participation de 25 %) si et dans la mesure où le prêt éligible est supérieur à trois fois le capital social libéré	Pas de règle spécifique anti-abus

Russie	Par principe déductibles	Pas de disposition spécifique	Pas de déductibilité des intérêts payés à un prêteur éligible (société étrangère détenant directement ou indirectement plus de 20 % de la participation) ou garantie par ce prêteur si et dans la mesure où ce prêt éligible est supérieur à trois fois les fonds propres (actif net) de la société	Le montant des intérêts déductibles ne peut pas s'écarter de plus de 20 % par rapport au taux d'intérêt moyen calculé sur la base de dettes de même nature
Espagne	Par principe déductibles	Acquisition intra-groupe • L'acquisition doit être réalisée pour d'importants motifs commerciaux, sans quoi la déduction n'est pas autorisée • Les taux d'intérêts de la dette finançant l'acquisition doivent correspondre à des conditions de pleine concurrence	Si le prêteur est une partie liée non résidente de l'UE et si le rapport dette/fonds propres est supérieur à 3/1 fois, les charges d'intérêts excédentaires sont traitées comme des dividendes	Les comptes courants d'actionnaires doivent être assortis d'un taux d'intérêt de pleine concurrence
Royaume-Uni	Par principe déductibles	Les intérêts dus au titre du prêt lié à l'acquisition (opération non commerciale) ne sont pas intégralement déductibles mais peuvent être compensés avec les bénéfices courants de la société ou du groupe, avec les revenus antérieurs non commerciaux et reportés	• Les intérêts payés à une partie liée ne sont pas déductibles sauf si le prêt est consenti dans des conditions de pleine concurrence • Si, dans le passé, un ratio dette/fonds propres de 1/1 et un taux de couverture des intérêts de 3/1 étaient augmentés, l'administration a désormais adopté une approche au cas par cas	Règles plafonnant la dette au plan mondial • Dans un grand groupe, la déduction des intérêts fait l'objet d'une restriction si la dette nette britannique du groupe dans son ensemble est supérieure à 75 % de l'endettement brut mondial du groupe

Les changements apportés aux règles de sous-capitalisation dans l'ensemble de l'Europe peuvent être illustrés par une analyse de l'évolution de la réglementation française et italienne à cet égard.

Ainsi, le droit français prévoit des limitations à la déductibilité des charges d'intérêts liées à des prêts consentis par des entreprises liées. Les dispositions de l'article 212 du Code Général des Impôts (ci-après « CGI ») s'appliquent aux charges d'intérêts dues par une société française qui emprunte auprès de sociétés liées au sens de l'article 39-12 du CGI, à savoir (i) auprès d'un actionnaire détenant directement ou indirectement la majorité du capital social de l'emprunteur, (ii) ou auprès de sociétés dont la majorité du capital social est directement ou indirectement détenue par la société tête de groupe de l'emprunteur, (iii) ou gérés de fait par la même société tête de groupe. En vertu de ces règles, jusqu'à l'intervention de la Loi de finances pour 2011, les prêts bancaires, même garantis par des entités du même groupe, ne tombaient pas sous le coup des limitations fiscales prévues à l'article 212.

En vertu des dispositions de la Loi de Finances pour 2011 (applicables aux exercices clos à compter du 31 décembre 2010), la dette bancaire dont le remboursement est garanti par une entité liée sera réputée être une dette consentie par une société liée et sera, en conséquence, visée par les dispositions de l'article 212 du CGI. Cependant, certaines exceptions ont été définies au titre des fonds prêtés :

- au titre des obligations émises dans le cadre d'une offre publique,
- jusqu'à concurrence du montant dont le remboursement est exclusivement garanti par un nantissement de titres de la société emprunteuse (ou de créances de celle-ci) ou d'actions de l'entité détenant les actions de l'entité emprunteuse, pour autant que le détenteur de ces actions et l'entité emprunteuse fassent partie du même groupe fiscal,
- dans le cadre du remboursement d'une dette préexistante, revêtant un caractère obligatoire en vertu d'une clause de changement de contrôle prévue au contrat de prêt initial,

- au titre de prêts conclus avant le 1^{er} janvier 2011, dans le cadre de l'acquisition d'actions ou à l'occasion du refinancement de telles acquisitions (il s'agira notamment des LBOs et de leur refinancement antérieur au 1^{er} janvier 2011).

Compte tenu de l'extension de la notion de dette « liée » et au vu des demandes des banques en termes de garanties, il sera de plus en plus difficile de structurer le financement de manière à obtenir la déductibilité totale des intérêts liés à la dette d'acquisition.

En **Italie**, l'administration fiscale a remplacé des règles assez complexes de sous-capitalisation par un mécanisme plus simple. En effet, les charges d'intérêts sont déductibles à concurrence d'une somme correspondant au produit des intérêts dus au titre de l'exercice concerné et de 30 % de l'EBITDA dégagé par le contribuable au cours de l'exercice concerné. Cette règle s'applique tant aux emprunts souscrits auprès d'entités liées qu'à ceux consentis par des tiers. Des règles différentes s'appliquent aux banques, aux sociétés d'assurance et autres institutions financières (les charges d'intérêts étant déductibles à concurrence de 96 % de leur montant).

Un mécanisme de report en avant des intérêts non-déductibles est également prévu, sans limite de temps. Les intérêts non-déductibles au cours d'un exercice donné peuvent être déduits à concurrence de 30 % de la capacité future d'EBITDA. Qui plus est, le montant de la différence positive entre l'EBITDA « non utilisé » et les charges d'intérêts d'un exercice peut faire l'objet d'un report en avant afin de majorer la capacité de création d'EBITDA au cours des exercices futurs. Aucune exception à cette limitation n'est prévue par la législation fiscale italienne. La déductibilité des charges d'intérêts constitue une problématique majeure pour les sociétés holding pures. En effet, le revenu des sociétés holding est généralement constitué de dividendes, produits d'intérêt et plus-values.

Des solutions permettent de remédier ou d'atténuer cette problématique :

- option en faveur de l'intégration fiscale,
- intégration fiscale « virtuelle »,
- fusion rapide.

Option en faveur de l'intégration fiscale : les charges d'intérêts non-déductibles se rattachant à une entité consolidée (et notamment à une société holding) peuvent faire l'objet d'une compensation et ensuite d'une déduction en base consolidée, avec tout montant supérieur à 30 % de l'EBITDA généré par les autres membres du groupe fiscal.

Intégration fiscale « virtuelle » : aux fins du calcul des charges d'intérêts déductibles, le contribuable peut prendre en compte tout montant supérieur à 30 % de l'EBITDA rattaché aux filiales étrangères, pour autant que celles-ci respectent les conditions d'exercice de l'option d'intégration fiscale nationale.

Fusion rapide : les charges d'intérêts non déductibles des sociétés fusionnées peuvent être compensées avec la capacité d'EBITDA future de la société absorbée.

A cet égard, en cas de fusion, tous intérêts peuvent faire l'objet d'un report en avant avec les mêmes limites que celles prévues pour les déficits fiscaux en cas de fusion.

c) Déduction des charges d'intérêts dans le cadre de restructurations

Le tableau suivant résume les opportunités de consolidation (fiscale) disponibles dans les principaux pays européens, à savoir les possibilités de consolider fiscalement les charges d'intérêts et les profits d'exploitation. Cependant, ainsi qu'indiqué ci-avant, le mécanisme de l'intégration fiscale n'existe pas dans l'ensemble des pays (et notamment en Belgique, en Hongrie et en Russie). En l'absence de régime d'intégration fiscale, une fusion post-acquisition peut, dans certains pays, constituer une alternative fiscale efficace.

	Intégration fiscale	Fusion à l'endroit	Fusion à l'envers
Belgique	Non applicable	Pas de restriction à la déductibilité des intérêts	Les intérêts dus au titre du prêt consenti en vue de l'acquisition de la société absorbante peuvent être remis en cause par l'administration fiscale
France	Application des règles générales mais une limitation supplémentaire au titre des intérêts peut s'appliquer dans le cas de certaines acquisitions intra-groupe de titres (Amendement Charasse)	Application des règles générales. Risque de non-déductibilité dans une hypothèse de « fusion rapide »	Application des règles générales. Risque de non-déductibilité dans une hypothèse de « fusion rapide »
Allemagne	Déduction des intérêts soumise aux règles générales de déductibilité des intérêts	Déduction des intérêts soumise aux règles générales de déductibilité des intérêts	Déduction des intérêts soumise aux règles générales de déductibilité des intérêts
Hongrie	Non applicable	Déduction des intérêts soumise aux règles générales de déductibilité des intérêts	Déduction des intérêts soumise aux règles générales de déductibilité des intérêts
Italie	Déduction des intérêts soumise aux règles générales de déductibilité des intérêts	Déduction des intérêts soumise aux règles générales de déductibilité des intérêts	Déduction des intérêts soumise aux règles générales de déductibilité des intérêts
Pologne	Déduction des intérêts soumise aux règles générales de déductibilité des intérêts	Déduction des intérêts soumise aux règles générales de déductibilité des intérêts	Déduction des intérêts soumise aux règles générales de déductibilité des intérêts
Russie	Non applicable	Déduction des intérêts soumise aux règles générales de déductibilité des intérêts	Déduction des intérêts soumise aux règles générales de déductibilité des intérêts
Espagne	Déduction des intérêts soumise aux règles générales de déductibilité des intérêts	Déduction des intérêts soumise aux règles générales de déductibilité des intérêts	Déduction des intérêts soumise aux règles générales de déductibilité des intérêts
Royaume-Uni	Application des règles générales. Cependant, au niveau de HoldCo, la disposition relative aux opérations non commerciales peut affecter la déductibilité des intérêts	La fusion n'est pas une solution favorable en vertu du droit britannique	La fusion n'est pas une solution favorable en vertu du droit britannique

Par ailleurs, même en présence d'un mécanisme local d'intégration fiscale, de nombreux problèmes peuvent encore se poser et empêcher les investisseurs de procéder à la déduction pleine et entière des charges d'intérêts encourues au niveau de la société holding d'acquisition.

Au **Royaume-Uni**, deux facteurs majeurs peuvent affecter la structuration de l'acquisition d'une société cible britannique :

- insuffisance des bénéfices de la société cible dans la perspective de la déduction des intérêts de la holding britannique d'acquisition, les intérêts excédentaires pouvant alors faire l'objet d'un report en avant et d'une compensation avec les revenus futurs non commerciaux et les plus-values de la société holding britannique d'acquisition. Cette question est particulièrement importante, le Royaume-Uni disposant désormais d'un mécanisme d'exonération fiscale dans les cas

- de cession des actions des filiales d'exploitation (« SSE »), qui aboutit lors de la sortie à ce qu'aucun résultat imposable n'est dégagé, les intérêts excédentaires ne pouvant dès lors plus être imputés,
- l'existence au niveau de la société cible britannique de déficits d'exploitation reportés en avant, et l'impact potentiel d'un changement de la nature ou du mode d'exploitation de celle-ci à l'issue de l'acquisition (notamment dans le cadre d'une restructuration de l'activité), pouvant ainsi remettre en cause les déficits accumulés.

Il est possible de remédier à ces risques en ayant recours au mécanisme dit de « hive-up », consistant à transférer à la holding d'acquisition l'activité de la société cible. Ce transfert est une opération fiscalement neutre. Les pertes d'exploitation de la société cible devraient être

conservées par la société holding d'acquisition, même si l'activité commerciale de la société cible est modifiée à l'issue du transfert à la société holding d'acquisition. Les charges d'intérêts continueront à pouvoir être compensées avec les résultats d'exploitation résultant de l'activité transférée pour autant qu'il existe, avant l'acquisition et le financement, des éléments (par exemple des procès-verbaux de réunions du conseil d'administration, etc.) prouvant que la holding britannique d'acquisition entendait acquérir l'activité en cause par le biais de l'acquisition de la société cible et du mécanisme de « hive-up ». Si la société cible dispose de pertes d'exploitation reportables en avant, il n'est pas judicieux de procéder à ce transfert immédiatement dans le cadre de l'acquisition de la cible par l'entité britannique procédant à l'acquisition des actions. En effet, il existe un risque que l'administration fiscale britannique fasse valoir que la société cible n'est pas la propriétaire réelle de l'activité à l'issue de l'acquisition de la société cible. En pareil cas, il vaut mieux que le transfert soit reporté au plus tôt à la fin du mois où est réalisée l'acquisition de la société cible. Cependant, afin de maximiser les possibilités de traitement des intérêts dus au titre de la dette d'acquisition, le transfert ne peut être reporté pendant une période plus longue. Après le transfert, la société cible est généralement mise en sommeil pour être ensuite dissoute et radiée du registre du commerce et des sociétés. Il est également possible de liquider la cible.

Outre les opportunités et alternatives liées à l'intégration fiscale, il est également nécessaire, à l'occasion de la structuration du financement d'une acquisition, de s'attacher aux règlements spécifiques anti-abus et aux évolutions locales à cet égard.

Ainsi, en **Espagne**, l'administration fiscale applique notamment de manière excessive des dispositions anti-abus prévues en matière de déduction des charges d'intérêts.

Les charges d'intérêts sont déductibles en Espagne pour autant que les conditions suivantes soient réunies :

- les charges d'intérêts doivent être régulièrement et ponctuellement constatées dans les comptes de l'emprunteur,
- en cas d'opérations entre parties liées, les règles de sous-capitalisation et de pleine concurrence peuvent être appliquées.

Il n'existe aucune disposition spécifique anti-abus dans le cadre du financement des acquisitions.

Cependant, l'administration fiscale espagnole conteste en principe la déductibilité des charges d'intérêts au titre des acquisitions intra-groupe dans la mesure où l'entité espagnole financée par endettement acquiert une participation dans une entité étrangère, en particulier si cette participation était préalablement détenue par une autre société du groupe.

L'administration fiscale espagnole remet en cause le scénario décrit ci-avant en recourant à deux outils procéduraux :

- la disposition générale anti-abus (similaire à l'approche « le fond prime sur la forme »),
- la procédure de « simulation ».

La disposition générale anti-abus est rarement utilisée car elle exige la mise en œuvre d'une procédure spécifique assez difficile à respecter par l'administration fiscale. Par ailleurs, même si cette procédure peut entraîner la requalification des charges d'intérêts en charges non-déductibles, cette mesure ne peut donner lieu à l'application de pénalités. En pareil cas, aux fins de respect du critère de substance (« over form »), l'existence de motifs économiques sérieux justifiant l'ensemble des opérations commerciales revêt une importance cruciale pour l'ensemble des contribuables espagnols, plus encore que les enjeux fiscaux.

La procédure de « simulation » est un concept assez large dont la portée est difficile à apprécier. Elle peut également déboucher sur la remise en cause de la déductibilité de charges d'intérêts. En outre, au contraire de la procédure générale anti-abus, cette procédure permet à l'administration fiscale espagnole d'appliquer des pénalités. Par ailleurs, si les montants en jeu sont supérieurs à 120 000 euros, un montage « simulé » peut tomber sous le coup de la loi pénale. En conséquence, l'administration fiscale espagnole tend à privilégier cette approche afin de remettre en cause certains montages jugés contestables. Cependant, selon de nombreux praticiens, la procédure de « simulation » n'est en aucune manière appropriée dans les cas en cause et ne devrait donc pas pouvoir valablement servir à remettre en cause lesdits montages.

d) Structuration alternative

Il est enfin possible de faire usage de structurations alternatives, ce malgré l'évolution des législations fiscales dans l'ensemble de l'Europe.

Ainsi, dans l'hypothèse où un investisseur français désire acquérir une société cible en Allemagne, il est toujours possible de structurer de manière à obtenir une double déduction des intérêts entre l'Allemagne et la France. Dans le cadre de ce montage d'acquisition bien connu, une société de personnes commerciale allemande (telle qu'une GmbH & Co. KG) est constituée par une société française en tant que véhicule local d'acquisition. La société française bénéficiera de la déduction des intérêts (sous réserve des règles de sous-capitalisation) de même que la société de personnes allemande en vertu de la réglementation fiscale allemande pour autant que l'emprunt ait été souscrit afin de financer l'acquisition ou l'augmentation de la participation dans la société de personnes. En France, ce montage n'a pas encore été sujet à critique.

Par ailleurs, outre les leviers traditionnels (et notamment la consolidation fiscale, quels que soient les moyens employés pour y aboutir), il est possible de recourir à des leviers spécifiques de financement dans certains pays.

Ainsi, en **Belgique**, la déduction des intérêts notionnels est une mesure innovante permettant à l'ensemble des sociétés soumises à l'impôt belge sur les revenus des sociétés (ou à l'impôt sur les revenus des sociétés non résidentes) de déduire de leur revenu imposable un intérêt fictif calculé sur la base de leurs fonds propres (actif net). Cette mesure vise à réduire la discrimination fiscale entre le financement par l'emprunt et le financement en fonds propres.

Ce régime vise également à contrebalancer l'effet de la suppression du régime fiscal des quartiers généraux.

Cette mesure aboutit principalement à la réduction générale du taux effectif d'imposition des sociétés et augmente le retour sur investissement après impôts, tout en permettant la promotion des investissements à forte intensité capitalistique en Belgique et en incitant les multinationales à confier ces activités, et notamment le financement intra-groupe et le service central des achats, à une entité belge du groupe.

Le montant déductible de l'assiette est égal aux charges d'intérêts fictives se rapportant aux « fonds propres retraités ». Si la société ne réalise pas des bénéfices suffisants, la déduction peut être reportée sur les sept exercices suivants.

Les « fonds propres corrigés » correspondent aux fonds propres, à savoir le capital social, les primes d'émission, les plus-values de réévaluation, les réserves, les profits et pertes repris au bilan d'ouverture, minorés en particulier des éléments suivants :

- valeur fiscale nette des actions et parts propres reprise au bilan,
- valeur fiscale nette des immobilisations financières éligibles comme « participations et autres titres » (participations non détenues au titre du portefeuille),
- valeur fiscale nette des actions émises par des sociétés d'investissement,
- l'actif net des établissements stables à l'étranger et/ou des immeubles ou droits immobiliers (situés dans un pays avec lequel la Belgique a conclu une convention fiscale),
- valeur comptable nette des immobilisations corporelles, pour autant que leur coût ne soit pas excessivement supérieur aux besoins professionnels,
- valeur comptable des éléments détenus à titre de placement et qui ne produisent pas de revenu régulier,
- valeur comptable des immeubles mis à la disposition des administrateurs, gérants (ou de leurs conjoints ou enfants),
- plus-values de réévaluation et subsides en capital en franchise d'impôt.

Pour l'exercice comptable 2011 (exercice 2012), le taux d'intérêt fictif est égal à 3,425 % (3,8 % pour 2010). Les petites et moyennes entreprises bénéficient d'une majoration de ce taux à hauteur de 0,5 % (soit 3,925 % en 2011). Ce taux d'intérêt ne peut s'écarter de plus de 1 % du taux de l'année précédente et ne peut être supérieur à 6,5 %. Si la société concernée a un exercice supérieur ou inférieur à 12 mois, le taux d'intérêt notionnel de référence fait l'objet d'un ajustement *prorata temporis*.

Ce taux correspond à la moyenne annuelle des taux d'intérêt mensuels publiés pour les obligations linéaires émises par l'État belge pour une durée de dix ans (« OLO ») au cours de l'année se situant deux ans avant l'exercice fiscal concerné (c'est-à-dire la moyenne des taux d'intérêt 2008 pour l'exercice 2010).

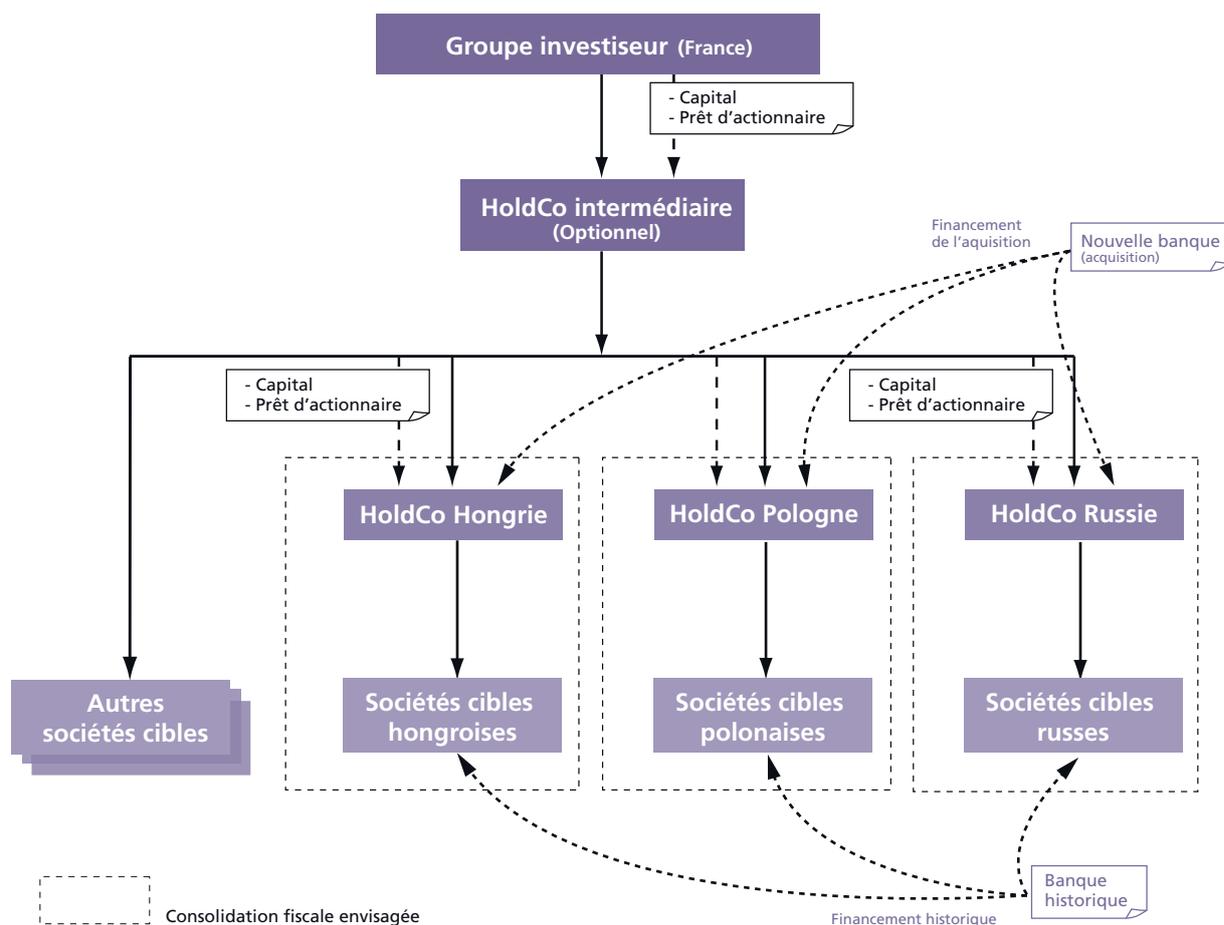
Ce régime présente également des spécificités qui méritent d'être soulignées : (i) comme indiqué ci-dessus, si la société ne réalise pas de bénéfices suffisants, cette déduction peut être reportée sur les sept exercices suivants, (ii) les intérêts notionnels ne peuvent être déduits des bénéfices « anormaux » ou obtenus à titre gratuit, (iii) en cas de changement de contrôle d'une société, la faculté de report en avant n'est maintenue que si ce changement est justifié par des motifs économiques et financiers sérieux, (iv) aucune retenue à la source ne s'applique à la déduction des intérêts notionnels, (v) aucun agrément ou rescrit n'est nécessaire en vue de l'application de la déduction des intérêts notionnels (la seule exigence formelle consistant dans le dépôt d'une annexe à la déclaration à l'impôt des revenus des sociétés).

Après ce rappel des principales caractéristiques du financement des acquisitions, il est possible d'illustrer leur utilisation et leur combinaison, le cas échéant, dans le cadre de l'étude de cas exposée ci-après. Cette étude porte sur l'acquisition par un groupe investisseur français de titres de sociétés cibles situées majoritairement dans des pays de l'Europe de l'est, ce afin d'analyser l'environnement fiscal du financement des acquisitions en dehors des juridictions majeures d'Europe de l'ouest.

Etude de cas : focus sur les pays d'Europe de l'est

Un investisseur français envisage d'acquérir les titres de plusieurs sociétés cibles situées en Hongrie, en Pologne et en Russie (nous retenons pour hypothèse que ces sociétés ne sont pas à prédominance immobilière). Cette acquisition pourrait être réalisée grâce à une société holding de tête (ci-après « HoldCo ») située dans un pays généralement considéré comme favorable à l'implantation de sociétés holding comme les Pays-Bas, le Luxembourg ou Chypre. Afin d'assurer le financement de l'acquisition des sociétés cibles, l'investisseur français (ou sa société holding intermédiaire) devrait créer des sociétés holding locales dans chaque pays où se situe une cible (véhicules d'acquisition hongrois, polonais et russes). Chacun de ces véhicules devrait être financé (soit directement par l'investisseur ou par l'intermédiaire de la holding de tête) par (i) une combinaison de fonds propres (capital social) et d'un prêt d'actionnaire (subordonné à la dette bancaire), et (ii) par des prêts bancaires (financement de l'acquisition). Chaque cible serait déjà financée (besoins d'exploitation / investissement) par un prêt bancaire (financement existant).

Une fois l'acquisition réalisée, tous les véhicules d'acquisition mettraient en place une intégration fiscale avec la société cible concernée, de telle façon que les bénéfices de celle-ci puissent être compensés avec les charges d'intérêts encourues à l'occasion de l'acquisition.



a) Choix de la HoldCo

L'investisseur français structurera son acquisition par l'entremise d'une HoldCo constituée dans un pays à faible fiscalité, et notamment les Pays-Bas, le Luxembourg ou Chypre. Ces pays présentent un intérêt notamment en termes d'imposition des plus-values de cession, étant donné qu'ils ont mis en place des régimes avantageux d'exonération des produits de participations (dividendes et plus-values). Nous supposons que la HoldCo dispose d'une présence réelle adéquate dans le pays où elle est implantée.

Dans l'hypothèse d'une future cession par la HoldCo de ses actions de sociétés cibles, les plus-values de cession de ces titres ne seraient pas imposables en Hongrie et en Pologne en vertu du droit interne de ces deux pays. En Russie, les conventions fiscales avec le Luxembourg et les Pays-Bas prévoient par ailleurs une exonération intégrale des plus-values liées à ces cessions.

b) Financement des véhicules d'acquisition

Les sociétés holding locales seraient financées par fonds propres (comptes courants d'actionnaires et fonds propres) et par un endettement externe (bancaire).

Aucun droit de timbre ne serait dû sur le financement par emprunt ou par fonds propres en Hongrie et en Russie. En Pologne, en règle générale, le financement par fonds propres donne lieu à un impôt de 0,5 % sur les opérations de droit civil (ci-après « TCLT » - équivalent du droit de timbre). La TCLT ne s'applique pas au financement

par prime. Les contrats de prêt soumis à la TCLT sont généralement imposés au taux de 2 %. Cependant, les prêts consentis à une société par ses actionnaires sont exonérés de la TCLT. D'autres dérogations ont également été consenties. Ainsi, selon l'interprétation la plus commune, un prêt consenti de l'étranger n'est pas soumis à la TCLT si le contrat de prêt a été signé à l'étranger et si les fonds ont été déposés sur un compte ouvert auprès d'une banque non polonaise à la date du prêt.

En Hongrie, en Pologne et en Russie, les règles de sous-capitalisation prévoient pour l'essentiel un ratio dettes / fonds propres de 3:1 (par référence au capital). Les règles hongroises sont particulièrement strictes à cet égard. En effet, les règles de sous-capitalisation portent sur tout financement par emprunt consenti à une société (y compris les prêts bancaires).

En Pologne, les règles de sous-capitalisation ne s'appliquent qu'aux comptes courants d'actionnaires (et aux prêts consentis par les sociétés sœurs). En Russie, les règles de sous-capitalisation s'appliquent aux prêts consentis ou garantis par une société étrangère détenant directement ou indirectement plus de 20 % du capital de l'emprunteur. Les intérêts excédentaires ne sont pas déductibles fiscalement et peuvent être requalifiés comme dividendes présumés. La législation russe autorise la déductibilité intégrale des charges d'intérêts non soumises aux règles de sous-capitalisation. Toutefois, le montant des intérêts déductibles ne peut pas s'écarter de plus de 20 % par rapport au taux d'intérêt moyen calculé sur la base

de dettes de même nature. La base de la comparaison est limitée aux prêts accordés par les sociétés résidentes. En l'absence de tels prêts comparables, les autorités russes acceptent actuellement un taux d'intérêt de 6,2 % sur les prêts libellés en devises. En vertu de certaines conventions fiscales (et notamment celle en vigueur entre la France et la Russie), les règles de sous-capitalisation ne trouvent pas à s'appliquer (clause de non discrimination). En Hongrie et en Pologne, les charges d'intérêts constituent un poste déductible fiscalement, alors que leur sort reste incertain en Russie quant à la méthode de déduction des intérêts. La Hongrie et la Pologne ont transposé les Directives communautaires. En conséquence, les paiements d'intérêts et de dividendes devraient être exonérés. Néanmoins, en Pologne, s'agissant des intérêts, la transposition de la Directive n'est pas encore finalisée. En conséquence, jusqu'en 2013, les paiements d'intérêts sont soumis à une retenue à la source. En Russie, les dividendes font l'objet d'une retenue à la source de 5 %, 10 % ou 15 % en fonction de la convention fiscale applicable. En Russie, aucune retenue à la source n'est perçue au titre des intérêts.

c) Acquisition des titres des sociétés cibles

Les sociétés cibles devront être acquises par des véhicules d'acquisition locaux (sociétés holding pures) détenues directement ou indirectement (par l'entremise de la HoldCo, le cas échéant) par l'investisseur français. A l'occasion de cette acquisition de titres, les véhicules d'acquisition pourront être tenus d'acquitter des impôts locaux sur les mutations. En Russie et en Hongrie, aucun droit de mutation n'est dû. En Pologne, la cession de titres d'une société polonaise donne lieu à la perception d'un droit de mutation de 1 %.

d) Consolidation fiscale

Cette phase vise à la consolidation des intérêts dus au niveau des véhicules d'acquisition et des résultats d'exploitation dégagés par les sociétés cibles. L'intégration fiscale n'est pas prévue par les législations russes et hongroises. S'agissant de la Pologne, la réglementation locale prévoit un concept de groupe fiscal, mais celui-ci est actuellement très difficile à mettre en œuvre en pratique. La consolidation fiscale peut également être obtenue au travers d'une conversion des sociétés cibles en sociétés de personnes. En pareil cas, en Pologne et en Russie, les résultats non distribués de la société cible seraient considérés comme un paiement de dividendes (exonérés d'impôts en Pologne en vertu du régime mère-fille). Dans l'ensemble de ces trois pays, il serait encore possible de déduire les charges d'intérêts à l'issue de la transformation. Il ne serait en revanche pas possible de procéder en Hongrie à une telle transformation de la société cible en société de personnes. Une autre solution de consolidation fiscale pourrait consister à liquider la cible, par confusion avec sa société mère. Une telle liquidation constituerait toutefois un fait générateur d'imposition et ne serait pas neutre fiscalement.

Ainsi, en Hongrie, cette liquidation serait imposable et les actifs de la société cible seraient réévalués sur le base de leur valeur vénale. En Russie, la dette devrait faire l'objet d'un remboursement préalable. Par ailleurs, en Pologne et en Russie, les déficits fiscaux ne pourraient plus être reportés en avant. Compte tenu de ce qui précède, il semble que la meilleure méthode pour assurer la consolidation des véhicules locaux d'acquisition et des sociétés cibles consisterait à les fusionner. En Hongrie, en Pologne et en Russie, cette fusion serait neutre fiscalement. Dans une telle hypothèse, l'imputation des pertes de la société cible resterait possible en Hongrie et en Russie, tandis que les pertes de la société cible ne pourraient plus être utilisées en Pologne. La déduction des charges d'intérêts resterait possible (sous réserve des règles de sous-capitalisation) dans l'ensemble des trois pays. En pratique cependant, la déduction des charges d'intérêts liées au financement de l'acquisition pourrait être remise en cause par l'administration fiscale hongroise.

Cet exposé permet d'aboutir à la conclusion que les contribuables d'Europe de l'ouest ne sont pas réellement confrontés à un paysage fiscal entièrement nouveau, les principales caractéristiques du financement des acquisitions restant inchangées (quand bien même certaines règles locales sont durcies). Cette conclusion peut sans conteste s'appliquer à la plupart des pays d'Europe centrale, même si certains pays offrent davantage de souplesse en termes de financement des acquisitions que les pays d'Europe occidentale où ont été adoptées diverses dispositions anti-abus au cours des dernières années.

Laurent Hepp
CMS Bureau Francis Lefebvre
E laurent.hepp@cms-bfl.com

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

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

Arkadiusz Michaliszyn
CMS Cameron McKenna
E arkadiusz.michaliszyn@cms-cmck.com

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

Olivier Querinjean
CMS DeBacker
E olivier.querinjean@cms-db.com

Federico Raffaelli
CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni
E federico.raffaelli@cms-aacs.com

Les actifs incorporels, source clé de croissance

L'année 2010 a marqué une étape importante en matière de détermination des prix de transfert des actifs incorporels. En effet, le 22 juillet 2010, l'OCDE a diffusé une importante révision des Directives de Prix de Transfert à l'intention des Entreprises Multinationales et des Administrations Fiscales, intégrant plusieurs modifications aux chapitres consacrés aux actifs incorporels.

Au cours de ce processus de révision, il est apparu nécessaire d'apporter des éclaircissements concernant plusieurs questions relatives aux actifs incorporels. Cette approche répondant à un souci essentiel, l'OCDE décida de lancer un nouveau projet, et de demander à la communauté ainsi qu'aux États membres de lui faire part de leurs commentaires sur la portée d'un éventuel projet consacré aux aspects liés à la détermination des prix de transfert des actifs incorporels⁽¹⁾.

En conséquence, le 25 janvier 2011, le Comité des Affaires Fiscales approuva la publication d'un nouveau document examinant de manière détaillée la portée de ce projet. Les enjeux évoqués dans le programme de travail 2011 de l'OCDE soulignent clairement la grande actualité de ces questions et leur caractère délicat, tant en théorie qu'en pratique.

En conséquence, les praticiens de CMS ont décidé de s'attacher à différents cas se rapportant aux questions que peuvent soulever les actifs incorporels dans un contexte de prix de transfert (Partie I) et aux critères à prendre en compte lors du choix de l'implantation idéale d'une Société Holding détentrice des droits de propriété intellectuelle (Partie II).

Questions liées aux actifs incorporels dans le cadre des prix de transfert

La conférence fiscale annuelle du réseau CMS revêt une importance particulière, le projet approuvé en janvier par l'OCDE visant à formuler une doctrine internationale plus claire sur des points spécifiquement liés aux actifs incorporels, de façon à éviter toute insécurité juridique. Les principaux problèmes relevés dans des domaines où un apport de l'OCDE était nécessaire comprenaient notamment :

- le processus d'analyse des problèmes de prix de transfert liés aux actifs incorporels,
- les aspects liés aux définitions ne faisant pas l'objet d'une réponse claire dans la version actuelle des Chapitres VI et VII des principes de l'OCDE,
- les catégories spécifiques d'actifs incorporels, et notamment la distinction entre les services et transferts liés aux actifs incorporels, les actifs incorporels en matière de marketing ainsi que leurs caractéristiques commerciales,

(1) A titre d'exemple, se reporter aux « commentaires émanant de l'organisation CMS relatifs à la portée du projet futur de l'OCDE relatif aux aspects de prix de transfert liés aux actifs incorporels »

- les accords de répartition des coûts relatifs au partage des coûts et risques liés au développement, à la production ou à l'obtention d'actifs incorporels,
 - les transferts d'actifs incorporels,
 - la valorisation, et
 - la propriété économique des actifs incorporels.
- Au cours du colloque, les praticiens de CMS ont fourni des exemples pratiques des difficultés rencontrées en matière de Transferts d'Actifs Incorporels (a) et de Valorisation (b) et en ce qui concerne la Notion de Propriété Économique (c).

a) Transferts d'Actifs Incorporels

L'OCDE a noté que les actifs incorporels pouvaient soulever des questions relatives à l'existence d'un transfert portant sur ceux-ci, sur la forme de cette opération, ainsi que des enjeux liés à la requalification. A titre d'exemple, Angelika Thies a décrit un type particulier de transfert observé en Allemagne.

Cas allemand : transfert de fonctions de l'entreprise

En Allemagne, une question relative aux actifs incorporels mérite une attention particulière, à savoir le transfert de fonctions de l'entreprise.

En 2008, l'Allemagne a adopté une législation fiscale (*Funktionsverlagerung*⁽²⁾) portant sur la taxation de l'intégralité de la valeur d'une fonction de l'entreprise qui aurait été développée en Allemagne pour être ensuite cédée à une autre société du Groupe implantée à l'étranger.

QU'EST-CE QU'UNE FONCTION ?

Il convient tout d'abord de définir la notion de fonction. Cette question n'est pas abordée clairement par la législation allemande qui fournit des définitions larges, qui se révèlent source de confusion dès que l'on cherche à les analyser de manière approfondie ou à les adapter à des cas précis. Une directive de 81 pages publiées en octobre 2010 définit certes la notion de fonction, mais d'autres documents législatifs en fournissent une description différente. La loi prévoit qu'« une fonction est une partie organique de l'entreprise, qui ne peut cependant être qualifiée fiscalement de branche de l'entreprise ». En réalité, l'administration fiscale tend à désagréger les fonctions au niveau le plus fin, de telle sorte qu'en fonction de la nature de l'activité en cause, même une activité commerciale unique ou un produit isolé peut être considéré comme une fonction.

(2) Réduction des fonctions : se reporter à la section 1 paragraphe 1 de la loi allemande sur les impôts étrangers (*Außensteuergesetz*)

QU'EST-CE QU'UN TRANSFERT ET SUR QUOI PEUT-IL PORTER ?

Le transfert d'une fonction de l'entreprise peut à l'évidence recouvrir des actifs incorporels, mais ceux-ci ne sont toutefois pas les seuls éléments susceptibles d'être concernés. La loi indique que le transfert des fonctions de l'entreprise « porte sur les chances et risques s'y rattachant ainsi que les actifs commerciaux transférés ou donnés à bail à ce titre ou tous autres avantages ». Il s'agit là d'une définition générale, correspondant à une partie plus ou moins spécifique de l'entreprise, telle que la production, la R&D ou les processus de vente. Cependant, il est toujours possible de procéder à une ventilation un peu plus poussée, de façon à distinguer notamment les divers types de processus de vente, et telle est l'approche adoptée par l'instruction administrative de 2010.

QU'EN EST-IL DES DOUBLES EMPLOIS ENTRE FONCTIONS ?

Selon l'administration, un chevauchement des fonctions peut amener un transfert de celles-ci. En effet, si une fonction est exercée en parallèle à l'étranger, pour voir ensuite son importance réduite en Allemagne au cours des cinq années qui suivent, une telle opération sera perçue comme la relocalisation de cette fonction. En conséquence, la loi ne s'appliquera pas dans les cas où un site de production est créé en dehors du territoire allemand, sans aucune fermeture d'une installation de production allemande. L'administration fiscale a indiqué que la réduction d'une fonction doit s'analyser au regard du chiffre d'affaires qu'elle crée.

A ce titre, la directive administrative de 2010 a introduit un seuil d'exemption égal à 1 million d'euros maximum de chiffre d'affaires annuel.

b) Valorisation

Après avoir identifié un type particulier de transfert, il convient de s'attacher à l'enjeu crucial de sa valorisation. Sur ce point, l'OCDE s'est efforcée de fournir des directives claires sur la sélection de la méthode la plus adaptée et sur la nécessité d'inclure des méthodes de valorisation utilisées à des fins non fiscales (méthodes de valorisation financière, agrégation d'actifs incorporels en vue de leur valorisation et valorisation effectuée à une époque où une telle approche est affectée par une grande incertitude). Dans l'intervalle, l'administration fiscale adopte parfois des approches inattendues qui soulèvent de difficiles questions de prix de transfert et créent une insécurité juridique pour les contribuables.

Valorisation du transfert global sous l'effet de la loi allemande dans le cas de transfert de fonctions d'entreprise

Il est important de noter que la valeur de la fonction délocalisée ne dépend pas de la valeur d'un élément d'actif isolé, mais bien de la valeur globale de la fonction dans son ensemble. Cette notion est généralement désignée par le terme de « transfert global ».

S'agissant des actifs incorporels, il peut être difficile, voire impossible, de trouver des comparables. En conséquence, l'administration fiscale allemande a introduit une nouvelle

catégorie de prix de transfert : le prix de transfert notionnel, à retenir dans l'hypothèse où un prix de transfert adéquat ne peut être arrêté par application des méthodes classiques de prix de transfert.

Afin de calculer ce prix de transfert notionnel, il est nécessaire de déterminer la fourchette entre le prix minimum du transfert des actifs pour le cédant et le prix maximum pour le cessionnaire (en supposant que des informations complètes sont disponibles et que le taux d'intérêt est adéquat). Au sein de cette fourchette, s'il n'est pas possible de déterminer le prix le plus proche d'un prix de pleine concurrence, il conviendra de prendre en compte la valeur médiane. La valorisation devra s'effectuer sur la base des résultats nets, compte tenu de tout actif ou avantage, ainsi que de toutes incidences favorables obtenues sur le marché par l'entreprise cessionnaire. En conséquence, le prix de pleine concurrence notionnel inclut également une survaleur (partielle).

Par ailleurs, la loi retient pour hypothèse que des tiers auraient pu convenir d'une clause ponctuelle d'ajustement de prix, qui s'appliquerait en cas de changement important de prix. Une telle clause sera réputée valoir pendant une période de dix ans, sauf s'il peut être établi qu'il n'est pas habituel de prévoir entre tiers dans le secteur en cause une telle clause d'ajustement.

Cependant, la réglementation limite le champ d'application de cette disposition, de telle sorte qu'une valorisation des actifs isolés sera admise dans les cas où :

- un seul actif est transféré ou donné à bail,
- l'opération ne porte que sur des prestations de services,
- l'opération ne serait pas qualifiée par un tiers ou par une partie indépendante de transfert d'une fonction de l'entreprise,
- l'opération ne porte que sur un transfert de personnel,
- la fonction n'est exercée par l'entité cessionnaire qu'en faveur de l'entité cédante, et la rémunération est fondée sur la méthode du prix de revient majoré,
- la valeur des actifs incorporels est inférieure à 25 % de la valeur totale des actifs transférés (sur la base d'une valorisation individuelle),
- il est possible de distinguer clairement et de décrire avec exactitude tout actif incorporel important faisant l'objet d'un transfert. Le terme « important » s'entend d'un actif dont la valeur est au moins égale à 25 % de la valeur totale des actifs transférés et valorisés séparément.

Dès lors, la valorisation totale d'un transfert global peut être évitée si l'une des conditions - au demeurant assez nombreuses - ouvrant un droit à dérogation est satisfaite. En pareil cas, l'actif incorporel faisant l'objet du transfert peut faire l'objet d'une valorisation séparée, par application d'une méthode de valorisation classique. Il va de soi qu'une documentation appropriée doit être établie à cet égard.

Enfin, la réglementation allemande sur le transfert des fonctions de l'entreprise peut être contraire à de nombreuses conventions en vue d'éviter la double imposition et au droit communautaire, dans la mesure où, par exemple, il y a un risque de double imposition.

Cette nouvelle réglementation sur la délocalisation des fonctions de l'entreprise fait et devra encore faire l'objet de nouvelles interprétations, et devra dès lors être suivie par les contribuables allemands et leurs conseils.

Cas français : valorisation dans le but de fixer un taux de redevances⁽³⁾

Le cas analysé ci-dessous illustre les enjeux liés à la valorisation relevés dans le cadre d'un contentieux français.

LES FAITS

En l'espèce, un groupe français (ABC) avait repris un groupe étranger (DEF) propriétaire d'une importante marque internationale. A la suite de cette acquisition, la société mère avait décidé d'utiliser la marque DEF pour certaines de ses activités.

Dans le cadre de ce processus de changement de marque, la société française supporta une partie, mais non le tout, des coûts liés à cette modification, certains des frais de marketing étant également pris en charge par la société étrangère propriétaire des connaissances et du savoir-faire correspondants.

De façon à pouvoir exploiter la marque DEF, la société française conclut un « contrat de licence de marque » avec la société DEF, propriétaire en droit de celle-ci. Outre le droit d'exploitation de la marque, la licence permettait l'accès à l'expertise et au savoir-faire en matière de commercialisation à l'étranger et aux conseils prodigués en la matière par DEF de façon à maximiser l'incidence du changement de marque. En conséquence, la société française devait acquitter en retour une redevance minimum (d'un niveau inférieur à 2 %) en faveur de DEF. Ce type d'accord avait déjà, même avant l'acquisition par ABC, été mis en place par DEF avec plusieurs parties qui pouvaient être liées, indépendantes ou pratiquement indépendantes. Cette dernière catégorie englobait des sociétés contrôlées soit par ABC soit par DEF. Cependant, les statuts de ces sociétés prévoyaient que certaines décisions ne pouvaient être adoptées (i) qu'avec l'accord unanime des actionnaires, ou (ii) que si était atteint un seuil spécifique, que ni ABC, ni DEF ou ces deux sociétés agissant en concert ne pouvait atteindre. Vu la nécessité de convaincre les actionnaires minoritaires du caractère approprié de leurs opérations, il s'agissait là d'une négociation de pleine concurrence, même si l'entité licenciée pouvait être juridiquement qualifiée de partie liée.

DÉTERMINATION DU TAUX DE REDEVANCE

La détermination du taux de redevance reposait sur une analyse économique complexe qui n'avait pas au départ de finalité fiscale. En effet, le groupe visait à conclure des contrats de redevance avec des parties non liées ou quasiment indépendantes. Ces opérations étaient dès lors, en raison de leur nature, régies par le principe de pleine concurrence.

Le modèle utilisé était essentiellement fondé sur la méthode du partage des bénéfices. Il était procédé à une évaluation

de la valeur ajoutée que pouvait apporter la marque DEF au partenaire local appelé à conclure un contrat de licence. La valeur ajoutée ainsi calculée était alors répartie entre le licencié et le concédant. Plusieurs critères permettaient de réaliser cette répartition. Ainsi, la ventilation devait être modulée en fonction de la position des parties à la négociation et de la possibilité de tirer parti de la valeur ajoutée créée par la marque.

Par ailleurs, la méthode des Prix Comparables sur le Marché Libre (PCML) était elle aussi appliquée. Il était fait usage d'une référence directe aux taux de redevance comparables appliqués sur le marché libre dans le cadre d'opérations entre parties indépendantes, de façon à valider le caractère de pleine concurrence des taux retenus. Des données fiables pouvaient être utilisées, en raison de l'existence de licences identiques entre DEF et des parties indépendantes dans quelques pays. La justification apparaissait dès lors comme assez solide.

CONFLIT AVEC L'ADMINISTRATION FISCALE

Quelques années plus tard, un contrôle de comptabilité réalisé en France ne porta, en raison du délai de reprise, que sur les exercices postérieurs au changement de marque.

Dans le cadre d'une tentative de redressement des résultats des sociétés, l'administration fiscale française communiqua une proposition de redressement qui ne se fondait que sur la problématique de la marque proprement dite. Elle indiqua par écrit que le modèle utilisé était correct, que le recours à la méthode du partage des bénéfices était approprié et que la méthode PCML n'était pas assez rigoureuse pour être utilisée seule.

Cependant, le taux de redevance était remis en cause. A cette fin, l'administration fiscale contestait pratiquement tous les paramètres du partage des bénéfices, entraînant ainsi une modification de ce dernier et du taux de redevance. Elle communiqua une analyse économique assez complexe à l'appui de sa position. Le service se fondait non seulement sur les données rendues publiques par le contribuable, mais également sur des sources externes et des évaluations dont la justification objective n'apparaissait pas toujours clairement. L'une d'entre elles était dénommée « méthode approximative ». Ce terme (en anglais « rule of thumb ») avait été utilisé dans les années 1930 par une juridiction fiscale américaine qui, à titre d'estimation raisonnable, avait jugé que, dans le cadre d'un contrat de licence, 75 % des bénéfices devaient rester au niveau du licencié, les 25 % restant revenant au concédant. S'il ne s'agissait là que d'une spéculation, une partie significative de l'analyse de l'administration fiscale se fondait sur ce qu'elle tenait pour une règle reposant sur un raisonnement économique. Par ailleurs, la méthode PCML était rejetée, l'administration considérant que les situations et les marchés n'étaient pas comparables.

La société disposant de solides arguments lui permettant de contester la position de l'administration, celle-ci n'eut d'autre solution que de reconnaître le manque de validité de sa première approche.

(3) Présenté par Arnaud Le Boulanger

Cependant elle décida de remanier sa proposition de redressement en se fondant sur une approche totalement différente.

L'un des arguments utilisés consistait à faire valoir que la marque DEF n'avait aucune valeur en France, et que dès lors aucune redevance n'aurait dû être perçue. Son raisonnement consistait à dire que, si l'ancienne marque qui avait été remplacée par la nouvelle marque avait certes une valeur, le contribuable n'avait pas démontré, en ce qui concerne cette nouvelle marque, que cette dernière avait une quelconque valeur sur le marché français. Dès lors, c'était le principe du paiement d'une redevance qui était remis en cause, et non son taux. Ici encore, le contribuable disposait de solides arguments en réponse. Pour n'en citer qu'un seul, son résultat net en France avait augmenté de manière très significative, ce qui rendait vain l'argument de l'administration selon lequel la marque était dépourvue de valeur.

Cet exemple montre combien la notion de valorisation peut être approchée différemment par les contribuables et par l'administration. Cette situation peut exiger du contribuable des analyses économiques extrêmement complexes qui devront être opposées à celles de l'administration. En pareil cas, le contribuable peut également se trouver face à la situation où l'analyse de l'administration est erronée mais noyée dans une grande masse d'éléments apparemment objectifs (car externes) mais utilisés de manière inappropriée; il peut être ardu de trouver la bonne façon de prouver le caractère erroné de cette position en raison de la masse d'informations à analyser et d'affirmations erronées à contester. Cependant, dans ce contentieux français, la valorisation n'était que l'une des problématiques soulevées.

c) Notion de Propriété Economique

La question de propriété économique revêt une importance particulière en ce qui concerne les prix de transfert des actifs incorporels. En effet, cette question fait partie du plan de travail de l'OCDE pour 2011. Celle-ci prévoit d'émettre des directives sur le droit d'une entreprise de participer aux produits dégagés par un actif incorporel dont elle n'est pas juridiquement la propriétaire.

Si cette notion n'a pas de fondement légal en France, la propriété économique de la marque DEF sur le marché français a été également l'un des arguments invoqués par l'administration fiscale française dans l'affaire ABC afin de redresser les résultats de la société.

En effet, la marque avait été cédée à une société liée située dans le même pays que le propriétaire précédent. Une plus-value significative avait été réalisée à l'occasion de la cession. L'administration fiscale française faisait valoir qu'une partie significative de cette plus-value était imposable en France parce que la société française « était le propriétaire économique de la marque et avait développé la notoriété de celle-ci sur le marché français ». Sans souci de ses propres incohérences et de son interprétation erronée des faits eux-mêmes, et notamment de l'identité de la société qui avait pris en charge les frais de marketing liés à cette marque (et des montants en cause), l'administration notifia un autre

redressement d'un montant très élevé.

Si ce cas n'est pas encore réglé, il donne d'ores et déjà lieu à plusieurs commentaires intéressants. Si l'administration française accepte que la notion de propriété économique dépourvue de tout fondement juridique serve de base à l'appréciation du lieu où se situe la valeur, il deviendrait très aisé pour le contribuable français de déplacer la propriété intellectuelle à l'extérieur du territoire national en se contentant d'en transférer la propriété « économique » à l'étranger.

Au plan pratique, cette affaire souligne l'importance des analyses économiques complexes, qui constituent les meilleurs obstacles à des approches irrationnelles inspirées par l'importance des enjeux financiers. Elle montre également l'absence de méthodologies claires permettant de déterminer l'existence et la valeur des actifs incorporels. En particulier, la notion de propriété économique d'un actif incorporel est une question délicate qui devra être abordée dans un avenir prévisible.

Choix de la meilleure implantation d'une société holding détentrice de droits de propriété intellectuelle

Indépendamment des difficultés déjà décrites ci-dessus, à l'occasion de l'élaboration d'une planification fiscale au titre de leur propriété intellectuelle, les groupes multinationaux s'efforceront fréquemment, sinon toujours, de tirer le meilleur parti de leur propriété intellectuelle. Sous cet angle, et dans la mesure où les entreprises peuvent centraliser la propriété et le contrôle de leur propriété intellectuelle, il convient de prendre en compte la structure juridique la plus appropriée afin de dégager des avantages durables tant en matière fiscale que de prix de transfert. Ces sociétés, dont l'actif se compose principalement d'éléments incorporels sont le plus souvent désignées sociétés holding de propriété intellectuelle ('IPHC' ou 'IP HoldCo').

Ces trois exemples, fournis par Nick Foster-Taylor (CMS Cameron McKenna, Londres), Tamás Fehér (CMS Cameron McKenna, Budapest) et Agnieszka Wierzbicka (CMS Cameron McKenna, Varsovie), font apparaître les critères à prendre en compte lors du choix de la meilleure implantation d'une HoldCo.

a) Cas britannique

Le premier cas porte sur un groupe multinational ayant son siège au Royaume-Uni et disposant déjà dans d'autres pays, et en particulier aux États-Unis et en Belgique, de droits de propriété intellectuels importants dont il est le propriétaire. Dans le passé, la stratégie du groupe a consisté à acquérir des entreprises locales et à les doter d'une notoriété, de personnel, de marques et de capacités de production. Cependant, ces implantations avaient des structures fiscales différentes, et leur croissance interne n'avait généralement pas été intégrée dans la planification fiscale globale. Il avait par la suite été décidé que le groupe avait besoin d'élaborer une stratégie claire en matière de propriété intellectuelle. Une telle démarche

fournirait également l'occasion d'exercer une influence positive sur la position fiscale du groupe au moyen des actifs incorporels de grande valeur dont il détenait la propriété. Plusieurs critères ont été retenus afin de déterminer l'implantation de l'IPHC, de façon à prendre en compte plusieurs impératifs commerciaux et logistiques. En premier lieu, le déterminant essentiel a été la maximisation des possibilités de gestion du taux d'imposition effectif, pour répondre aux besoins de trésorerie et de gestion fiscale immédiats et à long terme, et les avantages que permettait d'obtenir la structure IPHC. Dans ce cadre, le coût non récurrent potentiel du transfert de la propriété intellectuelle à l'IPHC, et les possibilités d'exonération des revenus perçus par l'IPHC sous forme de redevances ont constitué des facteurs de première importance. (Aux fins des prix de transfert, tout transfert d'un droit de propriété intellectuelle ou d'un actif incorporel doit être rémunéré dans des conditions de pleine concurrence et une plus-value sera généralement constatée dans le pays où ce droit ou cet élément a été cédé). La combinaison de la possibilité de subir des pertes fiscales dans le pays où serait située l'IPHC, et de la possibilité d'imputer à la fin toute plus-value réalisée à l'occasion de la cession des droits de propriété intellectuelle existants sur les moins-values prévues par la personne morale procédant à la cession de cet actif, avait pour conséquence que la situation de trésorerie au plan fiscal à l'occasion de la mise en place de l'IPHC constituait un élément très attractif pour le groupe. Un autre aspect important du choix du pays d'implantation est la protection juridique dont pourra bénéficier la propriété intellectuelle en cause. Il s'agit là d'un domaine dont l'importance est souvent sous-estimée dans le cadre d'une planification fiscale et des prix de transfert. En règle générale, le choix d'une structure d'IPHC prête à l'emploi se portera sur des pays bénéficiant d'un faible taux d'imposition, mais les difficultés liées à la protection juridique des divers types de propriété intellectuelle sont souvent ignorées. Dans certains cas, des clients avaient prévu d'établir leur HoldCo dans des pays à taux d'imposition très bas avant de s'apercevoir qu'ils auraient sérieusement réduit leur droit de s'opposer à des contrefaçons et que ce risque commercial réduisait en fin de compte à néant tout avantage fiscal potentiel.

L'un des aspects essentiels de ce type d'approche consiste à mettre en place la structure IPHC et à réduire les risques d'une remise en cause par l'administration fiscale de toute planification fiscale de cette nature. Compte tenu de cet élément, l'existence d'une procédure d'Accord Préalable sur les Prix de Transfert (APP) est un élément très attractif lors du choix de l'implantation de l'IPHC. De même qu'une cohérence accrue aux plans européen et mondial dans le domaine des accords bilatéraux et multilatéraux, le choix d'une implantation IPHC dans un pays ayant prévu des procédures d'APP se révèle toujours attractif. Enfin, un élément revêtant une importance accrue à cet égard est la perception par le marché extérieur de toute délocalisation des actifs, dans le contexte des critiques de plus en plus véhémentes formulées aux États-Unis à l'encontre des multinationales qui exportent les actifs incorporels clés à destination de « paradis fiscaux ». En raison de ce genre de censure du public, tout exercice de gestion

des droits de propriété intellectuelle qui serait susceptible d'avoir un impact médiatique doit être analysé et géré en conséquence.

Au cas particulier, compte tenu de la combinaison d'éléments de fonds à long terme, d'avantages fiscaux et de trésorerie à long terme et du respect des exigences commerciales et des autres impératifs réglementaires au titre de la propriété intellectuelle du groupe, le pays retenu pour l'implantation de l'IPHC a été la Belgique. Le choix d'un pays apparemment peu fréquemment retenu dans le cadre d'une telle problématique prouve que seule une analyse détaillée de tous les éléments commerciaux et fiscaux présents et futurs permet de choisir la structure la plus appropriée en la matière.

b) Cas hongrois

Tamás Fehér, du Cabinet CMS Cameron McKenna de Budapest a également présenté les critères susceptibles d'être pris en compte à l'occasion du choix du pays où sera implantée une société holding détentrice de droits de propriété intellectuelle.

Le premier critère qui vient à l'esprit est le taux de l'impôt sur les revenus des sociétés. En Hongrie, ce taux est assez particulier, en raison de sa progressivité, le taux le plus bas étant de 10 % et le taux maximum de 19 %.

Vient ensuite le critère de déductibilité fiscale de l'achat ou du transfert des droits de propriété intellectuelle.

En ce domaine, la Hongrie applique un abattement de 50 % à l'assiette brute des redevances.

Par ailleurs, un point important est l'existence d'un report en avant illimité, de telle sorte que dans la mesure où une société utilise ou génère des déficits fiscaux au cours d'un exercice donné au titre des règles anti-évasion, elle peut reporter ceux-ci en avant sans limitation aucune. Un autre facteur clé est l'application ou non d'une retenue à la source sur les redevances. La Hongrie n'applique actuellement aucune retenue à la source aux redevances, intérêts et dividendes payés à l'étranger pour autant que leurs bénéficiaires soient des personnes morales de tout ressort, quel que soit l'État où elles sont installées (UE ou non) et que cet État ait ou non un taux d'imposition élevé. Les possibilités accrues de déduction des dépenses de R&D et l'existence d'un droit de déduction des dépenses de R&D sous-traitées sont d'autres facteurs à analyser. La Hongrie accorde en matière de recherche et de développement de généreux avantages fiscaux, dont peuvent également bénéficier les activités sous-traitées. Sous ce régime, il est possible de déduire de l'assiette fiscale 200 % des coûts directs de R&D. Aussi longtemps que la HoldCo ne sous-traite pas ses activités de R&D à une autre entité hongroise (qui serait en mesure de bénéficier de la même déduction), les dépenses liées à la sous-traitance de la R&D peuvent être déduites de la même façon.

Les législations anti-évasion constituent un autre critère.

Cette législation s'applique en particulier en matière de déductibilité fiscale des dépenses. Cet aspect doit être analysé soigneusement, car une disposition générale indique que les coûts ne sont pas déductibles s'ils ne sont pas associés aux activités de l'entreprise. Cette règle est très souvent invoquée - parfois de manière abusive -

par l'administration fiscale hongroise afin de procéder à des redressements.

En définitive, si la Hongrie pourrait a priori sembler être une « implantation idyllique » pour une IPHC, Tamás Fehér estime toutefois que l'un de ses problèmes tient à la rapidité de l'évolution de ses lois fiscales. S'il est vrai dans une certaine mesure qu'une telle observation est banale dans bien d'autres pays, les modifications que connaît le droit fiscal hongrois peuvent intervenir sur des périodes très brèves. Combinée aux incertitudes politiques et autres aléas, cette considération tempère quelque peu l'appréciation positive qui avait été portée sur ce pays comme lieu d'implantation d'une IPHC.

L'un des meilleurs moyens de compenser ces risques serait de demander un rescrit contraignant, ou un APP selon le cas, l'une et l'autre de ces mesures pouvant être obtenues en Hongrie. Quoique d'un coût relativement élevé, ces outils offrent, s'ils sont bien utilisés, une sécurité juridique raisonnable quant aux impôts futurs (dans le cas d'un rescrit contraignant) ou de prix de pleine concurrence (dans le cas d'un APP), dans l'hypothèse d'une législation inchangée.

En conclusion, nombreux sont les critères à prendre en compte à l'occasion du choix de l'implantation d'une IPHC. Il est plus que nécessaire d'avoir conscience des conséquences de tout choix, ainsi que le montre très bien l'exemple ci-dessous.

c) Cas polonais

Il est toujours nécessaire de bien connaître le droit en vigueur dans le pays où il est prévu d'acquérir ou de céder une activité, car celui-ci peut déterminer le succès ou l'échec d'une opération.

Cette nécessité est illustrée par Agnieszka Wierzbicka au moyen d'un cas observé en Pologne, il y a quelques années. Un client procédait à la cession d'une activité en Pologne. Celle-ci était une succursale dont l'actif était principalement composé de droits de propriété intellectuelle, à savoir une marque désignant des produits. L'acheteur et le vendeur entamèrent les négociations et décidèrent que la succursale serait vendue sans dette. Le prix proposé était de 50 millions d'euros. La succursale pouvait être analysée comme une branche autonome d'une entreprise, car elle disposait de sa propre clientèle, de son personnel, de ses fournisseurs, contrats, actifs, droits de propriété intellectuelle, etc.

Cependant, en l'absence de tout transfert des dettes, il fut décidé que les parties demanderaient à l'administration fiscale s'il était possible de considérer la succursale comme faisant partie d'une entreprise. De manière surprenante, celle-ci jugea que c'étaient les actifs qui étaient transférés et non une partie de l'entreprise.

Une telle interprétation revêt une importance cruciale en Pologne. En vertu du droit local, si la TVA est exigible, aucun droit de mutation n'est dû alors que si la TVA n'est pas due, aucun droit de mutation n'est exigible.

L'avis émis par l'administration fiscale dans son rescrit a eu pour effet de modifier radicalement la structure de l'opération, dont le prix a dû être porté de 50 millions d'euros à 50 millions d'euros plus 11 millions d'euros de TVA (en lieu et place de 1 million d'euros de droits de mutation)

en raison de sa qualification comme vente d'actifs.

Enfin, il convient d'apporter une attention particulière au moment auquel la demande de rescrit est déposée.

En effet, en Pologne, suivant la date du dépôt du rescrit, différents niveaux de protection seront accordés.

Si une demande de rescrit est introduite avant l'opération, et partant avant toute conséquence fiscale, elle donne droit à une exonération intégrale au titre des faits visés par le rescrit. Il s'agit de la protection la plus large qui puisse être obtenue. En revanche, un rescrit obtenu après la réalisation de l'opération ne permettra d'éviter que les pénalités fiscales, mais non l'impôt lui-même.

En conclusion, il est possible d'affirmer que la valeur des actifs incorporels et leur incidence sur toute activité sont à la fois significatives et complexes et sont dès lors devenues une priorité importante pour les entreprises multinationales et pour les administrations fiscales du monde entier. Cet article, et plus encore le colloque dont il est issu, visent à présenter des exemples concrets et pratiques des divers problèmes auxquels peuvent donner lieu les actifs incorporels. L'une des conclusions importantes qui se dégage à présent est qu'une approche multi-pays, technique et culturelle est la clé d'une gestion efficace des impôts et des actifs, de façon à tirer le meilleur parti des actifs incorporels.

Cette question centrale reste difficile à traiter et en conséquence, en l'attente de directives claires sur ces questions, il est de l'intérêt des contribuables et de leurs conseils d'y prêter une attention particulière.

Giovanni Cali

CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni

E giovanni.cali@cms-aacs.com

Tamás Fehér

CMS Cameron McKenna

E tamas.fehér@cms-cmck.com

Nick Foster-Taylor

CMS Cameron McKenna

E nick.foster-taylor@cms-cmck.com

Stéphane Gelin

CMS Bureau Francis Lefebvre

E stephane.gelin@cms-bfl.com

Arnaud Le Boulanger

CMS Bureau Francis Lefebvre

E arnaud.leboulanger@cms-bfl.com

Angelika Thies

CMS Hasche Sigle

E angelika.thies@cms-hs.com

Agnieszka Wierzbicka

CMS Cameron McKenna

E agnieszka.wierzbicka@cms-cmck.com

Meilleures relations avec l'administration fiscale / criminalisation du droit fiscal (la carotte et le bâton...)

Jusqu'il y a peu, les relations entre les contribuables et les administrations fiscales s'inscrivaient presque toujours dans un schéma classique :

- les contribuables devaient respecter leurs obligations fiscales en souscrivant des déclarations, avec peu de possibilités de poser des questions à l'administration fiscale,
- le non respect des obligations fiscales donnait généralement lieu à des redressements fiscaux ainsi que, dans certains cas, à l'application de pénalités administratives,
- cette situation avait pour conséquence un manque de confiance, voire une défiance entre les contribuables et l'administration fiscale.

Mais les choses ont changé dans certaines juridictions, et changent ou vont changer dans d'autres.

Dans de nombreux pays, des améliorations ont été introduites en ce qui concerne les échanges avec les contribuables dans le cadre du processus d'élaboration de la loi fiscale. Ainsi, au **Royaume-Uni**, les relations, qui étaient traditionnellement fondées sur la défiance, reposent désormais sur la coopération entre les deux parties. L'administration fiscale procède à des consultations publiques sur ses projets de modification de la loi, et la communication, par le contribuable, d'éléments en réponse à ces consultations est devenue plus fréquente. Les échanges (officieux ou officiels) entre l'administration et les contribuables sont devenus plus nombreux au quotidien.

Autre évolution notable, dans de nombreux pays des procédures plus efficaces de rescrit préalable ont été introduites, en particulier dans des domaines où l'insécurité juridique était forte en raison de leur complexité technique, comme par exemple en matière de prix de transfert. L'élaboration de la loi fiscale, comme son interprétation sont davantage marquées par la coopération, les administrations fiscales étant davantage disposées à répondre aux questions posées par les contribuables avant la mise en place d'opérations complexes ou simplement avant la souscription de leurs déclarations fiscales.

Dans les pays où cette évolution est la plus avancée, les procédures de contrôle fiscal sont désormais mises en œuvre dans le cadre d'une coopération entre le contribuable et l'administration. Les contribuables s'engagent à mettre en place des procédures internes de respect de la législation fiscale, selon un modèle approuvé par l'administration fiscale, comme le Cadre de Contrôle Fiscal néerlandais qui leur donne en échange l'assurance d'une relation moins lourde et rigide, et de plus

grande confiance avec l'administration fiscale.

Les relations traditionnelles entre les contribuables et l'administration fiscale évoluent. Les administrations des différents pays ont adopté des politiques plus favorables aux contribuables, qui les ont amenées à opérer une distinction entre les contribuables soucieux de s'acquitter de leurs obligations fiscales et ceux qui montrent plus de réticence à faire connaître leur situation, et qui s'exposent donc à davantage de risques. En **Allemagne**, cette tendance entraîne des changements éthiques. Les contribuables tendent à avoir un sens accru de leurs responsabilités. Ils ont désormais tendance à rejeter les formes les plus hardies d'optimisation fiscale et à juger plus acceptable une criminalisation des manquements fiscaux.

Le recours à des procédures pénales dans le cadre de la lutte contre la fraude fiscale n'a rien de neuf dans la plupart des juridictions. S'il est plus développé dans certains pays que dans d'autres, les administrations fiscales ont toutefois, pour la plupart, recours à des sanctions pénales, à tout le moins dans les cas de fraude les plus marquants. En **Italie**, la loi pénale est appliquée depuis plusieurs années à des fins fiscales : cependant, la mise en œuvre de procédures pénales ne dépend pas uniquement du type d'opération en cause, mais aussi, et très largement, des sommes en jeu (et non seulement du caractère frauduleux des pratiques concernées). La nouveauté réside en tout cas dans le recours de plus en plus fréquent à des procédures pénales dans un nombre croissant de pays.

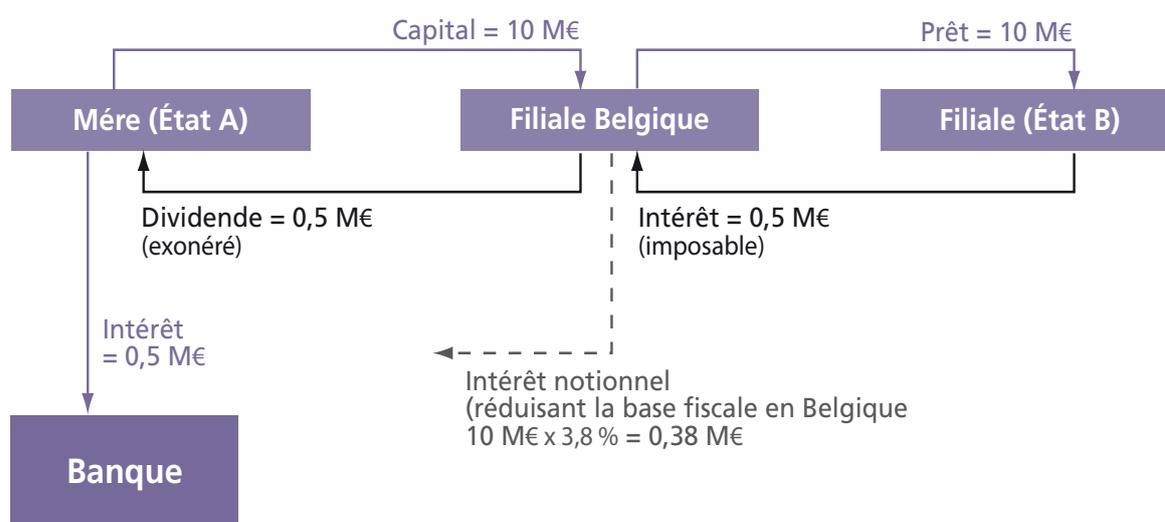
Plusieurs facteurs sont susceptibles d'expliquer cette nouvelle tendance :

- l'accent mis au niveau politique (OCDE, initiatives du G20,...) sur la lutte contre la fraude fiscale internationale,
- la transparence accrue due à la multiplication des accords d'échange d'informations avec les États et territoires à régime fiscal privilégié,
- mais également le fait que, pour les administrations fiscales, ce recours à des procédures pénales est étroitement lié à leur approche plus coopérative à l'égard des contribuables. Les administrations fiscales se montreront plus conciliantes à l'égard des contribuables qui communiquent des informations sur leur situation, tout en appliquant des procédures plus exigeantes afin de lutter contre toute fraude potentielle. Le bâton que peuvent manier les administrations fiscales est donc le revers de la médaille d'une approche plus coopérative.

Déclaration d'une opération de financement

Il existe dans certains pays une obligation de déclarer des dispositifs ou des opérations (parmi les pays étudiés, il semble que le Royaume-Uni soit le seul pays où cette obligation s'impose à l'ensemble des contribuables), alors que dans d'autres une telle approche peut simplement être tenue pour souhaitable afin d'éviter une requalification et/ou des pénalités.

Lorsqu'il n'existe aucune obligation à cet égard, les contribuables peuvent choisir de déclarer certains éléments d'optimisation fiscale. Examinons le cas



Cet exemple ne sert qu'à illustrer une forme d'optimisation fiscale pouvant ou non faire l'objet d'une déclaration préalable.

Au **Royaume-Uni**, il existe un régime légal de déclaration des schémas d'optimisation fiscale. Le promoteur (et, dans certains cas, l'utilisateur) d'un tel schéma est tenu d'aviser l'administration fiscale britannique de son existence et de son utilisation ultérieure. Un schéma doit faire l'objet d'une déclaration lorsqu'un ou plusieurs critères sont réunis (ceux-ci correspondent à des produits d'optimisation fiscale de masse plutôt qu'à des solutions sur mesure), comme la nouveauté et/ou le paiement d'honoraires majorés ou autres conditions ne correspondant pas à la norme du marché. Il convient de remarquer que les règles de déclaration sont plus strictes lorsque le client paie une rémunération au résultat ou des honoraires majorés. L'expérience montre que ces règles de déclaration ont permis à l'administration fiscale britannique d'être informée de nombreux produits d'optimisation fiscale. Celle-ci perçoit dès lors ces règles comme un moyen de réaliser d'importantes économies au titre des contrôles fiscaux, mais aussi comme lui permettant de modifier plus rapidement la législation.

Par ailleurs, chaque grande entreprise se voit également désigner par l'administration fiscale un « responsable

du recours au régime belge de l'intérêt notionnel.

A priori, cette structure de financement ne semble créer aucun avantage fiscal, l'intérêt payé par la filiale B étant déductible dans l'État B tout en étant imposable en Belgique et les dividendes exonérés dans l'État A ne sont pas déductibles en Belgique.

Cependant, le régime belge permet de déduire un « intérêt notionnel » autorisant une déduction inhabituelle (liée à l'apport en fonds propres à la filiale belge) avantageuse pour le groupe. Cet avantage tient au fait que le recours à la société de financement belge permet des déductions tant dans l'État A que dans l'État B au titre de la même dépense économique – une sorte de « bis in idem ».

des relations avec les entreprises », qui sera normalement un responsable chargé de servir d'interface entre le contribuable et l'administration. Son rôle consistera à favoriser une déclaration rapide et une discussion sur les stratégies fiscales de l'entreprise.

Les entreprises bancaires britanniques sont par ailleurs signataires du document intitulé « code de bonne conduite bancaire » leur imposant de restreindre l'utilisation de certaines stratégies d'optimisation fiscale et/ou de promouvoir ces stratégies auprès de leurs clients. De même, dans la plupart des cas, une procédure officieuse de consultation préalable permet d'obtenir des rescrits engageant l'administration fiscale dans des dossiers où se posent de véritables difficultés d'interprétation revêtant une grande importance commerciale.

En **France**, comme dans la plupart des pays, les contribuables n'ont aucune obligation de déclarer leurs schémas d'optimisation fiscale : ils ont toutefois la possibilité de demander à l'administration fiscale française de s'engager sur le traitement fiscal de ceux-ci (dans certains cas précis, si l'administration fiscale ne répond pas dans un délai de 6 mois, il n'est pas possible de mettre en œuvre la procédure sur les abus de droit). Plusieurs tentatives ont été effectuées afin d'introduire en droit français une obligation de déclaration. En premier

lieu, un projet de texte a été envisagé en 2005, mais retiré avant tout débat au Parlement. Cependant, ce projet est toujours à l'étude auprès de l'administration fiscale et suscite l'intérêt du Parlement (un rapport d'octobre 2010 sur les niches et autres mécanismes d'optimisation fiscale fait référence à ce projet parmi d'autres propositions). Le projet de loi de 2005 fut retiré lorsque les contribuables firent valoir le fait qu'aucune obligation de déclaration n'était nécessaire en raison de l'existence d'une procédure de lutte contre les abus de droit. Cependant, au Royaume-Uni, le régime de déclaration coexiste désormais avec une sanction d'origine jurisprudentielle de la lutte contre l'évasion fiscale sur la base de l'abus de droit ou de principes équivalents (en particulier en matière de TVA), de telle sorte qu'il est raisonnable de penser qu'une obligation de déclaration pourrait à l'avenir être envisagée en France.

Aux **Pays-Bas**, il n'existe aucune obligation de déclaration. Cependant, un contribuable personne morale peut, à titre volontaire, conclure avec l'administration fiscale une convention s'inscrivant dans le Cadre d'un Contrôle Fiscal (CCF).

Un contrat CCF est fondé sur la confiance réciproque entre les parties. En vertu de ses stipulations, le contribuable bénéficie d'un contrôle « allégé » de l'administration fiscale, c'est-à-dire de contrôles fiscaux moins sévères et moins fréquents. En échange, le contribuable doit (i) mettre en place un cadre de contrôle fiscal, assurant l'application correcte de la législation et (ii) déclarer à l'administration toute question fiscale potentiellement litigieuse. En d'autres termes, un contrat CCF peut imposer une obligation de notifier un montage fiscal.

Un nombre assez important de grandes entreprises néerlandaises ont conclu un Contrat CCF avec leur administration fiscale. Un Contrat CCF apporte une sécurité juridique accrue, améliore souvent les relations avec l'administration fiscale et implique moins de lourds contrôles fiscaux, tout en garantissant des réponses plus rapides de l'administration en cas de questions ou de problèmes soumis à l'attention de celle-ci. Il n'existe pas de projet d'introduire aux Pays-Bas une obligation de déclaration des schémas d'optimisation fiscale.

En **Allemagne**, aucune règle n'exige explicitement la déclaration des schémas d'optimisation fiscale (une telle législation a été envisagée en 2008, mais n'a pas été introduite). L'administration fiscale peut estimer qu'un plan d'optimisation constitue une « utilisation abusive des possibilités d'optimisation fiscale » en raison de son objectif économique sous-jacent, auquel cas elle peut lui substituer des règles « appropriées ». Si l'utilisation abusive des options d'optimisation fiscale ne constitue pas une violation de la loi pénale, cette dernière peut toutefois être caractérisée en cas de rétention d'informations relatives à une telle utilisation abusive.

Le contribuable peut demander à recevoir de l'administration une déclaration opposable relative à l'imposition des schémas envisagés, mais sa demande ne peut pas porter sur le risque d'application de sanctions pénales. L'opportunité de répondre

à une demande de rescrit opposable est laissée à la libre appréciation de l'administration fiscale ; ce n'est pas un droit pour le contribuable. Par ailleurs, ce dernier peut décider de donner suite ou non à l'opération envisagée.

A certains égards, les grandes entreprises allemandes se trouvent dans une situation similaire à celle des entreprises néerlandaises parties à un CCF ou à celle des entreprises britanniques face à leur « responsable des relations avec les entreprises ». Elles font l'objet d'une concertation permanente, permettant de procéder à des discussions satisfaisantes avec les vérificateurs. Ceci permet d'obtenir un agrément portant sur les montages qui ne sont pas trop agressifs : si la position du vérificateur n'engage pas l'administration, elle aura une chance que l'on peut estimer à au moins 95 % de prévaloir lors du prochain contrôle fiscal.

En **Italie**, le contribuable peut demander à recevoir de l'administration fiscale un rescrit préliminaire permettant de préciser si une opération ou une transaction pourrait être visée par une disposition anti-abus ou constituer un abus de droit. Le rescrit n'est pas obligatoire et, dans certains cas, en l'absence de réponse de l'administration fiscale, le traitement fiscal applicable sera celui proposé par le contribuable. Si le rescrit admet que l'opération ou la transaction n'est pas visée par une disposition anti-abus ou ne constitue pas un abus de droit, le risque de redressement, et par conséquent le risque d'application de pénalités, peut être exclu.

Si, au contraire, le rescrit indique que l'opération ou la transaction est visée par une disposition anti-abus ou constitue un abus de droit, le contribuable peut ignorer cette opinion et accepter le risque d'un redressement : en pareille hypothèse, le risque de redressement est pratiquement impossible à éviter, avec toutefois une possibilité de recours auprès du juge de l'impôt, avec l'espoir d'une décision favorable. Les contribuables seront plus hésitants là où existe le risque d'une procédure pénale.

En **Belgique, en Hongrie ou en Espagne**, il n'existe généralement aucune obligation de déclarer les schémas d'optimisation fiscale, une telle déclaration pouvant toutefois être effectuée à titre volontaire (demande de rescrit).

En Belgique, un rescrit peut préciser les possibilités d'application de la règle anti-abus ou le risque de requalification fiscale en cas d'abus de droit (l'administration est liée par ce rescrit pour une durée de 5 ans au plus) mais ne peut porter sur l'application de la loi fiscale à des opérations déjà mises en œuvre ou réalisées. Il ne peut être invoqué que par le contribuable qui l'a demandé, mais est généralement publié sous forme d'extrait anonyme.

En Hongrie, un rescrit peut être émis, si le contribuable décrit de manière détaillée l'opération envisagée (en indiquant également les noms des parties en cause) et demande au Ministère des Finances de confirmer le traitement fiscal qui lui sera applicable. Cette procédure n'est utilisée que pour les opérations importantes, le droit perçu à cette occasion s'élevant à quelque 28 500 euros. En Espagne, l'usage veut qu'il soit donné réponse

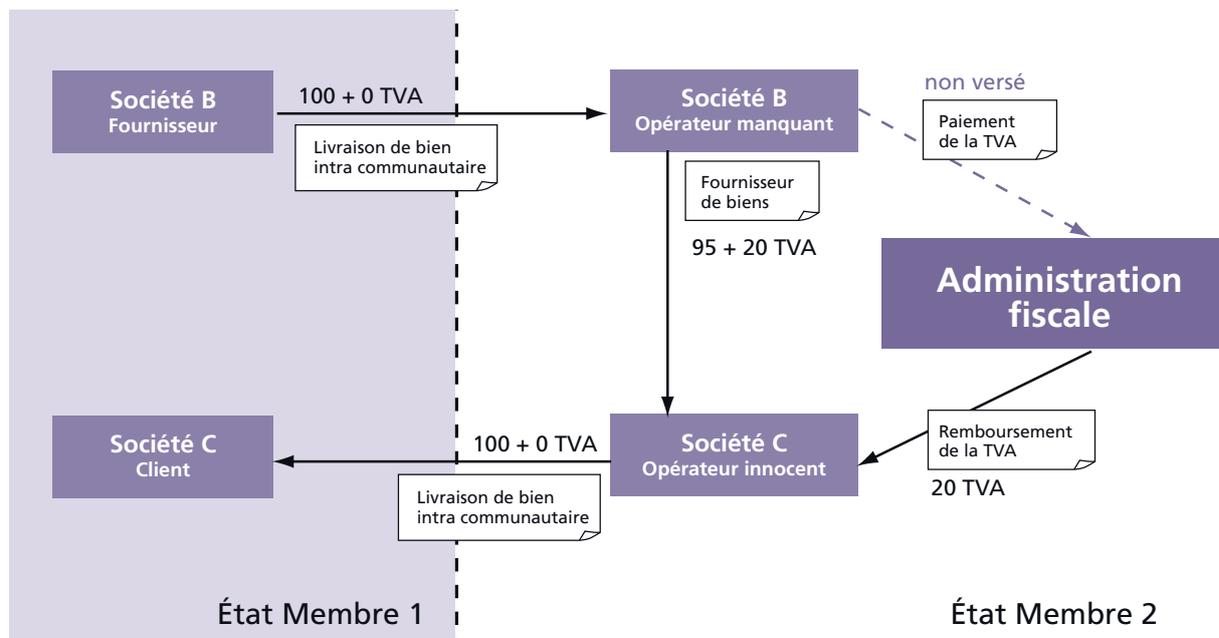
à la plupart des demandes de rescrit fiscal, mais il n'existe aucune obligation de réponse et aucun délai précis obligatoire n'est prévu en la matière.

Risque de responsabilité pénale plutôt que fiscale

Les entreprises peuvent mener des opérations susceptibles de donner lieu à une procédure pénale, même dans

l'hypothèse où ni la société en cause ni les membres de son conseil d'administration ne peuvent se voir reprocher une fraude quelconque.

La « fraude carrousel » est l'un des cas habituels d'application de la loi pénale. Elle correspond à l'un des cas où un opérateur « innocent » peut être appelé à répondre des obligations fiscales d'un autre (l'« opérateur manquant »). Nous fournissons ci-dessous un exemple, étant entendu qu'en pratique, les cas peuvent être nettement plus complexes.



Dans un carrousel fiscal, une société ne reverse pas la TVA à l'administration fiscale. Celle-ci ne détecte pas immédiatement la fraude parce que, d'une part, la société B (l'« opérateur manquant ») ne déduit aucune TVA d'amont et, d'autre part, en raison de la difficulté d'assurer le suivi des mouvements de marchandises.

Lorsque l'administration fiscale découvre la fraude, l'« opérateur manquant » a généralement disparu.

Ainsi, l'administration cherchera à faire supporter à la société A (le fournisseur) le coût de l'impôt (+ intérêts de retard et pénalités complémentaires) en refusant l'exonération de l'acquisition intracommunautaire. Elle peut également tenter de faire porter ce coût à la société C (« opérateur innocent ») en refusant la déduction de la TVA d'amont, ou en imposant une responsabilité solidaire pour le paiement de la taxe non reversée par l'« opérateur manquant ».

Une telle situation peut donner lieu à une procédure pénale. Si l'opérateur innocent n'a pas prêté son concours à un acte délictueux, l'administration fiscale peut toutefois tenter de mettre en cause son innocence en établissant qu'il avait (ou aurait dû avoir) connaissance de la fraude. En ce qui concerne les poursuites pénales, plusieurs pratiques existent, l'action pénale pouvant ou non être déclenchée. L'action pénale peut être personnelle (et incomber aux représentants de la société) ou bien

incomber à la personne morale. Les poursuites pénales peuvent être menées conjointement à l'instance portant sur le recouvrement de l'impôt, ou séparément.

En **France**, l'administration fiscale a l'obligation de signaler au parquet les crimes et délits (par exemple fraude fiscale ou escroquerie) dont elle a connaissance, le procureur décidant ensuite s'il y a ou non lieu de déférer l'intéressé devant la juridiction pénale. Dans les cas de fraude fiscale, il y a une particularité puisqu'il appartient à l'administration fiscale de déposer plainte (ce dépôt étant subordonné à l'accord d'une commission spéciale, la Commission des infractions fiscales), à défaut de quoi le dossier ne peut être porté devant les juridictions répressives.

La responsabilité pénale des personnes et des entreprises peut être engagée à cette occasion. Dans les cas de fraude carrousel, la responsabilité pénale personnelle des intéressés est très fréquemment engagée.

Les procédures fiscales et criminelles sont séparées et parallèles. Dans les cas de fraude carrousel, leur issue repose en pratique sur le même critère (le contribuable savait ou aurait dû savoir qu'il participait à une fraude à la TVA), la pratique montrant toutefois que le juge pénal (qui se prononce généralement en premier) peut considérer qu'un contribuable n'a commis aucune violation de la loi pénale, alors que le juge fiscal, informé de cette décision, peut décider qu'il y a néanmoins matière à redressement.

Au **Royaume-Uni**, les cas présumés de fraude fiscale peuvent donner lieu à des procédures régies par la loi civile (fiscale) et/ou pénale. Ce choix appartient à l'administration fiscale, qui n'a aucune obligation de mettre en œuvre des procédures pénales.

Là où c'est possible, l'administration fiscale britannique tend à traiter les cas de fraude fiscale présumée en appliquant ses procédures civiles, moins coûteuses (le fardeau de la preuve supporté par l'administration étant par ailleurs plus léger), tout en se réservant le droit de lancer une enquête pénale. Les fraudes carrousel donnent généralement lieu à des poursuites pénales. Les poursuites pénales sont intentées à l'initiative du Revenue and Customs Prosecutions Office (HMRC), qui fait partie du Parquet de la Couronne (indépendant de l'administration fiscale). Les membres du parquet pénal ont des pouvoirs étendus en matière de perquisitions, d'arrestations, etc.

En **Allemagne**, dans les cas de fraude fiscale, ce sont des unités spéciales de l'administration fiscale qui décideront s'il y a ou non lieu de poursuivre au pénal. S'il existe au départ des soupçons quant à l'existence d'un délit fiscal, l'administration fiscale sera tenue de procéder à une enquête pénale.

Si les procédures fiscales et pénales sont juridiquement distinctes, les deux seront cependant menées par l'administration fiscale dans un premier temps (en pareil cas, les vérificateurs de l'administration fiscale cèderont la place aux membres de la police fiscale, ce qui accroîtra les pressions auxquelles est soumis le contribuable). Les juridictions financières et pénales sont indépendantes et peuvent rendre des décisions différentes dans la même affaire. Les délits fiscaux ne peuvent être commis que par des personnes physiques. Les sociétés ne peuvent engager leur responsabilité pénale, et ne peuvent être condamnées qu'à des amendes dans le cadre de procédures administratives.

En **Italie**, l'administration fiscale est tenue de communiquer au parquet tout fait susceptible de constituer une violation de la loi pénale, celui-ci décidant ensuite s'il y a lieu de déférer les responsables devant les juridictions pénales. En matière de TVA, il y a violation de la loi fiscale dans les cas suivants : (i) utilisation de factures portant sur des opérations fictives, (ii) les sommes en cause dépassent certains seuils. Une société n'engage sa responsabilité pénale que dans des cas très graves, et notamment lorsque le juge considère qu'un crime a été commis contre l'État. Il est plus fréquent de voir intenter une procédure pénale à l'encontre d'un mandataire social.

Les procédures fiscales et pénales sont parallèles et indépendantes : l'exigence liée au fardeau de la preuve en matière fiscale et pénale peut également conduire à des décisions différentes (par exemple condamnation fiscale et acquittement au pénal, ou vice versa).

Aux **Pays-Bas**, un contribuable ne peut généralement faire l'objet d'une procédure de recouvrement de l'impôt si c'est

une autre personne qui a commis une fraude ; l'administration fiscale devra tenter de récupérer l'impôt auprès de l'« opérateur manquant ».

En cas de fraude, l'affaire peut être de nature pénale, en fonction des montants en cause et de divers autres critères. En pratique, les poursuites pénales sont limitées aux cas de fraude grave ou de situations portant sur des personnes très connues (par exemple un entraîneur de football jouissant d'une grande réputation internationale). Une instance pénale peut être intentée à l'encontre de la personne morale ou de la personne physique en cause ; elle ne vise généralement que les personnes physiques, à savoir les décisionnaires et personnes ayant activement participé aux actes délictueux.

En **Espagne**, l'administration fiscale a l'obligation de signaler à l'autorité pénale (parquet ou juge pénale) toute infraction potentielle, et ce dès qu'elle en a connaissance. En raison de l'imprécision de la définition de la notion d'infraction pénale, il s'est instauré une règle pratique selon laquelle une violation doit porter sur un montant d'au moins 120 000 euros en droits éludés (par impôt et par an) pour donner lieu à une telle communication au parquet. En vertu d'une nouvelle législation, il est possible de faire porter la responsabilité pénale à la société elle-même. Dès que le dossier est porté à la connaissance de l'autorité pénale, la procédure fiscale administrative doit s'interrompre. Cependant, si la juridiction pénale ne peut conclure à l'existence d'un délit, la procédure fiscale (administrative) pourra être rouverte. L'administration fiscale recourt de plus en plus aux dispositions visant à lutter contre la fraude fiscale afin de porter des affaires devant les juridictions pénales (la plupart de celles-ci se clôturant toutefois par un non lieu).

En **Belgique**, l'administration fiscale peut signaler tout délit ou contravention (et notamment toute fraude ou évasion fiscale) au parquet, qui décide ensuite s'il y a lieu de déférer leur auteur devant la juridiction pénale. La responsabilité des personnes physiques et morales peut être engagée à titre pénal.

Les juridictions fiscales et civiles sont liées par la décision de la juridiction pénale. Des procédures différentes ne peuvent donner lieu à des décisions contradictoires.

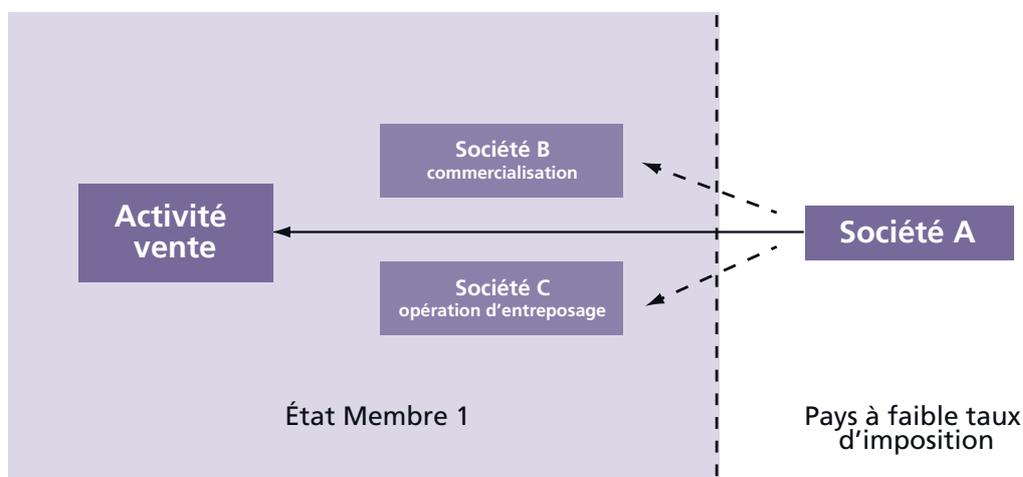
En **Hongrie**, une responsabilité pénale ne peut être imputée qu'aux personnes physiques. Cependant, une société peut faire l'objet de sanctions pénales si elle a bénéficié d'une infraction commise par l'un de ses mandataires sociaux.

Opérations complexes et responsabilité des mandataires sociaux

La responsabilité des mandataires sociaux peut-elle être engagée quand l'administration fiscale prétend qu'une société résidente d'un pays à fiscalité avantageuse dispose d'un établissement stable (ES) dans le pays en cause ?

Une société résidente d'un pays à fiscalité avantageuse s'efforcera de dégager dans son propre pays la plus grande partie de la marge imputable à une opération. Elle peut dès lors faire appel à des agents locaux notamment au titre des opérations d'entreposage et des autres opérations

auxiliaires, ou encore des ventes et de la commercialisation. Si cet agent local est un agent indépendant, il ne constituera pas un ES de la société étrangère pour autant qu'il intervienne dans le cadre de l'activité normale, à défaut de quoi il pourra être requalifié en ES.



Considérons le montage d'investissement ci-dessus :

a) Les mandataires sociaux de la Société A sont-ils responsables fiscalement ?

En **France**, toute personne réputée assurer la gestion de la société pourra être tenue responsable du paiement de l'impôt, mais uniquement en cas d'actes frauduleux ou graves ou en cas de manquements répétés aux obligations fiscales.

En **Allemagne**, les administrateurs légaux de sociétés, étrangères ou nationales, sont responsables des impôts dus par la société, si les impôts sont éludés en raison d'une faute grave commise par eux en matière d'obligations déclaratives fiscales ou en cas de fraude fiscale.

Aux **Pays-Bas**, un administrateur ne peut être tenu personnellement responsable de l'impôt des sociétés non payé. Cependant, il peut être tenu responsable du non paiement de la taxe sur les salaires (et de la TVA) ; il est généralement très difficile d'échapper à cette responsabilité, même si l'administrateur n'avait pas connaissance de cette situation ou n'y avait pas participé. La même situation s'applique au responsable d'un établissement stable.

En **Italie**, l'administrateur ne peut être tenu responsable du paiement de l'impôt (ou des pénalités connexes).

Au **Royaume-Uni**, la société contribuable restera en règle générale responsable de toute insuffisance de ses déclarations fiscales, sous réserve des délits éventuellement commis par ses administrateurs ou de leur responsabilité civile. Cependant, il est possible de demander le recouvrement de l'impôt britannique sur les sociétés dû par une entreprise non constituée au Royaume-Uni, à un administrateur de

cette société (l'administrateur mis en cause bénéficiera alors d'un droit à indemnisation).

Lorsqu'une pénalité est due par une société en raison d'une inexactitude délibérée dans une déclaration ou dans tout autre document fiscal dont un mandataire social est responsable, l'administration fiscale pourra rechercher celui-ci à concurrence d'un pourcentage de la pénalité (pouvant atteindre 100 %) qu'elle détermine.

En **Belgique**, les administrateurs sont en règle générale responsables de l'exécution de leur mandat et sont personnellement responsables de tout manquement envers la société.

En cas de procédure collective, il est fait application d'une règle de responsabilité spéciale s'il est établi qu'une faute grave a été manifestement commise et a contribué à l'insolvabilité de la société (et notamment toute erreur commise par un administrateur ou par une personne ayant le pouvoir de gérer la société).

Toute personne réputée avoir qualité d'administrateur de la société peut être tenue responsable du paiement de la TVA (et du précompte professionnel) si celle-ci n'a pas été régulièrement acquittée.

Dans certaines conditions (et notamment dans le cas des « centrales de trésorerie »), tout actionnaire d'une société belge qui détient au moins 33 % de son capital et cède au moins 75 % de ses actions au cours d'une période d'un an peut être appelé à répondre des impôts dus par cette société.

b) Les mandataires sociaux peuvent-ils être recherchés pénalement ?

En **France**, l'administration fiscale s'est traditionnellement montrée réticente à signaler les cas de fraude au parquet. Elle ne le fait généralement que dans les cas de fraude fiscale les plus criants, notamment dans le cas des personnes physiques qui mènent une activité

professionnelle sans souscrire de déclaration d'impôt. Depuis peu, l'administration fiscale tend à menacer d'intenter des poursuites pénales non seulement dans le cas d'opérations simples, mais également en présence de problématiques plus complexes, comme l'existence d'un ES.

En **Italie**, si, sur la base de certains éléments, l'administration fiscale italienne considère que la Société A dispose en Italie d'un établissement stable et que le droit pénal a été violé, elle est dans l'obligation de transférer le dossier au parquet, qui décide ensuite si celui-ci doit ou non être porté devant la juridiction pénale. La responsabilité personnelle des administrateurs, italiens ou étrangers, peut être engagée au plan pénal.

En **Allemagne**, la responsabilité pénale d'un administrateur suppose que celui-ci ait lui-même connaissance du dépôt d'une déclaration d'impôts erronée au nom de la société. Les gestionnaires d'un établissement stable ne pourront, s'ils ne sont pas administrateurs, faire l'objet de poursuites pénales que s'ils déposent des déclarations erronées ou incomplètes pour le compte de la société.

Aux **Pays-Bas**, la responsabilité pénale d'un administrateur ne peut être sérieusement envisagée, sauf si celui-ci a activement participé à l'élaboration de déclarations fiscales présentant de graves erreurs.

S'il est possible de concevoir qu'une personne participant activement à l'élaboration de déclarations erronées puisse être tenue pour responsable pénalement, cela est assez improbable en pratique.

Chose plus importante, une telle personne s'expose aux mêmes amendes que le contribuable. Tel est notamment le cas des conseillers fiscaux en vertu d'une nouvelle législation qui pourrait à l'avenir jouer un rôle important.

Au **Royaume-Uni**, en cas de condamnation pénale, les mandataires sociaux n'ont pas à supporter de pénalités fiscales.

La législation britannique prévoit un délit de fraude à la TVA, avec une amende égale au maximum légal ou à trois fois le montant de la TVA éludée, si ce dernier montant est supérieur, et/ou une peine d'emprisonnement ne pouvant dépasser six mois, ou une peine de tout montant et/ou une peine d'emprisonnement ne pouvant dépasser sept ans.

La responsabilité pénale ne s'applique qu'aux personnes physiques, et non aux sociétés.

Au **Royaume-Uni**, en cas de condamnation pénale, aucune pénalité civile n'est appliquée à un mandataire social.

Cependant, cette règle n'empêche pas l'administration fiscale (ou le Parquet intervenant concomitamment) de procéder à une enquête visant à l'institution d'une instance civile et pénale à l'encontre d'une personne physique.

Les administrateurs jugés coupables d'un manquement à la loi pénale peuvent être interdits de gestion pour une période pouvant atteindre 15 ans.

En **Belgique**, l'administration fiscale peut informer le parquet de tout délit ou de toute contravention (et notamment toute fraude fiscale ou escroquerie), celui-ci décidant ensuite de porter ou non l'affaire devant la juridiction pénale. Seuls les cas de fraude fiscale grave sont signalés au parquet. Dans l'hypothèse d'une fraude fiscale (grave) ou de l'organisation frauduleuse d'une procédure collective, la responsabilité pénale des administrateurs pourra être engagée.

En **Hongrie**, l'administration fiscale a l'obligation de signaler tout délit dont elle a connaissance. Cependant les montages fiscaux ne sont généralement pas considérés comme des délits. En pratique, seuls les cas graves de fraude fiscale donnent lieu à une procédure pénale (fausses factures, absence de déclaration d'un revenu, etc.), la définition de la notion de fraude fiscale étant assez vague et laissant place à l'appréciation (avec parfois une composante politique).

En **Espagne**, aucune responsabilité pénale n'existe si le montant des impôts éludés est inférieur à 120 000 euros. Les procédures administratives sont suspendues pendant la durée de la procédure pénale. La responsabilité pénale exclut la responsabilité administrative.

Giuseppe Ascoli
CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni
E giuseppe.ascoli@cms-aacs.com

Stéphane Austray
CMS Bureau Francis Lefebvre
E stephane.austray@cms-bfl.com

Heino Büsching
CMS Hasche Sigle
E heino.buesching@cms-hs.com

Richard Croker
CMS Cameron McKenna
E richard.croker@cms-cmck.com

Jochem de Koning
CMS Derks Star Busmann
E jochem.dekoning@cms-dsb.com

TVA : les opérations immobilières

Les opérations immobilières génèrent d'importants coûts fiscaux. Parmi eux, la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) qui peut avoir un impact en trésorerie ou constituer une charge définitive augmentant le coût de l'investissement lorsque l'opérateur n'est pas autorisé à la récupérer ou ne peut la récupérer que partiellement.

En conséquence, le régime de TVA peut constituer un élément substantiel du choix à effectuer entre différents modes de réalisation ou de financement d'un investissement immobilier.

Or, le système commun de la TVA offre aux États membres, pour les opérations immobilières, de nombreuses options qui rendent parfois difficile l'appréhension des règles applicables.

C'est la raison pour laquelle l'atelier TVA a consacré ses travaux à un tour d'horizon de plusieurs thèmes en relation avec les opérations immobilières.

La profonde réforme des règles applicables aux opérations immobilières qui est intervenue en France en 2010 ainsi que la jurisprudence récente ont constitué un contexte propice au choix de ce thème qui a permis, sans exhaustivité, d'aborder les sujets suivants :

- un tour d'horizon des marges de manœuvre laissées aux États membres,
- problématiques liées à la qualification d'un immeuble,
- crédit-bail et location : l'exception belge,
- les apports de la CJUE sur le régime applicable à la propriété en temps partagé,
- quelles limites entre un mode de financement judiciaire et un montage frauduleux ?

Les marges de manœuvres offertes par la réglementation communautaire aux États membres

Le système commun de la TVA (actuellement fixé par la Directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006) laisse aux États membres d'importantes marges de manœuvre qu'il s'agisse de la définition des biens ou des droits concernés, du sort des transactions immobilières réalisées par des personnes n'ayant pas la qualité d'assujetti habituel à la TVA, de la taxation des livraisons à soi-même, de la possibilité pour les opérateurs d'opter ou non pour la taxation de certaines opérations comme la cession d'immeubles anciens ou la location immobilière, des modalités de détermination de la base d'imposition ou encore de la désignation du redevable de la taxe.

Voici quelques illustrations significatives des questions sur lesquelles il peut exister d'importantes divergences de réglementations entre les États membres :

- les États membres n'appliquent pas tous de façon similaire **le mécanisme de taxation de la livraison à soi-même** (LASM) d'un immeuble, régime applicable lorsque l'immeuble, construit par un assujetti (ou par un tiers pour son compte) n'ouvrirait pas droit à déduction complète s'il avait été acquis auprès d'un tiers (Dir, art. 18 a). Or, de la taxation de la LASM comme des éléments retenus, le cas échéant, pour déterminer la base d'imposition de cette opération peut résulter un renchérissement significatif du coût de la construction.
- **les transactions immobilières réalisées par des personnes non assujetties** peuvent être considérées comme des opérations placées en dehors du champ d'application de la TVA ou y être obligatoirement soumises, qu'elles portent sur un immeuble neuf ou sur un terrain à bâtir et en fonction des choix de l'État concerné (art. 12).
- **la ligne de partage entre un immeuble neuf et un immeuble ancien** peut être fixée selon des critères différents dans les différentes juridictions, emportant l'application de règles différentes à savoir la taxation obligatoire des transactions réalisées par un assujetti portant sur des immeubles neufs tandis que la cession d'un immeuble ancien est en principe exonérée avec ou sans possibilité d'option pour la taxation offerte par la réglementation nationale. L'article 12 paragraphe 2 de la Directive autorise en effet les États membres à fixer des critères qui peuvent être fondés sur la date de la première occupation, celle de l'achèvement et celle de la première cession ultérieure (art. 12.2).
- deux autres importantes illustrations peuvent être citées en ce qui concerne, d'une part, **la base d'imposition** qui peut être constituée de la marge pour les terrains à bâtir et les immeubles anciens (art. 392) et, d'autre part, **le taux** applicable aux opérations, les États pouvant, ou non, appliquer le taux réduit de la taxe aux opérations de livraison de construction de rénovation ou de transformation de logements fournis dans le cadre de la politique sociale Ann. III point 10).

D'autres illustrations seront évoquées ci-dessous démontrant qu'un examen au cas par cas de chaque État est nécessaire pour déterminer le régime de TVA des opérations immobilières.

Problématiques liées à la qualification d'un immeuble

Le régime de TVA fixé par la Directive dépend en particulier de la qualification du bien sur lequel porte l'opération : sa cession pourra être taxable ou exonérée (avec ou sans possibilité d'option) selon qu'il s'agit d'un immeuble ou d'un terrain et, s'il s'agit d'un terrain, selon qu'il est à bâtir ou non. S'il s'agit d'un immeuble bâti, c'est son caractère neuf ou ancien qu'il y aura lieu d'examiner. Outre la définition des biens immeubles, variable selon les États (voir ci-dessus), viennent s'ajouter les hésitations rencontrées dans la plupart des juridictions quant à la ligne de partage entre certaines notions.

La Directive définit par exemple l'immeuble bâti comme toute construction incorporée au sol qui, selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, s'entend des éléments qui ne peuvent être ni aisément démontables ni aisément déplaçables (CJUE, arrêt du 16 février 2003, aff. C-315/00, Maierhofer). La cession d'un terrain muni d'une clôture, voire de lignes ou canalisations enfouies peut donc être considérée comme portant sur un immeuble bâti.

Des hésitations peuvent également surgir en ce qui concerne la qualification d'une opération ayant pour objet des travaux de transformation d'un bâtiment existant. Selon leur importance, les travaux peuvent ou non être considérés comme aboutissant à la construction d'un immeuble neuf, emportant, pour l'application de la TVA, les conséquences attachées à cette qualification. Toutefois, les réglementations nationales ne fixent pas toutes des critères permettant de distinguer les travaux se limitant à une simple rénovation de l'immeuble de ceux aboutissant à la construction d'un immeuble neuf et la jurisprudence communautaire n'est pas très fournie en la matière (on peut citer un arrêt du 1^{er} juin 2006, Jaspers, aff. C-233/05 dans le cas du remplacement de la façade). La France serait sur ce point l'un des seuls États membres à avoir fixé par la loi des critères objectifs. Clairement, le mérite de ces critères est d'avoir considérablement limité les litiges qui étaient précédemment nombreux sur cette question.

Comment, par ailleurs, qualifier la cession d'un terrain muni d'un bâtiment destiné à être démoli ? Sur ce point, la Cour de justice s'est prononcée récemment, rappelant que la cession porte en principe sur un terrain s'il est nu mais estimant qu'un terrain muni d'une construction doit être assimilé à un terrain nu dans le cas où la construction est à l'état de ruine et que sa démolition est mise à la charge du vendeur (CJUE, aff. C-461/08, arrêt du 19 novembre 2009, Don Bosco).

Certains États membres estiment de même que la cession d'un terrain muni d'une construction doit être traitée comme un terrain nu dans tous les cas où la construction en cause ne peut faire l'objet d'aucune utilisation, autrement dit lorsqu'elle a l'état d'une ruine.

Sur ces questions de qualification, il est donc particulièrement recommandé de recueillir et de conserver l'ensemble des éléments matériels permettant de justifier de l'état du bien immeuble au moment de la réalisation de l'opération afin d'être en mesure de justifier ultérieurement de la qualification retenue au regard de la TVA.

Crédit-bail et de la location : l'exception belge

La réglementation communautaire prévoit l'exonération des activités de location et d'affermage à l'exception des opérations hôtelières, camps de vacances, terrains de camping, location d'emplacements pour le stationnement de véhicules et location de coffre-fort (art. 135 par. 1 et 135 par. 2).

La Directive TVA prévoit toutefois la possibilité pour les États membres d'offrir aux assujettis la faculté d'opter pour la taxation des loyers dans des conditions qu'ils fixent. La grande majorité des États membres autorisent l'option pour la taxation des loyers notamment pour les locaux à usage professionnel.

Tel n'est pas le cas en Belgique. Autrement dit, les locations immobilières y sont en principe exonérées entraînant naturellement l'impossibilité pour le bailleur de récupérer la taxe grevant l'acquisition ou la construction de l'immeuble. Plusieurs voies permettent toutefois de contourner cette règle. Ainsi, sous réserve que la mise à disposition des locaux soit accompagnée de certains services parmi ceux énumérés par la réglementation nationale, la location de centres d'affaires peut être soumise à la TVA. De même, la réglementation nationale prévoit un mécanisme de détaxation spécifique en ce qui concerne les centres commerciaux. La taxe grevant le coût d'acquisition ou de construction d'un centre commercial peut, en pratique, être récupérée dans des proportions allant jusqu'à 90 % grâce à la distinction qui peut être faite entre, d'une part, la mise à disposition aux enseignes occupant les locaux de la « coque » béton, qui demeure exonérée, de celle des espaces communs qu'il est admis de considérer comme constitutive d'une prestation de services rendue aux occupants et, à ce titre, passible de la TVA. Restent les parties dites « hybrides » parmi lesquelles figurent notamment les fondations dont la TVA est récupérable par le bailleur par application d'un prorata. Outre ces règles fixées par les autorités fiscales, les opérateurs ont également recours à une lecture a contrario de la définition de la location donnée par la Cour de justice de l'Union européenne selon laquelle la location est le droit d'occuper un immeuble comme un propriétaire pour une durée convenue et contre rémunération (voir notamment les arrêts du 12 février 1998, aff. C-346/95, Blasi, du 4 octobre 2001, aff. C-326/99, Goed Woenen et du 18 novembre 2004, aff. C-284/03, Temco Europe). Il suffit aux opérateurs de prévoir que la convention ne présente pas l'ensemble de ces caractéristiques pour que la mise à disposition ne soit pas couverte par l'exonération.

Les apports de la CJUE sur le régime applicable à la propriété en temps partagé

Développée à partir de la fin des années 60, la propriété en temps partagé consiste en l'échange de droits réels portant sur un immeuble mais les modèles économiques comportent aujourd'hui également toutes sortes de services adjoints au partage de propriété.

Pour l'application de la TVA, la difficulté d'analyse concerne la fixation du lieu d'imposition comme celui du régime et des modalités de taxation de la rémunération perçue par l'intermédiaire qui gère le programme de partage et, le cas échéant, l'offre d'autres services aux propriétaires.

En pratique, deux lieux de taxation peuvent principalement être envisagés : le lieu de situation de l'immeuble ou le lieu d'établissement du prestataire.

Le lieu d'imposition d'une prestation de services rendue par un assujetti à un non assujetti est en effet en principe le lieu où le prestataire est établi (ce principe n'ayant pas été remis en cause lors de l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2010 de la Directive 2008/8 du 12 février 2008 relative au lieu d'imposition des prestations de services). Cette règle comporte toutefois certaines exceptions qui concernent notamment les prestations de services rattachables à un immeuble qui sont imposables au lieu de situation de l'immeuble.

Dès lors que le service se rapporte à la gestion des droits de jouissance d'un immeuble, le rattachement au lieu de situation de l'immeuble semblait assez naturellement le plus approprié mais l'existence de diverses composantes à la rémunération (cotisations, frais d'adhésion au programme, autres services...) ont conduit certains États membres (en pratique, les États membres d'établissement du prestataire) à considérer que le lien avec un immeuble n'était pas assez étroit pour emporter l'application de la règle de taxation au lieu de situation d'un immeuble.

A cet égard, la Cour de justice a jugé qu'un service rattachable à un immeuble est un service qui présente un lien suffisamment étroit avec l'immeuble, car l'immeuble constitue un élément central et indispensable de la prestation (CJUE, aff. C-165/05, arrêt du 7 septembre 2006, Heger).

S'agissant de la gestion en temps partagé, la Cour a apporté les précisions suivantes dans deux affaires récemment jugées.

Dans l'affaire RCI Europe (aff. C-37/08, arrêt du 3 septembre 2009), le programme de partage reposait sur un modèle commercial comportant le dépôt par leurs titulaires de droits d'utilisation dans un « fonds » de logement en multipropriété et le droit de recevoir les droits d'utilisation d'autres membres moyennant le versement d'une adhésion et de cotisations.

Interrogée sur le lieu d'imposition des prestations de services rendus par le gestionnaire du programme de partage, la Cour précise qu'il s'agit du lieu de situation de l'immeuble sur lequel le membre concerné est titulaire du droit d'utilisation à temps partagé.

Dans l'affaire MacDonald Resorts Limited (aff. C-270/09 du 16 décembre 2010), le modèle commercial comportait un mécanisme d'acquisition de points par les adhérents au programme leur ouvrant droit à la conversion ultérieure des points acquis en un droit d'utilisation temporaire d'une résidence ou au bénéfice d'autres services tels que des services hôteliers. La Cour était interrogée non seulement sur la qualification des services rendus par la société gestionnaire et leur lieu d'imposition mais également sur le moment où cette qualification doit être opérée.

Au cas d'espèce, la Cour estime que la véritable prestation pour laquelle les « droits à des points » sont acquis est le service consistant à mettre à disposition les différentes contreparties qui peuvent être obtenues grâce à ces points. Aussi, la Cour considère que c'est au moment de la conversion des points qu'intervient le fait générateur et que doit être qualifiée l'opération. L'imposition se fait au lieu de situation des immeubles concernés, que les points aient été utilisés pour bénéficier d'un droit de jouissance temporaire de résidence ou de prestations hôtelières. La Cour précise également que la prestation peut être couverte par l'exonération prévue pour les locations immobilières (Dir. Art. 135 par. 1 sous l) lorsqu'elle porte sur un droit de jouissance temporaire.

On voit toutefois au travers de ces affaires la diversité des business models que peuvent développer les gestionnaires de programmes de propriété en temps partagé : d'autres difficultés pourraient émerger dans le futur.

Quelles limites entre un mode de financement judicieux et un montage frauduleux ?

Pour les investisseurs qui ne disposent pas d'un droit à déduction intégral, minimiser le coût de la rémanence de taxe constitue l'une des motivations dans le choix du financement de l'investissement. Tel est naturellement le cas pour les organismes de droit public, les associations, les banques, les sociétés d'assurance ou les opérateurs du secteur médical dont les activités n'ouvrent pour l'essentiel pas droit à déduction.

Parmi les montages susceptibles de contribuer à minimiser la rémanence de TVA figurent le crédit-bail ou l'externalisation de l'investissement dans une structure foncière porteuse qui donne l'immeuble en location. Il y a lieu de veiller à ce que le montage envisagé ne soit pas répréhensible sur le terrain de la pratique abusive.

C'est du reste sur des montages visant à limiter la rémanence de TVA d'assujettis non déducteurs que la Cour de justice a eu l'occasion récemment d'apporter d'intéressantes précisions en ce qui concerne l'abus de droit.

La jurisprudence définit l'abus de droit sur la base de deux critères :

- malgré l'application formelle des dispositions pertinentes de la Directive TVA et de la législation nationale par laquelle est transposée la Directive, les opérations en cause ont pour résultat l'obtention d'un avantage fiscal dont l'octroi est contraire aux objectifs poursuivis par le système commun de la TVA,
- et il résulte d'un ensemble d'éléments objectifs que le but essentiel des opérations en cause est l'obtention de cet avantage fiscal.

Ces critères résultent notamment de la jurisprudence Halifax dans laquelle la Cour de justice a jugé abusif le montage par lequel un groupe, dont l'activité bancaire ouvrait droit à une récupération de la TVA inférieure à 5 %, avait obtenu la récupération de la quasi-intégralité de la taxe grevant le coût de construction des locaux du « call center » bancaire grâce à la réalisation de l'investissement par une structure dotée d'un droit à déduction significatif et au jeu de la refacturation à prix minoré des travaux de construction que cette structure devait supporter (CJUE, aff. C-255/02, arrêt du 21 février 2006).

C'est également dans le cadre d'un montage immobilier que la Cour de Justice a apporté d'intéressantes précisions en ce qui concerne le crédit-bail (CJUE, aff. C-103/09, arrêt du 22 décembre 2010, Weald Leasing).

Dans un groupe d'assurance disposant d'un droit à récupération de la TVA d'environ 1 %, les investissements immobiliers étaient logés dans une filiale du groupe qui les mettait à disposition d'une société externe au groupe laquelle les donnait en sous-location aux différentes sociétés du groupe, les deux loueurs exerçant pleinement leur droit à déduction du fait de la taxation des loyers. Selon l'analyse de la Cour de justice, l'avantage fiscal résultant du recours par une entreprise non soumise à la TVA au financement de ses investissements immobiliers par la voie du crédit-bail plutôt qu'à l'achat direct n'est pas contraire aux objectifs poursuivis par la Directive.

Dans la situation d'un opérateur qui n'est pas autorisé à récupérer la taxe grevant ses investissements, le financement par la voie du crédit-bail présente l'avantage de lisser sur la durée du contrat la charge de la rémanence de TVA qui intervient au fur et à mesure du versement des loyers.

Cela étant, la Cour indique que l'opération peut revêtir un caractère abusif à raison des conditions contractuelles et notamment dans le cas où les loyers n'ont pas été fixés dans les conditions du marché.

Lorsque le montage est jugé abusif, la Cour estime qu'il convient de redéfinir les opérations de manière à ce que soit rétablie la situation telle qu'elle aurait existé, au regard de la TVA, en l'absence des éléments présentant un caractère abusif. Autrement dit, et sans préjudice des pénalités applicables dans chaque juridiction à raison de l'existence d'un montage abusif, sa remise en cause par les autorités fiscales ne saurait conduire à ce que soit mis à la charge du justiciable un montant de taxe supérieur à celui qu'il aurait supporté en l'absence de montage.

Elisabeth Ashworth

CMS Bureau Francis Lefebvre

E elisabeth.ashworth@cms-bfl.com

Federico Baridon

CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni

E federico.baridon@cms-aacs.com

Didier Grégoire

CMS DeBacker

E didier.gregoire@cms-db.com

Anne Grousset

CMS Bureau Francis Lefebvre

E anne.grousset@cms-bfl.com

Paul Hulshof

CMS Derks Star Busmann

E paul.hulshof@cms-dsb.com

Nouvelles fiscales des pays d'Europe centrale et orientale

Introduction

Avant la crise économique, le marché des pays d'Europe centrale et orientale (« PECO ») avait été l'un des moteurs de la croissance économique européenne. Si les PECO ont été fortement affectés par la crise, on peut s'attendre à une croissance économique dans l'avenir.

Dans ce contexte, on a pu observer une évolution intéressante des réformes fiscales des PECO qui n'ont pas encore atteint la « maturité fiscale » de l'Europe occidentale. Dans la suite de cet exposé, nous nous attacherons à la Bulgarie (récemment intégrée à l'Union européenne, ou « UE »), à la Croatie (État non membre de l'UE), à la Hongrie (un des plus « anciens » États membres de l'UE au sein de la région) et à la Russie (État non membre de l'OCDE et de l'UE).

Remarque générale sur les systèmes fiscaux d'Europe centrale et orientale

Nous avons, en plein milieu de la crise, réalisé une étude consacrée aux divers régimes fiscaux d'Europe centrale et orientale (voir CMS Tax Connect - numéro d'octobre 2009). Celle-ci montrait que les pays concernés se livraient une âpre concurrence fiscale de façon à attirer les investissements étrangers et échapper ainsi aux rigueurs de la crise. Très peu de mesures anti-crise ont été adoptées à cette époque.

Maintenant que la crise semble derrière nous, il nous semble judicieux d'examiner les conséquences de cette dure concurrence fiscale et d'analyser si les politiques fiscales mises en œuvre dans la région pourront être maintenues à long terme.

Pour l'essentiel, les régimes fiscaux de l'Europe centrale et orientale sont fondés sur le même concept politique, à savoir le développement de la croissance du pays et l'attraction de nouveaux investisseurs grâce à des taux très bas d'impôt des sociétés (10-20 %) contrastant avec des taux de TVA assez élevés (20-25 %).

Malgré cette remarque politique expliquant en partie les taux bas observés dans la région, nous pouvons noter que les systèmes fiscaux d'Europe centrale et orientale sont à bien des égards similaires à ceux de la « vieille Europe » : les types d'impôts, l'incidence de la fiscalité, et la logique de calcul de l'assiette sont largement similaires ou au moins comparables à ceux de l'Europe occidentale. Cependant, on relève fréquemment l'absence de certains aspects généralement présents dans les régimes fiscaux d'Europe occidentale, à savoir l'intégration fiscale,

la possibilité de neutralité fiscale des transferts d'actifs ou d'entreprises au sein d'un même groupe de sociétés, la neutralité fiscale de la réorganisation de groupes de sociétés, les possibilités de reports de déficits et l'existence de règles anti-abus.

Les systèmes fiscaux restent simples, et le sont peut être trop pour répondre aux demandes des entreprises. Nous supposons qu'il est possible que ce type de politique fiscale soit beaucoup plus difficile à maintenir à l'avenir en raison du nombre croissant de groupes internationaux qui investissent dans la région et de la nécessité qu'éprouvent les gouvernements de résorber leurs déficits nationaux en réduisant les dépenses publiques et en augmentant les recettes fiscales, sans mettre en danger la compétitivité de l'économie.

Dans la plupart des pays d'Europe centrale et orientale, les nouvelles politiques se sont traduites par des réformes fiscales (anticrise ou sophistication du système fiscal). Il reste à vérifier si les gouvernements des pays en question répondront aux exigences posées par le développement des entreprises et du marché et mettront également en place les pièces manquantes du puzzle fiscal marquant ainsi une nouvelle étape du développement fiscal des pays de cette région.

La nécessité d'harmoniser les systèmes fiscaux de la région avec le droit communautaire, selon un processus en cours depuis l'adhésion récente à l'Union européenne (en 2004 et 2007) de nombre de ses pays, explique elle aussi ces évolutions.

Aperçu des évolutions significatives de la législation fiscale

Les législations fiscales des PECO ont connu une évolution considérable au cours des dernières années. Nous mettrons ici l'accent sur la tendance principale des réformes fiscales. Il est particulièrement intéressant de noter que les réformes se concentrent principalement sur 3 axes : harmonisation avec la réglementation communautaire, réformes liées à la crise et sophistication du système fiscal.

a) Harmonisation avec la réglementation communautaire (Bulgarie)

En Bulgarie, à compter du 1^{er} janvier 2011, la retenue à la source sur les intérêts et redevances payés à des sociétés éligibles de l'UE sera réduite à 5 % (contre 10 % avant le 1^{er} janvier 2011) pour autant que le bénéficiaire soit une société liée ayant détenu au moins 25 % du capital au cours des deux dernières années ou pour autant qu'une société tierce de l'UE ait détenu au cours des

deux dernières années au moins 25 % du capital du bénéficiaire et de la société effectuant le paiement. Dans tous les autres cas, le taux de retenue à la source sur les intérêts et redevances reste égal à 10 %.

b) Réformes liées à la crise (Hongrie)

En réponse à la crise financière, le gouvernement hongrois a introduit diverses réformes, avec une baisse des taux des impôts directs (10 % pour l'IS jusqu'à concurrence de bénéfices de 1,8 million, mise en œuvre de diverses franchises d'impôt) et un renforcement de l'attrait du régime fiscal, de façon à améliorer la position du pays dans le cadre de la concurrence fiscale. En revanche, le taux de TVA a été augmenté (jusqu'à 25 %).

La Hongrie a été parmi les premiers pays à percevoir une imposition spéciale sur les banques, qui en réalité frappe non seulement celles-ci mais également le secteur financier dans son ensemble, y compris les compagnies d'assurance, les gestionnaires de fonds d'investissement et les prestataires de services d'investissement. Les succursales de banques et de compagnies d'assurance étrangères sont également soumises à cette charge, qui pourrait très bien donner lieu à une double imposition, l'interprétation générale étant que les conventions relatives à la double imposition ne s'appliquent pas en cette matière.

Outre cette taxation du secteur financier, le gouvernement hongrois s'est mis à rechercher les autres gisements possibles de recettes fiscales et a identifié trois autres domaines à soumettre à une imposition spéciale sur les produits d'exploitation nets :

- activités de vente au détail, avec un taux progressif compris entre 0-2,5 %
- télécommunications : 0-6,5 %
- fournisseurs d'énergie : 1,05 %

c) Réformes tendant à une plus grande sophistication (Croatie, Russie)

Croatie

La Croatie est en train de négocier son adhésion à l'UE. Au cours des dernières années, elle a fait de grands efforts afin d'harmoniser sa législation fiscale avec celle de l'UE, de sorte que la plupart de la législation fiscale est déjà harmonisée avec celle de l'Union européenne. A l'heure actuelle, le gouvernement élabore des amendements à la loi sur la TVA, de façon à l'aligner intégralement sur le système communautaire.

Les modifications les plus significatives apportées en 2010 à la législation croate sur l'impôt des sociétés portent sur les points suivants :

- limitations du droit de report des déficits en cas de fusions, acquisitions, scissions et modifications de la structure d'actionariat à hauteur de plus de 50 % sous réserve de certaines conditions,
- extension des règles de prix de transfert aux transactions entre sociétés résidentes, sous réserve de certaines conditions,
- introduction dans la Loi sur les Bénéfices des Entreprises de retenues à la source sur les paiements liés à tous

types de services rendus aux personnes ayant leur siège d'activité ou siège social dans des paradis fiscaux (pays situés en dehors de l'Union européenne, dans lesquels le taux moyen ou de droit commun de l'IS est inférieur à 12,5 %),

- introduction des règles tirées de la Directive sur les Fusions et de la Directive sur les Intérêts et Redevances dans la législation relative à l'Impôt des Sociétés (ces nouvelles mesures seront applicables à la date d'adhésion de la Croatie à l'UE).

Russie

La Russie a récemment introduit un régime des sociétés mères permettant l'application d'un taux zéro aux dividendes perçus par des sociétés russes, pour autant qu'à la date de perception, le bénéficiaire ait détenu de manière continue pendant un an, au moins 50 % du capital de la filiale concernée. Ce régime favorable ne s'applique pas aux dividendes perçus de filiales situées dans des pays figurant sur une « liste noire » (cette liste étant adoptée par le gouvernement russe).

Par ailleurs, a été introduit un taux zéro sur les plus-values résultant du transfert d'actions ou de titres d'entités russes détenus plus de 5 ans (pour les sociétés non cotées).

d) Dossier spécial Ukraine (nouveau Code des Impôts)

Le Parlement ukrainien a adopté un nouveau Code des Impôts qui est entré en vigueur au 1^{er} janvier 2011. Cependant, le chapitre consacré à l'impôt des sociétés entrera en vigueur au 1^{er} avril 2011. Nous résumons ici certaines des dispositions les plus intéressantes relatives à l'impôt des sociétés, dans la mesure où elles sont susceptibles d'affecter les activités économiques internationales en Ukraine.

Baisse du taux de l'impôt des sociétés

Le taux d'IS de droit commun prévu par le Code des Impôts est de 23 % à compter du 1^{er} avril 2011. Ce taux est appelé à baisser graduellement chaque année, pour atteindre 16 % d'ici 2014. Mais cette réduction du taux d'imposition du niveau actuel de 25 % à 16 % en 4 ans peut être trompeuse car, en fait, le taux réel d'imposition des sociétés ukrainiennes réalisant des investissements à l'étranger et des entreprises ukrainiennes ayant des associés étrangers est en fait susceptible d'augmenter.

Déductibilité limitée des honoraires liés à certains services

La déductibilité des honoraires de conseil, de marketing et de publicité rendus par un prestataire non résident à une société ukrainienne est désormais limitée à 4 % du résultat de cette société pour l'exercice précédent. La déductibilité des dépenses encourues à l'occasion de l'acquisition de services d'ingénierie auprès de non résidents fait également l'objet d'une limitation, à hauteur de 5 % de la valeur en douane des équipements importés en Ukraine et faisant l'objet de ces services d'ingénierie. Si le prestataire de services non résident est une société offshore (située dans un ressort offshore repris sur la liste

établie par le gouvernement ukrainien), le Code des Impôts interdit toute déduction de dépenses engagées en vue de l'obtention de services de conseil, de marketing, de publicité et d'ingénierie.

La déduction des dépenses relatives aux services d'ingénierie peut également être refusée dans les cas où le prestataire de services non résident n'est pas le bénéficiaire réel du paiement.

Déductibilité restreinte des redevances

La déductibilité des redevances acquittées par une société ukrainienne à un non résident ukrainien est désormais limitée à 4 % du résultat de celle-ci au titre de l'exercice précédent, sauf en ce qui concerne les redevances payées par les sociétés ukrainiennes de radio et de télédiffusion et les licences portant sur des films et œuvres musicales et littéraires étrangères.

En parallèle, le Code des Impôts interdit totalement aux sociétés ukrainiennes toute déduction de redevances payées à un non résident si celui-ci :

- est une société offshore, ou
- n'est pas le bénéficiaire réel des redevances, ou
- n'est pas imposable dans le pays dont il est le résident, ou
- les droits de propriété intellectuelle donnant lieu au paiement des redevances sont au départ nés en Ukraine.

Déductibilité restreinte des intérêts liés aux prêts d'actionnaires étrangers

Les intérêts payés par un emprunteur ukrainien à un actionnaire non résident détenant, directement ou indirectement, au moins 50 % de son capital ou à des personnes liées à cet actionnaire ne peuvent être déduits que dans une certaine mesure. Cette déduction ne peut être supérieure : (i) au montant des produits financiers éventuellement perçus par l'emprunteur au titre du placement de ses propres actifs plus (ii) à un montant égal à 50 % du bénéfice imposable de cette société ukrainienne au titre de l'exercice considéré (calculé sans prise en compte des intérêts financiers). Le solde non déductible peut être reporté par l'emprunteur à l'exercice suivant, sous réserve de la même limite. Le montant des dépenses déductibles au titre des opérations avec des tiers ne peut résulter de l'application d'un taux d'intérêt supérieur au taux de pleine concurrence.

Taxation des plus-values sur actions ukrainiennes

Les plus-values réalisées à l'occasion de la cession d'actions ukrainiennes sont soumises à une retenue à la source au taux de 15 %, sauf si elles bénéficient d'une exonération ou sont imposées sur la base d'un taux inférieur en vertu de la convention relative à double imposition.

En particulier, en vertu du Code des Impôts, le coût des actions ou droits sociaux acquis par un investisseur fondateur auprès d'un émetteur ukrainien n'est pas inclus dans l'assiette de calcul de la plus-value de cession de ces actions. Ces règles sont assez vagues, mais il est certain que si ces coûts sont effectivement exclus de l'assiette,

un actionnaire étranger fondateur cédant ses actions d'une société ukrainienne sera soumis à la retenue à la source sur l'intégralité des produits perçus.

La majorité des conventions ukrainiennes relative à la double imposition prévoient que les plus-values réalisées à l'occasion de la cession d'actions d'une société ukrainienne dont l'essentiel des actifs consiste en biens immeubles situés en Ukraine font normalement l'objet d'une retenue à la source en Ukraine sur la base du taux de droit commun, et non d'un taux réduit. Dès lors, les dispositions susvisées du Code des Impôts ukrainien sont susceptibles d'avoir une incidence négative sur la cession d'actions d'entités ukrainiennes spécialisées dans la propriété d'actifs immobiliers. Le montage d'un investissement dans de telles sociétés exigerait un examen attentif de la convention relative à la double imposition la plus appropriée de façon à veiller à ce que la plus-value réalisée à l'occasion de la cession des actions ne fasse l'objet d'aucune retenue à la source en Ukraine.

Prêt sans intérêt consenti par un actionnaire étranger à sa société ukrainienne

Contrairement aux règles antérieurement en vigueur, les prêts sans intérêt (« aides financières remboursables ») consentis par un actionnaire étranger d'une société ukrainienne à cette dernière ne sont pas inclus dans le résultat imposable de la société s'ils sont remboursés dans un délai de 365 jours à compter de leur mise à disposition.

Exigence de la qualité de bénéficiaire réel comme condition d'application des dispositions protectrices de la convention relative à la double imposition

Une personne ukrainienne mettant en paiement un revenu de source ukrainienne (en sa qualité d'agent fiscal) ne peut appliquer une exonération de retenue à la source ou un taux réduit prévu par la convention relative à la double imposition que si le non résident bénéficiaire de ce revenu en est le bénéficiaire réel. Le Code des Impôts prévoit qu'un non résident qui perçoit un revenu n'est pas réputé en être le bénéficiaire réel s'il intervient en qualité de « mandataire, titulaire nominal (détenteur nominal), ou uniquement en qualité d'intermédiaire au titre de ce revenu ».

L'une des conséquences éventuelles de l'application de ce concept est que l'administration fiscale ukrainienne pourrait considérer que l'agent des facilités d'un prêt consortial consenti à un emprunteur ukrainien n'est pas le bénéficiaire réel des revenus qu'il perçoit. Dans ce cas, l'emprunteur ukrainien pourrait être tenu d'appliquer une retenue à la source de 15 % sur les revenus payés à cet agent des facilités, sans que ce dernier puisse réclamer le bénéfice des dispositions de la convention relative à la double imposition. Afin de recouvrer les montants payés en trop au titre de la retenue à la source, chaque bénéficiaire réel pouvant se prévaloir d'une exonération ou d'une exemption en vertu d'une telle convention sera tenu d'introduire une demande de remboursement auprès de l'administration fiscale et du Trésor ukrainiens.

En raison des nouveautés parfois surprenantes que contient le Code des Impôts et des périodes très brèves accordées aux contribuables pour s'adapter aux nouvelles règles, les pénalités financières pour non respect des lois fiscales (sauf semble-t-il en matière d'évasion fiscale) pendant la période du 1^{er} janvier 2011 au 1^{er} juin 2011 sont fixées au niveau maximum de 1 UAH (environ 0,10 \$ US) par violation.

Étude de Cas

a) Hypothèses

L'étude de cas ci-dessous analyse les règles fiscales de mise en place d'une activité dans les pays concernés (retenues à la source et règles anti-évasion) de même que les risques fiscaux qui peuvent apparaître en cas de distribution dans le pays concerné (risque d'établissement stable et règles de prix de transfert).

Cette étude de cas est fondée sur les hypothèses suivantes :

- un groupe de sociétés français déjà implanté en Europe centrale et orientale décide de développer ses activités en Bulgarie, Croatie, Hongrie et Russie,
- ce groupe distribue déjà ses produits par l'entremise d'agents dans certains pays et dispose d'un bureau de représentation en Russie,
- il envisage d'implanter une filiale en Bulgarie et en Croatie et de racheter son distributeur local en Russie et en Hongrie.

b) Implantation d'une activité dans la région

Afin de choisir le lieu où implanter une société holding, il faut prendre en considération, outre la stabilité politique du pays en cause, l'existence d'un réseau de conventions fiscales internationales, le régime fiscal du pays où est située l'entité fondatrice (régime d'exonération des participations, imposition des redevances et intérêts, régime fiscal des dividendes mis en paiement) mais aussi les règles anti-évasion locales (bénéfice réel, sociétés intermédiaires, siège effectif de gestion, pays figurant sur une liste noire).

En ce qui concerne ce dernier critère, il est nécessaire de prendre en compte les Commentaires de l'OCDE sur le modèle de convention fiscale (2010) qui indique ce qui suit : « Un principe directeur est que les avantages d'une convention relative à la double imposition ne doivent pas être accordés lorsqu'un des objets principaux de certaines transactions ou opérations est d'obtenir une position fiscale plus avantageuse et lorsque l'octroi de cet avantage dans de telles circonstances serait contraire à l'objet et au but des dispositions pertinentes ». Sur la base de ces principes, nous analyserons les retenues à la source et le régime fiscal dans les 4 pays faisant l'objet de cette étude de cas.

Bulgarie

DÉFINITION LÉGALE DU BÉNÉFICIAIRE RÉEL

Une définition légale de cette notion a été introduite, aux fins de l'application des conventions fiscales

internationales, dans le Code de Procédure Fiscale et de Sécurité Sociale.

Les sociétés étrangères sont considérées comme les bénéficiaires réels des revenus qu'elles perçoivent si elles sont autorisées à en disposer, si elles supportent l'ensemble ou une partie significative du risque lié aux activités commerciales qui les génèrent, et si elles n'interviennent pas en qualité de prête-nom.

En vertu de la définition légale, les « prête-noms » sont des sociétés contrôlées par des personnes ou sociétés qui ne peuvent prétendre au bénéfice des conventions fiscales et ne disposent pas de fonds propres, d'actifs ou de personnel suffisants pour réaliser les activités à l'origine des revenus. L'absence de contrôle des actifs, droits ou revenus est également tenue pour un indice de l'existence d'un prête-nom. Les sociétés dont plus de 50 % des actions dotées d'un droit de vote sont cotées ne peuvent être considérées comme des prête-noms. Cette définition est très large ce qui permet à l'administration fiscale de l'interpréter librement.

Aucune jurisprudence administrative ne s'est encore dégagée quant au montant des fonds propres que devrait détenir la société.

NOUVEAU CONCEPT DE « PAYS À RÉGIME FISCAL PRIVILÉGIÉ »

Les pays ou territoires à régime fiscal privilégié sont ceux qui n'ont pas conclu de convention fiscale avec la Bulgarie et dont le taux de l'impôt sur les revenus des sociétés ou de l'impôt similaire perçu sur les revenus ayant leur source en Bulgarie est inférieur de plus de 60 % au taux de l'IS bulgare.

Le droit bulgare contient également une liste des pays à régime fiscal privilégié. Celle-ci inclut actuellement des pays tels que Monaco, les Iles Vierges (américaines et britanniques), Aruba, San Marin, Guam, les Antilles néerlandaises, Hong Kong et Gibraltar.

Les revenus de services ou de droits, de même que les pénalités et compensations (indemnités et réparations) de toute nature mis en paiement en faveur de résidents de pays à régime fiscal privilégié seront soumis à une retenue à la source au taux de 10 %. Cette retenue à la source s'applique même à des revenus qui n'y seraient normalement pas soumis. Toutefois, elle n'est pas perçue sur les revenus de services ou de droits qui ont été effectivement rendus ou concédés lorsque ces revenus sont considérés comme non imposables en droit bulgare.

DIVIDENDES

Le taux applicable en vertu du droit interne est de 5 %. Les dividendes mis en paiement en faveur d'actionnaires résidents des états de l'UE/EEE ne sont pas soumis à la retenue à la source, quelle que soit l'importance ou la durée de leur participation dans la filiale bulgare.

REDEVANCES ET INTÉRÊTS

Le taux de droit commun de la retenue à la source est de 10 % sauf disposition conventionnelle contraire. Le taux le plus faible prévu par une convention est de 0 %. Une retenue à la source égale à 5 % est perçue

sur les sociétés liées éligibles percevant des intérêts ou redevances au départ de la Bulgarie (voir ci-dessus). Ce taux préférentiel de 5 % ne s'applique pas aux prêts convertibles, aux prêts sans échéance fixe ou dont l'échéance se situe à plus de 50 ans, aux prêts donnant droit à une participation aux bénéfices ou aux prêts servant à masquer une distribution de bénéfices ou une restitution des apports au capital, aux paiements représentant des charges non déductibles ou encore aux revenus d'opérations visant à éluder l'impôt, etc.

RÈGLES DE SOUS-CAPITALISATION

La déduction des intérêts rémunérant des prêts consentis par des tiers est limitée au montant global des intérêts perçus par la société plus 75 % de ses résultats financiers bénéficiaires (calculés sans prise en compte des produits et charges financiers). Les règles de sous-capitalisation ne s'appliquent que quand le ratio dette-fonds propres est supérieur à 3/1.

Ces règles s'appliquent également aux concours consentis par des banques commerciales dans les cas où la société mère ou une autre société liée de l'emprunteur a accepté d'apporter sa garantie sur le prêt en cause.

En règle générale, les intérêts non déductibles peuvent être reportés en avant et déduits des bénéfices de la société pendant une période de cinq ans, sous réserve du respect de conditions et exigences spécifiques.

PLUS-VALUES

Les plus-values réalisées par une entité étrangère à l'occasion de la cession d'actions d'une société bulgare donnent lieu à la perception d'une retenue à la source de 10 %.

Croatie

RÈGLES ANTI-ÉVASION

Au 1^{er} juillet 2010 a été introduite une retenue à la source de 20 % sur les rémunérations de services de toutes natures en faveur de personnes ayant leur siège d'exploitation ou de direction dans des pays situés à l'extérieur de l'Union européenne et dans lesquels le taux moyen ou de droit commun de l'impôt sur les revenus des sociétés est inférieur à 12,5 %.

La Croatie a signé de nombreuses conventions relatives à la double imposition prévoyant un traitement préférentiel des revenus perçus par un non résident.

Qu'elles aient été signées par la Croatie ou reprises de l'ancienne Yougoslavie, la plupart des conventions relatives à la double imposition suivent la Convention Modèle de l'OCDE. La Croatie applique généralement le Commentaire OCDE de la Convention, y compris les règles anti-évasion se traduisant notamment par les principes du bénéficiaire réel et du lieu effectif de direction.

Afin de bénéficier de l'application d'une convention spécifique relative à la double imposition, il est nécessaire de respecter la procédure administrative imposée par la législation fiscale croate sur les bénéfices des entreprises. En vertu de celle-ci, il incombe à un non résident

bénéficiaire d'un revenu de fournir certains documents établissant qu'il est un résident d'un pays partie à la convention relative à la double imposition.

RETENUES À LA SOURCE

La Croatie perçoit une retenue à la source de 15 % sur les revenus perçus par un non résident de la République de Croatie à titre de redevances, d'intérêts ou d'autres rémunérations de droits de propriété intellectuelle (droits d'auteur, brevets, licences, marques, dessins, procédés de production, formules de production, projets, plans, savoir-faire industriel ou scientifique et droits similaires) et honoraires de services (au titre d'études de marché, de conseils fiscaux et commerciaux et d'honoraires de révision des comptes acquittés en faveur de non résidents).

Aucune retenue à la source n'est due au titre des dividendes.

SOUS-CAPITALISATION

La Croatie applique un ratio dette/fonds propres égal à 4/1 : les intérêts acquittés sur la partie excédentaire du prêt consenti par un actionnaire détenant au moins 25 % des actions, des capitaux propres ou des droits de vote d'une personne imposable ne sont pas déductibles. Les règles de sous-capitalisation ne s'appliquent pas aux intérêts dus au titre de prêts consentis par des institutions financières.

INTÉRÊTS PAYÉS ENTRE PERSONNES LIÉES

Le taux d'intérêt maximum déductible est le taux qui s'appliquerait entre personnes non associées au moment de l'octroi du prêt (ce taux est actuellement de 9 %). Le taux d'intérêt applicable doit être déterminé et publié par le ministre des finances avant le début de l'exercice concerné. A défaut, il est fait application du taux d'escompte de la Banque Nationale Croate.

PLUS-VALUES

Les plus-values réalisées par un non résident à l'occasion de la cession d'actions de sociétés croates ne sont pas imposables en Croatie. Les plus-values réalisées par des sociétés résidentes sont incluses dans l'assiette normale de l'impôt des sociétés et taxées au taux de 20 %.

Hongrie

En matière de conventions fiscales et de retenues à la source, le cas de la Hongrie est des plus aisés : en vertu du droit interne, il n'est perçu aucune retenue à la source sur les dividendes, redevances, intérêts ou honoraires de services, quel que soit le pays à destination duquel le paiement est effectué.

Les règles de sous-capitalisation prévoient un ratio de 3/1, au-delà duquel les intérêts ne sont plus déductibles.

Russie

BÉNÉFICIAIRE RÉEL

Selon les éclaircissements fournis par le Ministère des Finances, une société étrangère est traitée comme

le bénéficiaire réel de dividendes si :

- elle a un droit légal aux dividendes concernés ; et
- elle a le droit de déterminer la « destination économique » des dividendes (à savoir le droit de les utiliser, d'en disposer, de les distribuer ou de les conserver).

Ces éclaircissements sont dans le droit fil des principes définis par le Comité des Affaires fiscales de l'OCDE dans ses commentaires sur l'article 10 du Modèle de convention relative à la double imposition, et poursuivent la même finalité (afin d'éviter le « treaty shopping »).

SIÈGE DE DIRECTION EFFECTIVE

Le siège de direction effective est le lieu où se trouve la direction générale et où sont réellement prises les décisions commerciales nécessaires en vue de la gestion de l'entité commerciale dans son ensemble. Tous les faits et circonstances pertinents doivent être examinés afin de déterminer le siège de direction effective. Si une entité peut avoir plus d'un siège, elle ne peut toutefois avoir plus d'un siège de direction effective.

Il existe cependant un risque que l'administration fiscale russe remette en cause la notion de résidence d'une société holding lorsque toutes les décisions de gestion de celle-ci sont prises en Russie et lorsque les administrateurs reçoivent l'ensemble de leurs instructions de résidents russes.

Mais il n'existe pas actuellement en Russie de législation permettant de requalifier la résidence d'une société étrangère et de la rendre imposable en Russie.

RESPONSABILITÉ EN VERTU DE LA DOCTRINE DE L'ABUS DE DROIT

Dans l'hypothèse où un contribuable russe ferait l'objet d'un contrôle portant sur le montant des impôts éludés (différence entre l'impôt prévu par la convention relative à la double imposition et le taux d'imposition national), l'administration pourrait tenter de s'appuyer sur la doctrine générale de l'abus de droit.

En vertu de celle-ci, le contribuable est réputé avoir perçu un « avantage fiscal injustifié » principalement dans les situations suivantes :

- quand la forme de l'opération ne correspond pas à sa réalité économique (concept de « primauté du fond »),
- quand l'opération elle-même (ou les opérations commerciales des parties à celle-ci) n'ont aucune finalité commerciale.

Sur la base de cette doctrine, l'administration fiscale peut s'efforcer d'établir que la distribution des dividendes (intérêts, redevances) n'est qu'une opération servant à « couvrir » la distribution effective de revenus à une société tierce, ou de prouver que le bénéficiaire ne poursuit aucun objet social réel (et n'est dès lors qu'un prête-nom, mis en place uniquement à des fins d'optimisation fiscale).

Si l'administration fiscale parvient à faire prévaloir cette position, les conséquences pourront être les mêmes que lorsque la société ne parvient pas à prouver qu'elle est

le « bénéficiaire réel » du flux (à savoir le refus du bénéfice de la convention relative à la double imposition et application du taux interne de retenue à la source).

DIVIDENDES

En vertu de la convention relative à la double imposition, les dividendes sont soumis à une retenue à la source au taux le plus faible, soit 5 %. A défaut, le taux de 15 % (taux interne de retenue à la source) devient applicable. Ceci a pour conséquence pratique qu'afin de bénéficier du taux réduit de retenue à la source de 5 %, le bénéficiaire réel des dividendes doit avoir acheté ou souscrit les actions de la société d'exploitation russe directement lors de leur émission initiale ou sur le marché secondaire. Selon une position discutable adoptée par l'administration fiscale russe, les autres formes d'acquisition du capital social ne sont pas réputées « directes » et ne donnent dès lors pas droit au taux de retenue à la source réduit de 5 %. Cette doctrine veut notamment que si une société étrangère acquiert les actions d'une société russe, cette opération ne soit pas traitée comme une acquisition « directe » aux fins de la convention relative à la double imposition.

INTÉRÊTS

En droit russe, les intérêts sont considérés comme des charges déductibles, pour autant que le montant des intérêts dus par le contribuable ne s'écarte pas significativement du niveau moyen des intérêts perçus sur des titres de créance émis au cours du même trimestre dans des conditions comparables. Les titres de créance émis dans des conditions comparables sont :

- des titres de créance émis dans la même devise,
- pour les mêmes périodes,
- pour des sommes comparables et avec les mêmes actifs de garantie.

A ce titre, sera considéré comme significatif un écart positif ou négatif de plus de 20 % par rapport au niveau moyen des intérêts perçus afférents à des titres de créance émis au cours du même trimestre dans des conditions comparables. En l'absence de titres de créance émis par des institutions russes au cours du même trimestre dans des conditions comparables ou si le contribuable exerce une option à cet effet, le montant maximum des intérêts qui pourront être comptabilisés en charges sera égal au taux de refinancement de la Banque Centrale de la Fédération Russe avec application d'un taux de 1,8 dans le cas d'une créance en roubles et de 0,8 dans le cas d'une créance en devises. Cette règle est applicable en 2011 et en 2012 (pour les autres exercices, il est fait application d'un coefficient de 15 % pour les prêts en devises et de 110 % du taux de refinancement CBR pour les prêts en roubles).

RÈGLES DE SOUS-CAPITALISATION

Les règles russes de sous-capitalisation mettent l'accent sur la limitation de la déductibilité des intérêts payés par une société russe dans les cas suivants :

- un créancier étranger détient directement ou

- indirectement plus de 20 % du capital social de la société russe (l'emprunteur), ou
- le créancier russe est, en vertu du droit russe, une entité affiliée de cette société étrangère (société sœur russe de l'emprunteur russe), ou
- un tiers consent le prêt à la société russe avec la garantie de cette société mère étrangère ou de cette société sœur russe.

Si le montant de l'encours du prêt est égal à plus de trois fois le montant de l'actif net de l'emprunteur russe au dernier jour du trimestre concerné et si cet encours respecte les exigences ci-dessus, il sera qualifié de « dette contrôlée ».

Les intérêts non déductibles sont réputés constituer des dividendes soumis à une retenue à la source au taux interne de 15 % (sauf disposition conventionnelle contraire).

REDEVANCES

Si le taux interne de retenue à la source sur les dividendes est égal à 20 %, cette imposition est éliminée par la plupart des conventions.

c) Distributions effectuées au sein de la région

Distribution par l'intermédiaire d'un agent : risque d'établissement stable

BULGARIE

En droit bulgare, un agent constitue un établissement stable (« ES ») de la société étrangère lorsqu'il est habilité à signer des contrats au nom de celle-ci. Des exceptions sont admises dans le cas de représentants commerciaux intervenant en qualité d'agents indépendants.

En droit bulgare, l'exécution continue d'une opération commerciale dont le lieu de livraison est situé en Bulgarie donne également lieu à la reconnaissance d'un ES d'une personne étrangère même dans les cas où celle-ci n'a pas de centre d'affaires en Bulgarie ou n'y intervient pas par l'intermédiaire d'un agent.

CROATIE

La Croatie respecte généralement la définition de l'ES fournie par le Modèle de Convention de l'OCDE. Cependant, elle a également adopté le concept d'« ES de services » dans lequel un établissement stable est constitué par la réalisation de services, et notamment de services de conseil ou de services aux entreprises portant sur le même projet ou sur un projet connexe, pour une période de plus de 3 mois pendant toute période de 12 mois consécutifs. En cas d'application d'une convention relative à la double imposition, il est cependant possible d'éviter la reconnaissance d'un ES de services en faisant application des conventions relatives à la double imposition en vigueur.

Dans le passé, l'administration fiscale croate ne s'est pas attachée aux questions liées aux établissements stables. Cependant, des signes indiquent que cette situation est susceptible d'évoluer, et que l'administration fiscale prêtera davantage d'attention à ces enjeux.

HONGRIE

La Hongrie respecte les principes de l'OCDE. Pour l'instant, les questions liées aux établissements stables ne sont pas un souci majeur de l'administration fiscale hongroise.

RUSSIE

En règle générale, la définition d'un ES donnée par le Code des Impôts russe est conforme à celle de l'OCDE. Cependant, les sociétés étrangères ayant une installation permanente (à savoir un salarié) en Russie pendant une période totale de plus de 30 jours au cours de la même année sont soumises à une obligation d'immatriculation auprès de l'administration fiscale russe. Officiellement, le seul fait de s'immatriculer en Russie n'entraîne pas la reconnaissance d'un ES en Russie, sauf le cas où les autres critères de l'ES sont réunis.

Cependant en pratique, l'administration fiscale russe part du principe que toute entreprise étrangère immatriculée en Russie y mène des activités régulières et s'efforce dès lors de vérifier si celles-ci permettent de caractériser un ES russe. Par ailleurs, une fois immatriculée auprès de l'administration fiscale, la société étrangère est soumise à l'obligation de tenir une comptabilité et de souscrire des déclarations fiscales en conformité avec le droit russe.

Distribution par l'entremise d'une filiale : règles de prix de transfert

BULGARIE

Les règles et règlements bulgares en matière de prix de transfert s'appliquent à la fois aux opérations internationales et aux opérations purement internes. Elles s'appliquent non seulement aux relations entre sociétés mais également entre établissements stables et autres entités de la société situées en dehors du pays. La définition de la notion d'« entreprises associées » se rapproche de celle reprise à l'article 9 du Modèle de Convention de l'OCDE. Cette définition est légèrement élargie en droit bulgare.

La détention de 5 % des actions dotées de droits de vote d'une société est l'un des critères adoptés par cette définition. Le droit bulgare considère également que les représentants commerciaux et les sociétés qu'ils représentent sont des personnes liées. L'exercice d'un contrôle en application d'un contrat ou d'autres accords entre les actionnaires et un tiers font de ceux-ci des personnes liées en vertu du droit local.

En cas d'opérations transfrontalières, il sera considéré que la société étrangère et la société nationale sont liées lorsque la société étrangère est établie dans un pays non membre de l'UE dans lequel l'impôt dû au titre de ses revenus est inférieur de plus de 60 % à l'impôt bulgare. Cette règle ne s'applique pas quand la personne contrôlée peut établir que la société étrangère n'est pas soumise à des régimes fiscaux spéciaux ou que les biens ou services ont été fournis sur le marché concerné. Les sociétés étrangères sont considérées comme des entités liées de leurs partenaires commerciaux bulgares si l'État où elles sont établies, bien qu'ayant conclu une convention fiscale avec la Bulgarie, ne procède pas pour autant à des échanges d'informations sur les opérations concernées.

Les principes de prix de transfert élaborés par l'administration fiscale bulgare recommandent aux contribuables d'élaborer et de conserver une documentation prix de transfert au moment de la conclusion des opérations ou au plus tard à la date de souscription de la déclaration fiscale. Les contribuables ne sont donc pas légalement tenus de créer ou de conserver une documentation de prix de transfert avant la date de la transaction contrôlée ou au moment de celle-ci.

En cas de contrôle fiscal, le contribuable doit être en mesure de rapporter la preuve de la conformité de l'opération avec les règles de pleine concurrence, au moyen de données et documents suffisants. C'est le contribuable qui supporte la charge de la preuve.

CROATIE

La Croatie a intégré dans la législation sur les impôts des bénéficiaires des entreprises les règles et principes généraux de prix de transfert de l'OCDE. Les derniers amendements apportés à cette législation en juillet 2010 ont étendu l'application des règles de prix de transfert aux opérations entre sociétés résidentes, sous réserve de certaines conditions.

Au cours des dernières années, l'administration fiscale croate a prêté une grande attention aux questions de prix de transfert en remettant régulièrement en cause des opérations entre parties liées (en arguant de l'insuffisance de la documentation établissant la réalité des services ou en considérant que les prix ne correspondaient pas à des conditions de pleine concurrence).

HONGRIE

La Hongrie suit les principes de prix de transfert de l'OCDE et a déjà mis en œuvre la modification relative à l'acceptation de la méthode transactionnelle de la marge nette et de la méthode du partage des bénéfices. Les exigences de documentation sont assez strictes et imposent l'établissement de documents pour chaque opération et leur mise à disposition à compter de la date de souscription de la déclaration d'impôt sur les revenus des sociétés. Une documentation est également requise dans les cas où seules des sociétés hongroises sont parties à l'opération.

RUSSIE

L'administration fiscale russe peut remettre en cause une opération et ajuster le prix contractuel si celui-ci s'écarte de plus de 20 % en plus ou en moins de la valeur de marché des biens ou services fournis.

Le Code des Impôts russe (article 40) fournit une liste exhaustive des situations dans lesquelles l'administration fiscale russe peut procéder à l'examen d'une situation, à savoir :

- contrats conclus entre sociétés liées (en droit russe, des personnes morales sont réputées liées si les relations qui existent entre elles affectent le résultat des opérations concernées. En toute hypothèse,

des personnes morales sont réputées liées si l'une d'entre elles détient, directement ou indirectement, plus de 20 % du capital de l'autre),

- opérations de troc,
- opérations internationales,
- opérations dont le prix s'écarte, en plus ou en moins, de plus de 20 % de celui d'opérations portant sur les mêmes produits et réalisées à une période très proche.

A l'occasion de son examen du caractère adéquat du prix des transactions, l'administration fiscale est tenue de rapporter la preuve que le prix contractuel ne respecte pas les conditions de l'article 40 du Code des Impôts. En d'autres termes, l'administration fiscale doit, par une comparaison des prix déterminer si les prix contractuels sont ou non des prix de marché.

Nous notons l'adoption en première lecture au printemps 2010 d'un projet de loi sur les prix de transfert, visant à la mise en œuvre en droit russe des principes de prix de transfert de l'OCDE. Cette loi devrait être votée par le Parlement russe d'ici la fin de l'année.

Eszter Kálmán

CMS Cameron McKenna

E eszter.kalman@cms-cmck.com

Charles-Henri Roy

CMS, Russia

E charles-henri.roy@cmslegal.ru

Valentin Savov

CMS Reich-Rohrwig Hainz

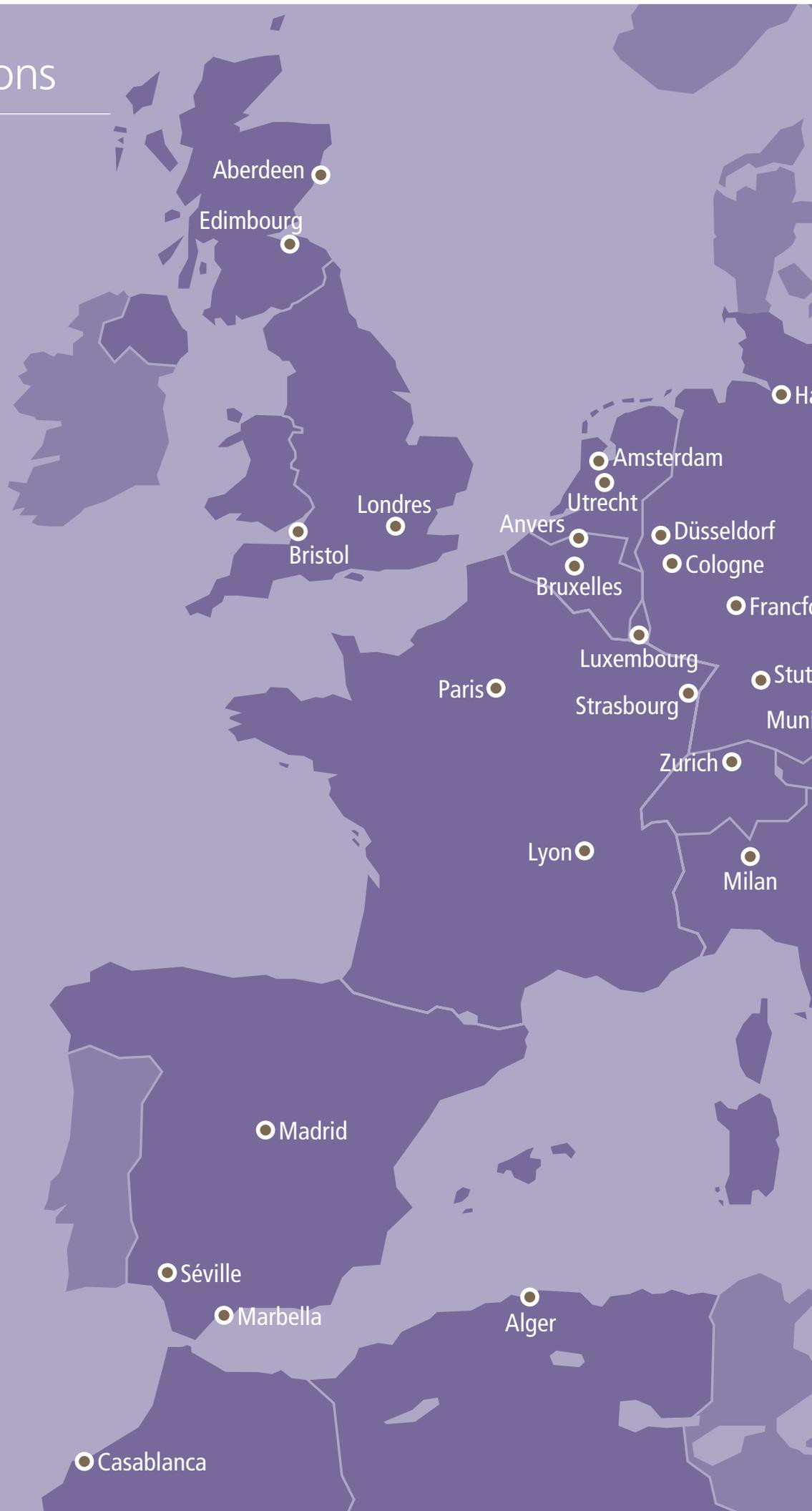
E valentin.savov@cms-rrh.com

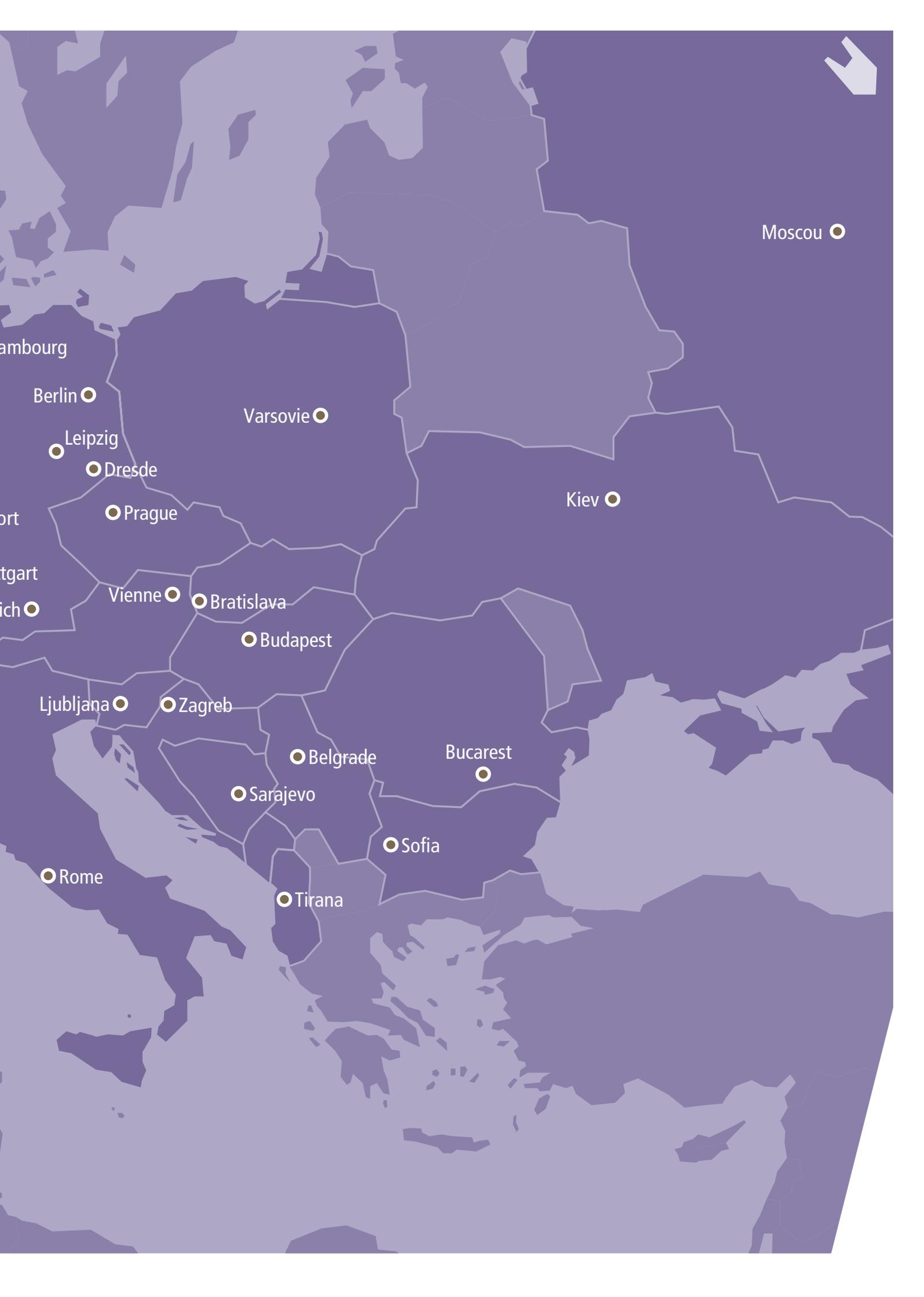
Tamara Stručić

CMS Zagreb

E tamara.strucic@bmslegal.hr

Implantations





Moscou ●

ambourg

Berlin ●

Leipzig ●

Dresde ●

Varsovie ●

Kiev ●

Prague ●

ort

uttgart

ich ●

Vienne ●

Bratislava ●

Budapest ●

Ljubljana ●

Zagreb ●

Belgrade ●

Bucarest ●

Sarajevo ●

Sofia ●

Rome ●

Tirana ●

Contacts

ALGÉRIE

Samir Sayah

CMS Bureau Francis Lefebvre

T +213 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

BULGARIE

Valentin Savov

Pavlov and Partners Law Firm en

cooperation avec CMS Reich-Rohrwig Hainz

T +359 2 921 99 21

E valentin.savov@cms-rrh.com

CHINE

Charlie Sun

CMS, China

T +86 21 6289 6363

E charlie.sun@cmslegal.cn

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

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

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

LUXEMBOURG

Diogo Duarte de Oliveira

CMS DeBacker Leclère Walry

T +352 26 27 53 24

E diogo.oliveira@cms-dblux.com

MAROC

Marc Veuillot

CMS Bureau Francis Lefebvre

T +212 522 27 7718

E marc.veuillot@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

T +420 2 210 98 858

E patrik.pryhoda@cms-cmck.com

ROUMANIE

John Fitzpatrick

CMS Cameron McKenna

T +40 21 407 38 27

E john.fitzpatrick@cms-cmck.com

ROYAUME-UNI

Mark Nichols

CMS Cameron McKenna

T +44 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. en association avec les membres de 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

T +41 44 285 11 11

E david.huerlimann@cms-veh.com

UKRAINE

Yevheniy Deyneko

CMS Cameron McKenna

T +380 44 391 37 08

E yevheniy.deyeko@cms-cmck.com

URUGUAY

Debora Porteous

CMS Bureau Francis Lefebvre

T +598 2 623 47-07/08

E dporteous@cms-bfl.com.ar

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

Cabinets membres de CMS : CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italie); CMS Albiñana & Suárez de Lezo S.L.P. (Espagne); CMS Bureau Francis Lefebvre (France); CMS Cameron McKenna LLP (Grande Bretagne); CMS DeBacker (Belgique); CMS Derks Star Busmann (Pays-Bas); CMS von Erlach Henrici Ltd (Suisse); CMS Hasche Sigle (Allemagne); CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH (Autriche).

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